PARECERES

DESAPROPRIAÇÃO — ACÔRDO QUANTO À INDENIZAÇÃO — EFEITOS DA TRANSAÇÃO — PODERES ESPECIAIS DO MANDATÁRIO

— A desapropriação é um modo originário da aquisição; o expropriante não adquire a propriedade como sucessor do expropriado, mas por direito próprio, ainda que a coisa pertença efetivamente a terceiro, que não tenha sido parte no processo de desapropriação.

— Na desapropriação mediante acôrdo o objeto da transação é exclusivamente o preço ou valor da indenização.

— Tem o caráter de transação a desapropriação efetivada mediante acôrdo; sendo celebrada por procurador precisa êle de poderes especiais e expressos para transigir ou renunciar.

PARECER

I

Pelo decreto n.º 4.487, de 9 de novembro de 1928, do govêrno de São Paulo, foi autorizada a The São Paulo Tramway, Light and Power Company Limited a desapropriar os terrenos situados "na zona afetada pelas enchentes dos rios Pinheiro e Guarapiranga e que foram beneficiados em virtude da canalização dêsses rios". Na cláusula XX, em que se declaravam de utilidade pública os mencionados terrenos e se autorizava a sua desapropriação, o decreto n.º 4.487 prescrevia:

"Realizados nesses terrenos os benefícios necessários, deverá a companhia vendê-los, respeitados os direitos dos ex-proprietários, na forma da legislação vigente".

Plínio Carvalho e sua mulher eram proprietários de cinco glebas compreendidas na zona declarada de utilidade pública. No curso do processo, os proprietários e a The São Paulo Tramway, Light and Power Company Limited se outorgaram recìprocamente uma escritura pública, lavrada no 11.º cartório de notas, à qual denominaram de "Desapropriação amigável e onerosa". Na referida escritura, depois de descritas as glebas em questão, se declara que "foram os referidos terrenos declarados de utilidade pública a fim de serem desapropriados pela outorgada, mas tendo os outorgantes concordado com a outorgada para que a desapropriação se verificasse amigàvelmente, resolvem os mesmos outorgantes, pela presente escritura e na melhor forma de direito, tornar efetiva a referida desapropriação, vendendo à outorgada pelo preço certo e ajustado de 118:440$000, quantia essa neste ato recebida pelos outorgantes da outorgada, pelo cheque n.º 165.117 contra o The National City Bank of New York, em minha presença e das testemunhas, do que dou fé, pelo que dão plena, geral e irrevogável quitação de pagos e satisfeitos para não mais repetir".

E em imediata continuidade declaram os outorgantes que "transmitem para

a pessoa da outorgada tôda posse, domínio, direitos e ações que sôbre referidas glebas de terras e ruas constantes da mencionada planta exerciam, para que a mesma delas use, goze e disponha como suas que ficam sendo desta data para sempre, *pois desde já renunciam o seu direito de retrocessão, etc.*".

Os proprietários foram representados na escritura por mandatário, investido dos poderes constantes da procuração lavrada no 11.º ofício de notas da cidade e comarca de São Paulo. Na procuração foram outorgados ao mandatário os seguintes poderes: "para comprar, vender, hipotecar e permutar bens de raiz, sitos na capital do Estado de São Paulo, pagando e recebendo os preços, confessando e remindo dívidas; arrendar e rescindir arrendamentos; receber rendas, passar quitação e recibos; outorgar e assinar escrituras com as declarações e compromissos de estilo e cláusulas que entender; usar dos recursos forenses em qualquer instância e juízo; requerer, representá-los em repartições públicas; e especiais para permutar uma gleba de terras de 3.000 alqueires, mais ou menos, no município de Rio Preto, em São Paulo, e mais um terreno na capital de São Paulo, por outro também na capital, acrescentando hipotecas ou dinheiro para completar o preço (deixa-se de transcrever os poderes impressos por não estarem ratificados)".

É bem verdade que a desapropriação poderá efetivar-se mediante acôrdo ou intentar-se judicialmente (decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, art. 10).

O acôrdo, porém, como é óbvio, só poderá ter por objeto a fixação do *quantum* da indenização. É, com efeito, o único elemento em relação ao qual, em falta de sentença que sôbre êle se pronuncie, suprindo a anuência do proprietário, o consentimento dêste se torna necessário e suficiente. Quanto à desapropriação, em si mesma, o proprietário é obrigado a sofrê-la, mesmo contra a sua vontade. Não existe, pois, desapropriação amigável ou por acôrdo; o acôrdo só poderá versar sôbre o *quantum* da indenização.

