As desapropriações no direito brasileiro*

Expropriations in the Brazilian legal system

*Vitor Rhein Schirato***

RESUMO

O objetivo deste estudo é apresentar um breve panorama do regime legal das desapropriações no Brasil, considerando-se seus diferentes fundamentos que envolvem utilidade pública, necessidade social e finalidades urbanísticas.

PALAVRAS-CHAVE

desapropriação — utilidade pública — necessidade social — desapropriação-sanção — finalidade urbanística

* Artigo recebido em 27 de fevereiro de 2024 e aprovado em 5 de abril de 2024. DOI: https://doi.org/110.12660/rda.v283.2024.91997.

** Professor de direito administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Mestre (LL.M.) em direito administrativo econômico pela Universidade de Osnabrück, Alemanha. Membro da Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA). Advogado em São Paulo. E-mail: vrschirato@usp.br.

ABSTRACT

The scope of this essay is to present a brief overview of the Brazilian legal regime of the expropriations, considering the different factual grounds for its legitimacy, which consider public necessity, social necessity and urban projects.

KEYWORDS

expropriation — public necessity — social necessity — expropriation as a sanction — urbanistic projects

1. Introdução: a desapropriação e suas origens e requisitos

O direito de propriedade é uma das bases da construção do sistema jurídico na forma como o conhecemos, pois é do reconhecimento desse direito que derivam diversas relações jurídicas, tanto entre privados quanto entre privados e o Estado. Do direito de propriedade surgem, entre outros, a separação entre público e privado e o próprio direito civil, conforme concebidos segundo o direito romano.[1]

Não obstante a relevância e a importância do direito de propriedade, nem sempre sua garantia foi plena no sistema jurídico. Como é notório, durante toda a Idade Média, o direito de propriedade era bastante relativo e muito dependente de regulações impostas unilateralmente pelos monarcas e nobres.

A primeira afirmação moderna do direito de propriedade aparece por meio da Magna Carta inglesa, do século XIII. De acordo com suas disposições, ficava garantido o direito de propriedade e ficava o monarca impedido de livremente dispor da propriedade alheia ou turbá-la sem justo motivo.

Posteriormente, após as revoluções iluministas dos séculos XVII e XVIII, o direito de propriedade passou a ser constantemente previsto nos textos jurídicos garantidores de direitos dos cidadãos. Grande destaque desta realidade é o disposto no artigo 17º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que garante o direito de propriedade e

[1] A afirmação é devida aos fatos de que (i) o direito de propriedade forma-se como a base do direito civil, a partir da ideia de regulação jurídica da translação da propriedade, e (ii) a separação entre público e privado dava-se, exatamente, a partir da possibilidade ou não de apropriação de um determinado bem por um indivíduo.

assegura que ninguém poderá ser privado de suas propriedades sem uma justa indenização.[2]

Neste contexto, o direito de propriedade foi constituído com o tempo como um direito fundamental de defesa, ou seja, um direito fundamental que impõe ao Estado um dever de não agir, um dever de respeitar. Também pode ser mencionada a clássica lição de Norberto Bobbio que coloca o direito de propriedade como *um direito fundamental de primeira geração*, que consiste em um direito que assegura ao cidadão a não interferência do Estado.[3]

Como direito fundamental que é, o direito de propriedade cria um *direito subjetivo público em favor do cidadão*, assegurando-lhe um remédio jurídico claro para qualquer hipótese de violação decorrente de uma ação estatal. Nesse trilhar, *é da essência dos direitos fundamentais a existência de medidas jurídicas específicas, capazes de lhes assegurar a efetividade e a cessação de medidas do Estado que possam prejudicar seu exercício*.

Inobstante, a configuração do direito de propriedade como um direito fundamental não implica que sua extensão seja ilimitada. É dizer, o fato de o direito de propriedade ser um direito fundamental não assegura a seu titular direitos ilimitados. Como ocorre com qualquer direito, há um limite máximo que conforma o direito de propriedade.

A questão que se coloca, nesse sentido, é entender qual a extensão precisa do direito de propriedade, em face da generalidade de seu enunciado jurídico. Como direito fundamental que é, o direito de propriedade tem uma natureza de *princípio*, distinta das regras, que são marcadas por seu caráter binário (ou se aplica, ou não se aplica). Os princípios possuem um campo de aplicação pouco definido em abstrato, o que é denominado pela doutrina como *suporte fático amplo*.[4]

Ademais, conforme lição de Robert Alexy, os direitos fundamentais são *mandamentos de otimização*, eis que normas jurídicas que devem ser aplicadas

---

2 Dispõe o artigo mencionado (*in verbis*): "Artigo 17º — 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 evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização".

3 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 101 e ss.

4 Conforme precisas lições de Virgílio Afonso da Silva, o suporte fático dos direitos fundamentais é muito particular, pois não inclui somente a condição para a emanação de sua consequência jurídica. Em função da amplitude e da até certa vagueza dos direitos fundamentais, o suporte fático dessa norma jurídica contempla seu âmbito de proteção, bem como o limite de uma intervenção estatal. Isso quer dizer que um direito fundamental possui um *suporte fático amplo*, definindo a essência do direito protegido e o limite da intervenção restritiva do Estado, constante exatamente do mínimo dessa essência. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 70 e ss.

em sua máxima extensão, devendo ser otimizados conforme as circunstâncias do caso concreto.[5]

Nesse trilhar, muito embora o direito de propriedade não seja ilimitado, certo é que deve ser garantido em sua máxima extensão, somente podendo ser restrito na hipótese em que venha a ser configurado um conflito com outro direito fundamental com natureza de princípio jurídico. Isso quer dizer que a extensão efetiva do direito de propriedade há que ser encontrada diante das circunstâncias do caso prático, diante de possíveis e eventuais conflitos com outros direitos fundamentais.