Declarada a utilidade pública do imóvel, a transferência do domínio se operará por fôrça do decreto desapropriatório e mediante a sua execução judicial. O proprietário não consente na desapropriação e ainda que o consinta, não é por fôrça do seu consentimento que se efetiva a desapropriação. Ao proprietário, se a desapropriação é legítima, ou decretada com fundamento em real utilidade pública, só cabe o direito de impugnar a indenização oferecida. Sòmente, portanto, nesta parte, em que lhe cabe o direito de impugnar, se compreende que o seu consentimento, desde que dado de maneira expressa, possa tornar efetiva a desapropriação, que só se verifica, como o exige o texto constitucional, mediante a prévia indenização.

A escritura, em que desapropriado e desapropriante acordam em efetivar amigàvelmente a desapropriação, teve por único objeto, nem outro objeto podia ter, uma vez que era o único ponto suscetível de desacôrdo ou de controvérsia — o *quantum* da indenização.

O objeto do consentimento, da aquiescência ou do acôrdo do proprietário foi, portanto, tão sòmente o *quantum* da indenização, pois para que se operasse a desapropriação não seria necessária a sua anuência.

O proprietário, mediante a escritura de acôrdo, dispensou apenas e tão sòmente o processo de avaliação do imóvel, aceitando como valor do mesmo a quantia oferecida pelo desapropriante.

Não poderiam, porém, desapropriando e desapropriante convirem em que a desapropriação se fizesse em têrmos diversos dos constantes do decreto de desapropriação. A desapropriação é regulada pelas cláusulas do decreto em que foi autorizada.

Ora, o decreto de desapropriação prescrevia que "realizados nesses têrmos os benefícios necessários, deverá a companhia vendê-los, respeitados os direitos dos ex-proprietários, na forma da legislação vigente".

Esta condição não podia ser alterada por acôrdo entre o desapropriado e a companhia a que o Estado delegou o poder de desapropriação.

É verdade que na mesma escritura de acôrdo sôbre o *quantum* da indenização, o desapropriado declarou renunciar ao seu direito de preempção ou preferência.

Poderia, entretanto, o procurador do proprietário, em nome dêste, sem poderes expressos e especiais, renunciar àquele direito? Na procuração, mediante a qual o mandatário representou o dono dos terrenos sujeitos à desapropriação, o segundo só conferiu, em relação a bens de raiz situados na capital de São Paulo, poderes gerais para "vender, hipotecar e permutar". Não se compreendia entre os poderes conferidos nem o de transigir, nem o de renunciar. A renúncia por procurador só é eficaz quando o poder de renunciar lhe é expressamente conferido. O artigo 1.295 do Código Civil não deixa dúvida quanto a êsse ponto:

"Para alienar, hipotecar, transigir ou praticar quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos".

Comentando êste artigo, escreve Clovis Bevilaqua:

"Compreendem-se na administração ordinária os atos de gerência que não importem alienação, exceto dos bens de fácil deterioração e dos que se destinam a ser alienados. Por essa norma, são necessários poderes especiais: para substabelecer; efetuar pagamentos que não sejam os comuns, de simples administração; *renunciar direitos*, etc." (Código Civil, coment. ao art. 1.295).

O art. 1.295, do Código Civil exige que para transigir depende a procuração de poderes especiais e expressos. Ora, o acôrdo entre o desapropriado e o poder desapropriante sôbre o *quantum* da indenização teve como única finalidade prevenir o litígio que em relação a êsse ponto poderia surgir entre ambos no processo judicial de desapropriação. Para evitar que o *quantum* da indenização fôsse objeto de controvérsia judicial, e, portanto, insuscetível de predição segura, envolvendo para ambos um risco em que não desejavam incorrer, é que desapropriante e desapropriado julgaram de bom aviso se entenderem sôbre o ponto que constituía, no caso de processo judicial, o único em relação ao qual era lícito ao desapropriado resistir à vontade do desapropriante.

A escritura, denominada de *"desapropriação amigável e onerosa"* não era, em última análise senão uma escritura em que desapropriado e desapropriante preveniam, mediante concessões mútuas, um litígio iminente, a se instaurar desde logo, ou logo que se instaurasse o processo de desapropriação.