E, para que essa extensão possa ser encontrada, há que se utilizar o denominado *crivo de proporcionalidade* (ou postulado de proporcionalidade[6] ou princípio da proporcionalidade), desenvolvido pela Corte Constitucional Alemã em fins da década de 1950.[7] Esse método consiste em uma análise em três etapas que verifica, diante de um conflito entre direitos fundamentais, *qual o grau de restrição tolerável, preservando-se o conteúdo essencial do direito fundamental em discussão*.

Segundo a ideia de proporcionalidade, portanto, no caso de conflito entre direitos fundamentais, há que ser conduzido um exame que perpassa, preliminarmente, a licitude da *finalidade* da medida restritiva empreendida pelo poder público. Sendo lícita a medida, passa-se à análise efetiva das três etapas da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.[8]

---

5 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 103 e ss.

6 A nomenclatura *postulado*, que me parece muito pertinente, é adotada por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 163 e ss.

7 "A jurisprudência do Tribunal Constitucional (BVerfG) estabeleceu em 1958 uma dicotomia do programa de análise. A revolucionária decisão das farmácias é realmente o ponto de nascimento do Princípio da Proporcionalidade. O elemento fundamental é o teste do controle. O princípio exige — de forma resumida — que a restrição a um direito fundamental se dê para uma finalidade legítima, e tenha como meio de realização dessa finalidade meios apropriados, necessários e proporcionais." Cf. BERKEMANN, Jörg. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit — Bericht über den "State of the Art". *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, Colônia, p. 741 e ss, 2018. Tradução nossa.

8 Como bem descrevem Mathias Klatt e Moritz Meister, a ideia de proporcionalidade perpassa uma análise que deve considerar quatro etapas, quais sejam: legitimidade da finalidade (*i.e.*, a medida é praticada com desvio de finalidade ou não), adequação (*i.e.*, a medida é adequada para os fins a que se destina), necessidade (*i.e.*, é realmente necessário que a medida seja tomada) e proporcionalidade em sentido estrito (*i.e.*, há equilíbrio entre a medida tomada e as restrições que dela decorrem). Cf. KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz Meister. *The constitutional structure of proportionality*, Oxford: Oxford Unversity Press, 2012. p. 8 e ss.

Adequação consiste na verificação da compatibilidade da medida com a finalidade buscada. Ou seja, para que seja resguardado outro direito fundamental, é adequada a medida perpetrada? Ela é um meio eficaz e apropriado? Caso seja, passa-se à análise da etapa seguinte.

Na sequência, verifica-se a *necessidade*, o que consiste na análise da demanda efetiva pela medida restritiva à luz das circunstâncias do caso concreto, incluindo-se uma verificação da existência ou não de outra medida capaz de chegar à mesma finalidade com *uma restrição menos gravosa ao direito fundamental no caso concreto*. Em resumo, pesquisa-se se a medida, no caso concreto, é demandada e se é aquela que menos intensamente restringe o direito fundamental no processo de ponderação.

Caso a medida possa ser considerada *adequada* e *necessária*, passa-se à última análise denominada *proporcionalidade em sentido estrito*. Nesta última, a investigação concerne à intensidade propriamente da medida e seu equilíbrio. Demanda-se uma verificação da aceitabilidade da medida *vis-à-vis* o quanto máximo necessário para que fosse alcançada a finalidade pretendida, sendo interditadas quaisquer medidas que ultrapassem o mínimo necessário.[9]

Diante dessas considerações, é de se observar que o direito de propriedade pode ser (e é, na prática) objeto de uma ampla gama de restrições demandadas pelo caso concreto. No âmbito urbanístico, o direito de propriedade pode ser objeto de restrições de muito baixa intensidade ou de altíssima intensidade, conforme demandado para garantir a funcionalidade e a harmonia do ambiente urbano para os cidadãos. É o que ocorre, por exemplo, com normas de zoneamento, que podem conter baixas restrições, e com casos extremos como o tombamento.

Da mesma forma, no caso específico do direito de propriedade, poderá haver casos em que a restrição a ser imposta é tão elevada, que há uma substituição da propriedade sobre determinado bem infungível por um pagamento em dinheiro (bem fungível). *Precisamente este é o caso da desapropriação*. O conflito existente entre direitos fundamentais demanda que a propriedade seja retirada de um indivíduo e substituída por um pagamento em dinheiro em valor equivalente.

Não se trata — como se poderia, inadvertidamente, supor — de uma supressão completa do conteúdo do direito fundamental de propriedade, visto que se opera uma *substituição* do direito de propriedade sobre um bem

---

[9] Cf. EPPING, Volker. *Grundrechte*. 4. ed. Heidelberg: Springer, 2010. p. 18 e ss., entre diversos outros.

pelo direito de propriedade sobre certa quantia financeira. Contudo, trata-se de intervenção extremamente drástica, *cabível apenas em casos muito específicos e excepcionais*.

A desapropriação não é qualquer novidade. Conforme longas notas de Jean-Marie Auby, Pierre Bom, Jean-Bernard Auby e Philippe Terneyre, a desapropriação existe nos mais diversos ordenamentos jurídicos desde os termos do Império Romano, tendo tido diversos tratamentos ao longo de sua evolução histórica.[10]

Sem embargos, o que será profundamente modificado ao longo do tempo é o conjunto de garantias dos particulares que podem ser desapropriados e a restrição da discricionariedade do Estado na escolha entre desapropriar e não desapropriar.

Se, em um primeiro momento, o Estado podia livremente dispor da propriedade privada, subtraindo-a para os fins que lhe aprouvessem sem qualquer garantia ao cidadão desapropriado, com o passar do tempo vão sendo criadas garantias para o particular e restringindo-se, pela via contrária, a capacidade discricionária do Estado para desapropriar, notadamente por meio da redução dos casos que permitem a desapropriação e *da necessidade de um processo de desapropriação que claramente justifique a razão da retirada da propriedade privada*.[11]

No direito brasileiro, a desapropriação tampouco é qualquer novidade. Está prevista em nosso ordenamento desde o período imperial.[12] Exatamente como verificado em outros ordenamentos, o que se modifica e se transforma, no caso brasileiro, não é a capacidade do Estado de desapropriar, mas, sim, os direitos que são assegurados ao particular desapropriado.

Atualmente, a desapropriação tem previsão constitucional expressa. Conforme determina o artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição de 1988, *in verbis*, "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".

Conforme a precisa classificação de José Afonso da Silva, esta é uma norma constitucional de eficácia contida. Isso porque, a par de determinar a possibilidade da desapropriação por utilidade pública, *transfere à lei ordinária*

---

[10] AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Droit administratif des biens*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 479 e ss.

[11] Novamente, sobre o tema confira-se o escólio de *ibidem*, p. 481-85.

[12] Sobre o tema, confira-se a síntese evolutiva apresentada por MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens expropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 51 e ss.

a missão para regular como se materializará essa desapropriação. Sem embargos, a Constituição imediatamente — *i.e.*, sem a necessidade de ulterior regulação por lei ordinária — determina que (i) para que haja a desapropriação é necessária a existência de *necessidade ou utilidade pública*; e (ii) seja a desapropriação precedida de uma indenização justa.

Em que pese o caráter contido da eficácia do inciso XXIV em discussão, é certo que qualquer intervenção sobre o direito de propriedade — incluindo-se, obviamente, o caso extremo da desapropriação — *somente será admissível se tolerável sob o crivo da proporcionalidade mencionado anteriormente*.

Ademais, a Constituição Federal prevê, ainda, outras duas hipóteses de desapropriação, com *causas jurídicas distintas*. A primeira vem prevista no artigo 182, § 4º, inciso III, e se refere à chamada *desapropriação-sanção* do direito urbanístico. Já a segunda é disciplinada pelo artigo 184 e se refere à desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária.

No presente estudo, teremos como objetivo expor e analisar cada uma das espécies de desapropriação no direito brasileiro, com clara ênfase sobre a *desapropriação por utilidade pública*, eis que a espécie largamente mais utilizada. Nessa análise, perpassaremos, em relação a cada uma das espécies de desapropriação, as hipóteses de incidência, a competência para declaração da desapropriação e para a condução dos atos materiais e os ritos processuais para sua conclusão.

2. A desapropriação por utilidade pública e seus procedimentos

A primeira e mais comum espécie de desapropriação no Brasil é aquela que vem prevista no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal. Trata-se da *desapropriação por utilidade pública*. Igualmente, trata-se da espécie mais antiga, cujas primeiras legislações vêm ainda do século XIX, no período imperial.[13] Em linhas muito gerais, cuida-se da possibilidade de desapropriação da propriedade particular para sua utilização pela coletividade.

Em que pese seja um traço comum a todas as espécies de desapropriação, no caso da desapropriação por utilidade pública há um acentuado conflito entre um direito individual qualificado juridicamente como *direito fundamental*

[13] Cf. FAGUNDES, Miguel de Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 18 e ss.

e os interesses da coletividade, o que demanda um *mecanismo de aplicação claramente conciliador entre o conteúdo do direito fundamental e as demandas da coletividade*.

2.1 Hipótese de incidência e fundamentos normativos

Como a própria denominação aponta, a desapropriação por utilidade pública ocorre sempre que uma determinada propriedade privada se torna necessária para alguma utilização pública, devendo ser transferida do indivíduo que a titulariza para a coletividade.

Para que seja possível de ocorrer, a desapropriação demanda uma clara incompatibilidade entre a titularidade exclusivamente privada do bem por um determinado cidadão e as demandas da coletividade. Nesse sentido, dada a variedade e a pluralidade de demandas da coletividade, tem-se que múltiplas são as situações que denotarão um caso de utilidade pública demandante de determinada propriedade privada.

Especialmente considerando-se que o direito de propriedade é um *direito fundamental*, é necessário demonstrar que a incompatibilidade existente entre a titularidade privada e a respectiva subjacente demanda coletiva é a tal ponto complexa, que não há outra alternativa a não ser a desapropriação.