Ora, o art. 1.025 do Código Civil assim define a transação:

"É lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas".

Para transigir em nome do mandante, deverá o mandatário estar investido de poderes especiais e expressos. Ora, na procuração exibida pelo mandatário, ao outorgar a escritura de *desapropriação amigável e onerosa*, não lhe foi conferido, especial e expressamente, o poder de transigir. Não poderia, portanto, a transação por êle pactuada com a The São Paulo Tramway, Light and Power Co. Ltd. obrigar o proprietário das glebas sujeitas à desapropriação. O procurador agiu sem poderes, e como no ato da escritura exibiu a procuração, tornando-a conhecida da outra parte, esta, se ainda assim, recebeu a escritura, recebeu-a das mãos de pessoa que sabia não estar devidamente acreditada para outorgá-la.

O motivo determinante da escritura de *desapropriação amigável e onerosa*, foi, evidentemente, o de evitar as delongas, os riscos ou os litígios do processo judicial de desapropriação, bem como o desejo do desapropriante de obter do desapropriado a renúncia ao seu direito de preempção ou preferência para readquirir os terrenos depois de beneficiados.

Ora, nem para renunciar, nem para transigir o procurador que outorgou a escritura de *desapropriação amigável e onerosa* estava investido dos poderes especiais e expressos, que o art. 1.295 do Código Civil declara necessários à validade ou à eficácia dos atos de disposição. O procurador dispôs efetivamente de direito do mandante, seja renunciando expressamente a êle, como no caso do direito de preempção ou preferência, seja transigindo, pois que a escritura em tôdas as suas cláusulas é, efetivamente, uma escritura de transação, sem que estivesse habilitado especial e expressamente a renunciar direitos, e não podendo, assim, transigir, pois a transação se reduz a uma recíproca renúncia de direitos.

II

Demais, a escritura pública, ainda que transcrita, não é suficiente para efetivar a desapropriação. Pela escritura de transferência, o desapropriante só poderia adquirir os direitos que o desapropriado tivesse sôbre o imóvel. Ora, a desapropriação tem por fim a transferência da propriedade, ainda que o proprietário real não seja o aparente.

"Ces formalités (isto é, as formalidades de desapropriação) remplies, la propriété sera acquise à l'entrepreneur à l'égard de tous, spécialment à l'égard du véritable propriétaire si on ne l'a touché.

Or, nous avons vu que c'est bien de cette dernière manière que, selon les lois, il est procédé dans l'expropriation (comp. § 33, III ci-dessus).

Il est donc évident que dans l'expropriation, telle qu'elle est conçue par ces lois, l'acte administratif saisit la propriété de la chose *directement et avec une force originaire; il ne s'agit pas d'une succession dans le droit d'un auteur*" (Otto Mayer — *Droit Administratif Allemand*, vol. III, pág. 48).

A fôrça originária da expropriação se torna manifesta pelo seu efeito em relação aos direitos dos terceiros sôbre a coisa desapropriada. Assim, a lei brasileira vigente prescreve, art. 31:

"Ficam subrogados no preço quaisquer onus ou direitos que recaiam sôbre o bem expropriado".

E o art. 35 da mesma lei dispõe:

"Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação. Qualquer ação julgada procedente resolver-se-á em perdas e danos".

A desapropriação é um modo originário da aquisição; o desapropriante não adquire a propriedade como sucessor do desapropriado, mas por direito próprio, ainda que a coisa pertença efetivamente a terceiro, que não tenha sido parte no processo de desapropriação. Não importa que o proprietário aparente seja o proprietário real; ainda assim, intentada a ação contra o proprietário aparente, a propriedade se transmite ao desapropriante por cima da cabeça do proprietário real e a êste não é lícito reivindicar a coisa desapropriada.

"Der Unternehmer erlangt neues, absolutes Recht, welches eben gegen jeden geht ,der vordem ausser dem Eigentümer an der Sache berechtigt war, wie gegen den wirklichen Eigentümer wenn das in den gesetzlichen Formen volzogene Enteignungsverfahren irrtümlich nicht gegen diesen, sondern gegen einen andern, den auscheinenden Eigentümer gerichted war. Das die Recht Dritter an der Sache erlöschen ist eine unbedingte Rechtsfolge aus der Zerstörenden Wirkung der Enteignung" (Schelcher — Die Rechte und Pflichten aus dem Eigentum en Die Grundrechte un Grundpflichten der Reichsverfassung, vol. III, pág. 233). Ou, em português: "A emprêsa (de utilidade pública) adquire um direito novo e absoluto, que opera mesmo contra quem quer que, além do proprietário, tinha anteriormente direitos sôbre a coisa, como contra o verdadeiro proprietário quando por êrro, o processo de desapropriação que preenche os requisitos legais ao invés de ser instaurado contra o proprietário real, o foi contra outra pessoa,

que tinha apenas a aparência de proprietário. Que a desapropriação extingue os direitos de terceiros, é uma absoluta consequência jurídica da eficácia destrutiva da desapropriação."