Isso implica afirmar que a desapropriação não é automática e justificável em si mesma; muito menos que é um ato incontrastável do poder público. Para que possa haver desapropriação, fundamental se faz a demonstração de (i) licitude da finalidade, (ii) adequação, (iii) necessidade e (iv) proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que inarredável o respeito ao *crivo da proporcionalidade*.

Via de consequência, a desapropriação por utilidade pública de uma propriedade no Brasil demanda, à luz do regime determinado por lei infraconstitucional *ex vi* o inciso XXIV do artigo 5º da Constituição Federal, cumulativamente, que:

(i) a razão que leva o poder público a buscar a desapropriação seja lícita e consentânea com a competência do agente público expropriante — no caso da utilidade pública, isso quer dizer que deva haver uma necessidade *efetivamente pública*, devidamente justificada e não uma simples vontade do gestor público desprendida de qualquer caráter publicístico;

(ii) a propriedade do bem a ser desapropriado seja o meio adequado para o encontro da *necessidade pública* que fundamenta o ato expropriatório, isto é, a translação da propriedade para o patrimônio estatal seja *meio adequado* para satisfazer referida necessidade pública;

(iii) a desapropriação — como *ultima ratio* que é no que se refere à intervenção estatal na propriedade — deve ser o único meio possível de satisfação da necessidade pública subjacente; é dizer: em decorrência da ideia de *necessidade*, *não pode haver meio menos gravoso para a satisfação da necessidade pública subjacente*; e

(iv) por fim, deve haver equilíbrio (ou *proporcionalidade em sentido estrito*) entre a demanda pública que enseja a desapropriação e a necessidade pública subjacente; isto quer dizer que não é qualquer necessidade pública que demanda uma desapropriação, mas apenas aquelas que não puderem ser satisfeitas de outra forma.

Pois bem. É com esta noção claramente assentada que se deve analisar o conteúdo do Decreto-Lei[14] nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que ainda disciplina as desapropriações por utilidade pública no Brasil.[15] Isso porque referida norma, em que pese ser aquela a dar a eficácia completa ao disposto no inciso XXIV do artigo 5º da Constituição Federal, somente poderá ser aplicada de forma constitucionalmente aceitável se respeitar o caráter principiológico do direito fundamental de propriedade.

Com isso pretendo assentar uma premissa fundamental para este trabalho: o Decreto-Lei nº 3.365/1941 somente pode ser analisado como regra binária no que se refere ao procedimento nele insculpido para a consubstanciação da desapropriação. A desapropriação em si (ou seja, o ato de decretar a perda de uma propriedade por um cidadão) somente pode ser analisada como a

[14] O decreto-lei é uma fonte normativa que não mais existe, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nas ordens constitucionais anteriores, trata-se de norma editada pelo Poder Executivo, com efeitos de lei ordinária, que deveria ser analisada e transformada em lei pelo Poder Legislativo. Em caso de ausência da análise pelo Poder Legislativo em determinado período, transformava-se em lei definitiva. Assim, o Decreto-Lei nº 3.365/1941 e todos os demais decretos-lei mencionados neste estudo têm efeitos de leis ordinárias.

[15] Utiliza-se, aqui, o termo "ainda" não para transmitir a ideia de que normas jurídicas tenham prazo de validade, mas pelo fato de que o decreto em tela foi elaborado e aprovado em momento de vigência da Constituição Federal de 1937, de caráter marcantemente autoritário, seguindo sendo aplicado (o que não quer dizer, necessariamente, recepcionado — ou integralmente recepcionado) sob a égide das três Cartas Constitucionais seguintes (*i.e.*, 1946, 1967 e 1988).

aplicação prática de um princípio, cuja juridicidade dependerá, em qualquer hipótese, de um processo de ponderação pelo postulado da proporcionalidade.

Por isso que me parece claro — como aprofundarei mais adiante — que a noção de utilidade pública que fundamenta a desapropriação jamais será binária no sentido de aplicável ou não aplicável (*i.e.*, jamais será uma regra), eis que é a pedra de toque na ponderação entre o direito de propriedade e outros direitos a serem satisfeitos por meio da desapropriação.

Destarte, para os fins que ora verdadeiramente me importam, não há qualquer relevância nos atos formais que possam ser produzidos pelo poder público para carrear uma desapropriação. Ou seja, se houve ou não cumprimento de requisitos formais é-me completamente irrelevante. *Importante é se o ato expropriatório* (i.e., *o decreto de declaração de utilidade pública) provém ou não de um processo de ponderação adequado e se a proporcionalidade do ato público foi respeitada ou violada pelo ato em discussão*.

Para que essa análise possa avançar, é mister analisar o disposto no artigo 5º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 e cotejar quais exercícios são fundamentais a serem conduzidos pela administração pública em sua intenção de proceder à desapropriação de uma propriedade particular.

Ao que me parece claro, o disposto no artigo 5º do Decreto-Lei é central porque é o definidor do conceito de *utilidade pública*[16] para fins de desapropriação, o que se localiza no vértice do conflito entre princípios existente entre o direito de propriedade e as demandas da coletividade que podem ensejar restrições a esse direito. É dizer: é a noção de *utilidade pública* que servirá para o cotejo entre a desapropriação e a realidade subjacente para investigação de respeito ou não ao crivo de proporcionalidade.

Nesse trilhar, o ponto de partida é analisar o grau de abertura do conceito de utilidade pública determinado pelo artigo 5º do Decreto-Lei nº 3.365/1941, visto que *utilidade pública* claramente se trata de um *conceito jurídico indeterminado*.

Conforme escólio da doutrina mais abalizada, os *conceitos jurídicos indeterminados* são termos empregados pelos textos normativos que não podem ser definidos de forma unívoca *in abstracto*. É dizer, os conceitos jurídicos indeterminados trazem consigo uma ideia compreensível para o intérprete,

---

[16] Em que pese o inciso XXIV do artigo 5º da Constituição Federal adote ambos os termos *necessidade* e *utilidade* pública, o artigo 5º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 apenas adota o termo *utilidade pública*, razão pela qual empregarei mais este termo, em detrimento de *necessidade pública* ou outros semelhantes.

mas que, em abstrato, comporta mais de uma conotação possível, variável conforme uma série de fatores de sua aplicação concreta.[17]

Por esta razão, em que pese os conceitos jurídicos indeterminados estarem, em geral, na hipótese de incidência dos textos normativos (e não na consequência normativa, como é comum aos casos de discricionariedade administrativa), podem eles ser equiparados às demais hipóteses de discricionariedade administrativa. Afirmo-o porque os conceitos jurídicos indeterminados também relegarão ao administrador público uma margem de escolha para, diante das circunstâncias do caso concreto, escolher de forma não vinculada qual decisão será tomada.[18]

Postas essas considerações e tendo-se em vista o disposto no artigo 5º do Decreto-Lei nº 3.365/1941, parece-me fundamental expor, em primeiro lugar, qual a extensão da discricionariedade administrativa contida na norma em discussão — e que, como já disse, estará no vértice da análise da proporcionalidade ou não da medida expropriatória.

Assim é que deve ser anotado que, ao contrário do que se verifica em relação a um sem-número de casos de emprego de conceitos jurídicos indeterminados em normas, o caso em tela prevê a existência de um arrolamento de hipóteses que *podem* configurar utilidade pública. Isso implica dizer que a margem interpretativa deixada pelo legislador ao agente público para definir no caso concreto o que é ou não utilidade pública encontra uma limitação normativa expressa, que é o rol de casos de utilidade pública contemplados. Isso porque (i) nem todos os casos de utilidade pública justificarão uma desapropriação, eis que deve haver proporcionalidade na medida, e (ii) em que pese poder haver outras hipóteses de utilidade pública, apenas poderão fundamentar processos de desapropriação aquelas expressamente determinadas por lei.

Nessa esteira, um segundo passo importante é buscar determinar se esse rol é *meramente exemplificativo*, ou, do contrário, *completamente taxativo*. Caso exemplificativo, seria um conjunto de hipóteses sugeridas pelo legislador, que não limitam o campo de escolhas do administrador público e, pois, permitem complementações. De outro bordo, se taxativo, haveria uma limitação

---

[17] Conceitos jurídicos indeterminados podem ser definidos como conceitos com relação aos quais não há um campo único de significados possíveis, podendo haver a atribuição a eles de diversos sentidos no caso concreto. Cf. WOLFF, Heinrich Amadeus; DECKER, Andréas. *Studienkommentar VwGO VwVfG*. Munique: C. H. Beck, 2005. p. 423.

[18] Sobre o tema, confira-se o meu "O poder de polícia é discricionário?". *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 38-39.

ao campo de escolhas do agente público a uma das hipóteses do rol, interditando-se qualquer escolha que o extrapole.

Segundo entendimento de Miguel Seabra Fagundes, o rol seria meramente exemplificativo, eis que impossível a previsão em tese de todos os casos que podem configurar uma utilidade pública.[19] Em sentido oposto, conforme o entendimento de Odete Medauar, por ser a desapropriação um ato extremo, que se configura como uma intrusão altamente intensa na esfera dos direitos dos cidadãos, o rol do artigo 5º em questão somente poderia ser taxativo, eis que necessária interpretação restritiva.[20]

Segundo nosso sentir, conforme já adiantado, o entendimento a prevalecer é o segundo. Ou seja, parece-nos evidente que o rol do artigo 5º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 é *completamente taxativo*, não sendo possível a criação de novas hipóteses de utilidade pública para além daquelas lá determinadas.

Por conseguinte, por mais que possa haver alguma margem de discricionariedade ao agente público para, no caso concreto, encontrar o significado do termo *utilidade pública*, essa margem estará adstrita às hipóteses determinadas pelo artigo 5º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 em comento. Com isso, sempre haverá algum nível de cotejamento da legalidade do manejo da discricionariedade no caso concreto.

Avançando ainda na análise do regime da desapropriação por utilidade pública, não pode passar sem menção que, *como ocorre em todo e qualquer caso de manejo de qualquer margem de discricionariedade*, a decisão administrativa há que ser pormenorizadamente fundamentada. É dizer, não basta a determinação genérica de que há ou não há uma utilidade pública. *Há um ônus ao gestor público expropriante de designar, de forma clara e unívoca, qual é a utilidade pública existente no caso concreto que pode, em tese, justificar uma desapropriação*.