Sendo certo, como é, portanto, que o desapropriante não sucede ao desapropriado no domínio sôbre a coisa, mas o adquire originàriamente, ou de maneira incondicional, ou sem qualquer limitação, ainda que o desapropriado não seja o proprietário real, mas apenas o proprietário aparente, segue-se que a uma simples escritura de cessão da propriedade não pode ter a eficácia da desapropriação. Pela escritura de cessão da propriedade, o desapropriante só poderá adquirir os direitos do desapropriado sôbre a coisa, ou apenas sucede a êsse nos seus direitos em relação ao bem que deveria ser objeto do processo de desapropriação.

Combatendo a doutrina que admitia fôsse a desapropriação substituída por um ato de venda, Laband escrevia:

"Se assim fôsse, poder-se-ia admitir a ficção de que o condenado à pena de prisão fêz com a administração do cárcere um contrato de arrendamento com direito a receber alimentação, ou que o autor da fraude, de cujas mãos foram confiscadas as mercadorias, deu-as de presente ao fisco" (Archiv für die Zivilistische Praxis, vol. 52, pág. 172).

Mesmo Otto Mayer que admite, *no caso em que o processo de desapropriação já tenha sido instaurado* (Droit Administratif Allemand, vol. III, pág. 72) a possibilidade de se operar amigàvelmente a desapropriação mediante escritura de venda ou de cessão da propriedade, exige para que a cessão produza os efeitos da desapropriação que nela se observem as mesmas formalidades que no processo de desapropriação se destinam a garantir os direitos de terceiros (Otto Mayer, Droit Administratif Allemand, vol. III, pág. 73).

Otto Mayer, porém, atribuía ao contrato de cessão da propriedade os "privilégios" inerentes à desapropriação nos casos em que prescrições especiais da lei assim expressamente dispusessem (Otto Mayer — Droit Administratif Allemand, vol. III, pág. 72). O que é certo, porém, é que a desapropriação é um modo originário de aquisição; por ela o desapropriante não sucede ao desapropriado nos direitos sôbre a coisa. Ao passo que na cessão, o cessionário sucede ao cedente e só adquire o que êste lhe poderia vàlidamente transferir.

Na desapropriação "a aquisição não é de natureza derivada, mas originária. O desapropriante não adquire o direito por um ato de vontade do expropriado, mas ùnicamente por um decreto do poder público" (Schelcher — Rechtswirkungen der Enteignung, pág. 71).

III

A convenção entre desapropriante e desapropriado é inútil ou desnecessária para o efeito da aquisição da propriedade por aquêle. Declarada de utilidade pública, a coisa passará a ser adquirida pelo desapropriante de modo originário, ou independentemente de qualquer título que lhe outorgue o desapropriado. A propriedade se incorpora ao patrimônio do desapropriante mesmo contra a vontade do desapropriado. A convenção não poderia ter, portanto, como objeto a transferência da propriedade, tanto mais quanto, sem o preenchimento de outras formalidades, não poderá gozar da eficácia do ato desapropriatório.

O que, em consequência, visaram o desapropriante e o procurador do desapropriado foi, precisa e exclusivamente, o acôrdo sôbre o *quantum* da indenização, fazendo-se recíprocas concessões com o fim de evitar ou prevenir o processo judicial e, em consequência, qualquer litígio que poderia entre êles suscitar-se a propósito da indenização. Mediante a convenção, além de outras concessões que o procurador do desapropriado teria feito ao desapropriante relativamente ao valor do imóvel, aquêle renunciou ao direito de preempção ou preferência, que não só o art. 1.150 do Código Civil, como o decreto de desapropriação, asseguravam ao proprietário.

A escritura denominada de *desapropriação amigável e onerosa* é, por conseguinte, uma escritura de transação, que só poderia ser outorgada pelo procurador do proprietário se na procuração lhe tivessem sido conferidos poderes especiais e expressos para transigir ou renunciar. Sem tais poderes, a transação negociada pelo procurador não obriga ao mandante, nem êste perde o direito a que em seu nome, e sem poder especial, renunciou o mandatário.

É o meu parecer, s. m. j.

Rio de Janeiro, 5 de agôsto de 1950. — *Francisco Campos*, Prof. na Fac. Nacional de Direito.

ADITAMENTO

Em aditamento ao parecer de 5 de agôsto de 1950, sôbre a "escritura de desapropriação amigável e onerosa", que se outorgaram recìprocamente Plínio Carvalho e sua mulher e a The São Paulo Tramway, Light and Power Co. Ltd., passo a responder ao novo quesito que me foi proposto. O decreto n.º 4.487, de 9 de novembro, do govêrno do Estado de São Paulo, ao autorizar a desapropriação pela The São Paulo Tramway, Light and Power Co. Ltd., dos "terrenos situados na zona afetada pelas enchentes dos rios Pinheiro e Guarapiranga", determinou que: "Realizados nêsses terrenos os benefícios necessários, deverá a companhia vendê-los, respeitados os direitos dos ex-proprietários, na forma da legislação vigente".

Como se vê, o decreto desapropriatório não tinha por fim senão o beneficiamento dos terrenos desapropriados, determinando que os mesmos deveriam voltar ao domínio dos ex-proprietários, no caso em que êstes se propusessem a pagar "*pelo menos um preço mínimo de venda, no qual se computará não só o custo da desapropriação, suas custas e despesas como também o valor integral do custo do benefício introduzido, pela companhia na zona beneficiada*" (n.º XXI das cláusulas anexas ao decreto n.º 4.487).

A desapropriação não tinha por fim a aquisição pelo desapropriante dos terrenos que, embora beneficiados, não fôssem necessários às obras a serem efetuadas. A desapropriação dos terrenos que não fôssem ocupados por canais, estradas, lagos e avenidas, ao invés de continuarem no domínio do desapropriante, teriam de ser devolvidos aos desapropriados, a menos que êstes não cobrissem com a sua oferta as despesas com a desapropriação e o custo dos benefícios que os terrenos houvessem recebido.

A desapropriação tinha por exclusiva finalidade beneficiar os terrenos e obrigar os ex-proprietários que quisessem readquirir o seu domínio a indenizar o desapropriante, além do preço e das demais despesas da desapropriação, do valor dos benefícios acrescidos.

O direito assim assegurado aos ex-proprietários não é o mesmo direito de preempção ou preferência que o Código Civil, art. 1.150, outorga aos ex-proprietários, no caso em que "o imóvel desapropriado não tenha o destino para que se desapropriou". Êste último direito é que o Código Civil, art. 1.157, prescreve não ser suscetível de transferência por cessão ou herança.

Na hipótese da desapropriação autorizada pelo decreto n.º 4.487, do govêrno de São Paulo, os ex-proprietários têm direito à retrocessão por fôrça do que dispõe o decreto expropriatório, e não nos têrmos do art. 1.150, do Código Civil. Êste artigo determina que: "A União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino para que se desapropriou".

Na hipótese, porém, da desapropriação dos terrenos situados "na zona afetada pelas enchentes dos rios Pinheiro e Guarapiranga", o imóvel teve o destino que lhe foi designado pelo decreto de desapropriação. Esta, porém, não foi feita para que os terrenos desapropriados permanecessem no domínio público,

mas apenas para que, realizadas obras de utilidade pública que os beneficiavam, voltassem à propriedade particular. Os ex-proprietários têm, por conseguinte, um direito incondicional a verem restaurado o seu domínio sôbre os aludidos terrenos, tão logo terminem as obras de utilidade pública, e desde que indenizem o poder desapropriante das despesas em que incorreu não só com a desapropriação, como com o beneficiamento dos mesmos.

Não estando êste direito sujeito a qualquer outra restrição, pois não lhe é aplicável o que dispõe o art. 1.157 do Código Civil, êle segue a sorte dos demais direitos de natureza patrimonial ou econômica, podendo, assim, constituir objeto de transferência por cessão ou herança.

É o meu parecer, s. m. j.

Rio de Janeiro, 15 de agôsto de 1950. — *Francisco Campos*, Prof. na Fac. Nacional de Direito.