Nesse diapasão, o gestor público, diante das circunstâncias do caso concreto, deverá verificar a ocorrência de alguma das hipóteses elencadas no artigo 5º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 para determinar a compatibilidade entre essas circunstâncias e alguma de referidas hipóteses (por exemplo, deve verificar se é o caso de uma *exploração ou conservação de um serviço público*). Havendo compatibilidade entre o caso concreto e alguma das hipóteses do artigo 5º em testa, passa-se a analisar se a propriedade privada é, *de fato*,

---

[19] Cf. Fagundes, *Da desapropriação no direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 109-110.

[20] Cf. MEDUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 23. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 355.

necessária para o cumprimento da hipótese existente. Caso a resposta seja afirmativa, pode-se iniciar a cogitar uma desapropriação.

Contudo, a desapropriação não é uma consequência automática e necessária da ocorrência de uma hipótese de utilidade pública e da necessidade de utilização de uma propriedade privada. Isso porque, como já antecipei, *a noção de utilidade pública não é uma regra binária que se aplica ou não se aplica*. É uma norma jurídica que depende de uma *ponderação* para que possa ser aplicada. E é precisamente nesse ponto que a desapropriação se torna, efetivamente, mais complexa.

Deflagrada uma utilidade pública efetivamente existente e devidamente fundamentada, passa-se a mensurar o conflito entre a utilidade pública no caso concreto e uma determinada propriedade privada. Existindo esse conflito, há que se *ponderar* se a desapropriação é a medida *proporcional* diante do caso concreto.

Em primeiro lugar, se a utilidade pública efetivamente existe e se a finalidade perseguida pela administração pública com a satisfação da utilidade pública é compatível com o artigo 5º do Decreto-Lei nº 3.365/1941, *ter-se-á demonstrada a licitude da medida pretendida*, que, como já visto, é o primeiro passo da ponderação à luz do crivo da proporcionalidade.[21]

Em segundo lugar, é necessário verificar se o conflito é real ou meramente aparente. Com isso quero dizer que é um dever do gestor público expropriante demonstrar que a realização da utilidade pública *depende* de uma restrição extrema ao direito de propriedade, ou seja, não há como satisfazer a utilidade pública existente sem algum nível de sacrifício da propriedade privada. *Havendo essa dependência, estará configurada a adequação da medida restritiva*.

Em terceiro lugar, há que se verificar qual é a medida exata da restrição a ser imposta ao direito de propriedade para satisfazer a utilidade pública no caso concreto. Isso implica dizer que *há uma obrigação do agente público de demonstrar que (i) não há medida menos gravosa do que a desapropriação que possa ser possível no caso concreto e (ii) a desapropriação cinge-se ao quanto máximo necessário para a satisfação da utilidade pública*.

Essa consideração é de fundamental importância porque pode ser o caso de a utilidade pública, no caso concreto, admitir medidas menos gravosas, como

---

[21] Aqui, evidentemente, soa redundante falar em licitude da satisfação de uma utilidade pública, mas diversos são os casos em que a utilidade pública é uma criação da administração pública que pretende se valer da desapropriação para atingir outro fim que não seja uma real utilidade pública. São casos em que o ato administrativo expropriante é manejado com *desvio de finalidade*.

a ocupação temporária,[22] a servidão,[23] a preempção ou mesmo mecanismos de direito privado, como o aluguel e o arrendamento. Sendo possível a adoção de medida menos gravosa, *sua escolha é obrigatória*.

Assim é que, demonstrada a compatibilidade entre a medida e a finalidade e comprovado que essa medida é a menos gravosa possível diante das circunstâncias do caso concreto, *estará presente a necessidade, na terceira esfera de análise do crivo da proporcionalidade*.

Em quarto e último lugar, é necessária a demonstração do equilíbrio entre a medida restritiva e a satisfação da utilidade pública, no caso concreto. Ou seja, é necessário demonstrar que (i) o núcleo essencial do direito fundamental de propriedade resta preservado — seja porque o particular pode permanecer no gozo dos direitos inerentes à propriedade, seja porque o particular foi *devidamente* indenizado — e (ii) há *proporcionalidade* entre a restrição ao direito de propriedade e a satisfação da utilidade pública. *Sendo possível essa demonstração, restará respeitada a obrigação da proporcionalidade em sentido estrito, a quarta e última esfera da análise do crivo da proporcionalidade*.

Nesses quadrantes, em que pese a estrutura normativa do Decreto-Lei nº 3.365/1941 seja bastante simples — *e de constitucionalidade muito duvidosa* —, a única forma de se interpretar essa norma em consonância com o caráter de direito fundamental do direito de propriedade é a que resta descrita anteriormente. Imaginar que a decretação de utilidade pública de uma determinada propriedade possa ser passível de uma aplicação binária e direta é de enorme equívoco.

Mais ainda, aplicar ao caso da desapropriação as teorias tradicionais (e desatualizadas) dos atos administrativos, afirmando-se o absurdo de que o mérito da desapropriação não seria sindicável, implicaria a destituição do direito de propriedade como um direito fundamental, o que às escâncaras viola o artigo 5º da Constituição Federal.

A partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 adotou um sistema de constituição rígida, com supremacia e controle concentrado,

---

[22] Ocupação temporária consiste na possibilidade de o poder público ocupar temporariamente terreno não edificado lindeiro a uma obra pública para viabilizar sua execução. Concluída a obra, o terreno é devolvido a seu proprietário.

[23] Conforme lição de Odete Medauar, servidão administrativa "significa um ônus real de uso, instituído pela Administração sobre imóvel privado, para atendimento do interesse público, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados". Cf. Medauar, *Direito administrativo moderno*, *op. cit.*, p. 351. Em geral, os ônus decorrentes da servidão administrativa implicam o direito de uso de parcela de um terreno e a imposição de obrigações *non aedificandi*.

calcado em cláusulas pétreas que não podem ser alteradas e com a primazia de direitos fundamentais que têm aplicação direta (artigo 5º, § 2º), não se pode admitir que um ato administrativo que atinge diretamente o conteúdo de um direito fundamental possa ser manejado sem extensa fundamentação, sem a necessária ponderação, da qual decorra a demonstração da proporcionalidade da medida empreendida.

É mais do que assente que o advento da primazia dos direitos fundamentais trouxe consigo profundas alterações nas relações jurídicas de direito administrativo, principalmente no que se refere às condições jurídicas de manejo de competências discricionárias. *Se antes havia um campo decisório privativo da administração pública, agora a administração é impelida a demonstrar que sua decisão respeitou a proporcionalidade no caso concreto*.

Portanto, no caso da desapropriação por utilidade pública há o mais claro conflito entre o direito de propriedade e a capacidade expropriatória do poder público. Sem embargos, a proteção do direito de propriedade como um *direito fundamental* faz com que haja sérias limitações à capacidade expropriante do poder público, impondo-lhe o dever de estritamente observar o postulado da proporcionalidade e explícita e claramente fundamentar sua decisão.

2.2 Competências expropriatórias

Uma vez assentada a hipótese de incidência da desapropriação por utilidade pública, é necessário perpassar as competências expropriatórias para conduzir esses processos de desapropriação. Isso se faz especialmente relevante no caso brasileiro, tendo-se em vista a estrutura federativa da administração pública brasileira.

Em consonância com o que determina o inciso II do artigo 22 da Constituição Federal, é competência privativa da União Federal editar normas sobre desapropriação. Via de consequência, o Decreto-Lei nº 3.365/1941, norma federal que trata sobre o tema, é uma norma de *caráter nacional*, devendo ser aplicada pela União Federal, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios. Em que pese ser uma norma muito anterior à Constituição Federal de 1988, o Decreto-Lei nº 3.365/1941 não enfrentou, até o presente momento, discussões quanto à sua recepção pelo vigente Texto Constitucional, embora algumas de suas normas tenham constitucionalidade duvidosa.

Nesse trilhar, a norma de regência de todos os processos de desapropriação por utilidade pública, no Brasil, será sempre o Decreto-Lei nº 3.365/1941,

interditando-se normas dos demais entes federativos. Sem embargos, *todos os entes federativos possuem competência para declarar a utilidade pública de propriedades particulares e para conduzir o respectivo processo de desapropriação*.

Isso porque, como evidente, cada ente federativo detém um plexo específico de competências, cuja realização, em algum momento e em alguma medida, pode demandar a utilização de uma propriedade particular. Portanto, União, estados, Distrito Federal e municípios detêm a competência para conduzir processos de desapropriação de acordo com o rito disciplinado pelo Decreto-Lei nº 3.365/1941.[24]

Sem embargos, é importante discernir a competência para *determinar* a desapropriação, da competência para *promover* a desapropriação. Como é possível depreender do Decreto-Lei nº 3.365/1941, apenas União, estados, Distrito Federal e municípios detêm a competência para *determinar* a desapropriação, isto é, a competência para asseverar que determinado bem deve ser desapropriado para fins de satisfação de uma determinada utilidade pública. Essa competência não se confunde com aquela atinente à *condução dos atos materiais necessários para concluir a desapropriação*.

Em conformidade com o artigo 3º do Decreto-Lei nº 3.365/1941, os *atos materiais necessários à conclusão da desapropriação* podem ser conduzidos pelo poder público diretamente (*i.e.*, administração pública federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso), bem como por *delegatários da administração pública*, notadamente concessionários de serviço público (inciso I), entidades que exercem funções públicas por delegação (inciso III) e até mesmo contratados para a execução de obras públicas nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada.[25]

Como resultado, tem-se que é *indelegável* o ato de determinar a desapropriação de certo bem privado. Este ato apenas pode ser realizado pelo poder público, diretamente. Entretanto, *os atos materiais de concretização da desapropriação* podem ser delegados, por contrato ou regulamento, para certas pessoas jurídicas de direito privado, que realizam funções públicas.

---

[24] Sobre o tema, confira-se: SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 122 e ss.

[25] Os regimes de contratação mencionados vêm definidos no artigo 6º da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e, sinteticamente, consistem em: (i) contratação de obras públicas no regime de empreitada com preço global para o objeto contratado (empreitada por preço global); (ii) contratação de obras públicas no regime de empreitada integral, que consiste na entrega completa de determinado empreendimento público; e (iii) contratação de obras públicas de forma integrada entre projeto e construção.

2.3 Procedimento e processo de desapropriação por utilidade pública

O Decreto-Lei nº 3.365/1941 é uma norma, a um só tempo, material e processual. Isso porque, para além de determinar os requisitos materiais da desapropriação, a norma em referência disciplina os ritos procedimentais e processuais da desapropriação, *notadamente no que se refere à ação de desapropriação*.[26]

2.3.1 A fase administrativa da desapropriação por utilidade pública

Nesse passo, o ponto de partida da análise processual da desapropriação se inicia com a *decretação de utilidade pública* de um determinado bem privado. Aqui, há um *ato administrativo de natureza declaratória*, que atribui a certo bem privado a destinação a uma utilidade pública. Em que pese o Decreto-Lei nº 3.365/1941 determinar que esse ato administrativo deve ter a forma de um *decreto* do chefe do Poder Executivo de cada ente federativo, é comum que leis especiais deleguem a entidades da administração pública a competência de declaração de utilidade pública de bens privados por meio de outros atos que não apenas o Decreto.[27]

Acerca do ato administrativo de declaração de utilidade pública de determinado bem privado, é possível identificar uma primeira *inconstitucionalidade* do Decreto-Lei nº 3.365/1941. Isso porque referida norma não impõe à administração pública o dever de conduzir um *prévio processo administrativo*

---

[26] Um ponto a ser sublinhado sobre essa questão é a terminologia utilizada no Brasil para a atuação processual da administração pública. Enquanto a maior parte dos sistemas jurídicos segrega *procedimento* de *processo administrativo*, sendo o primeiro aquele realizado *interna corporis* da administração pública e o segundo aquele conduzido perante o Poder Judiciário (ou a jurisdição administrativa em alguns sistemas), o Brasil adota, por escolha constitucional, uma terminologia única, referindo-se a *processo* para todos os trâmites processuais da administração pública, sejam eles desenvolvidos internamente, seja eles desenvolvidos perante o Poder Judiciário. Sobre o tema, confira-se: MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 35 e ss.

[27] Por exemplo, o artigo 24, inciso XIX, da Lei Federal nº 10.233, de 5 de junho de 2011, que delega à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) a competência para a declaração de utilidade pública de bens privados necessários à implantação das infraestruturas de transportes terrestres sob a regulação da agência.

para a edição do ato. Trata-se de decisão unilateral tomada sem qualquer participação do destinatário (*i.e.*, o proprietário do bem a ser desapropriado).

Afirmo que aí há uma inconstitucionalidade porque os incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal impõem o dever de condução de um *prévio processo legal, com garantia dos direitos do contraditório e da ampla defesa* aos casos em que haja a tomada de decisões que afetem os direitos dos particulares. Ou seja, sendo a desapropriação uma decisão altamente intrusiva nas esferas de direitos individuais, sua determinação não poderia, à luz da Constituição Federal, ser realizada sem um prévio processo administrativo com a participação do cidadão afetado e a garantia de seus direitos de contraditório e ampla defesa.

Em realidade, a sistemática prevista pelo Decreto-Lei nº 3.365/1941 reflete um *modus operandi* do direito administrativo superado, incompatível com a posição do cidadão no ordenamento jurídico contemporâneo. Isso porque parte da sistemática de que a administração age, edita o respectivo ato administrativo e, em caso de conflito, somente pode caber revisão do ato pelos órgãos de controle, *após seu aperfeiçoamento e irradiação de efeitos*. Trata-se da sistemática existente no período em que o ato administrativo era a única forma de expressão da administração pública, conforme raciocínio arguto de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva.[28]

Como é sabido, nos tempos atuais, a sistemática de ação da administração pública encontra-se profundamente alterada no que se refere ao papel e aos direitos dos cidadãos. Em lugar de ser um simples expectador, que tem como única alternativa a solução contenciosa para desafiar a legalidade de determinado ato de administração pública, o cidadão passa a ser *parte do processo decisório*, expondo seu ponto de vista e sua situação jurídica a ser considerada pela Administração Pública *antes* de sua decisão.[29] Essa realidade é especialmente acentuada considerando-se o caráter não binário da noção de utilidade pública exposta na subseção II.1, visto que o prévio processo administrativo é *locus* fundamental para que se possa aferir a proporcionalidade de uma determinada medida da administração pública.

Nesse trilhar, incompatível com a Constituição Federal que a administração pública possa decidir sobre a destinação de bens privados sem

---

[28] Cf. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 11 e ss.

[29] Sobre o tema, confira-se o meu: "O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da democracia". *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 9 e ss.

qualquer forma de participação prévia dos cidadãos afetados. Há clara violação às garantias fundamentais do *devido processo legal*, do *contraditório* e da *ampla defesa*, asseguradas nos já mencionados incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Sem embargos, até o presente momento, mesmo já passados mais de 35 anos da promulgação da Constituição Federal, não há notícias de controle concentrado ou difuso da norma em questão. Destarte, para os fins normativos vigentes no Brasil, o ponto de partida do processo de desapropriação é o *ato declaratório de utilidade pública de determinado bem*.

Não obstante o quanto descrito, o artigo 8º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 prevê a possibilidade de ato declaratório de utilidade pública provir do Poder Legislativo. Nesta hipótese, *há uma lei de efeitos concretos que determina a utilidade pública de certo bem privado*, apenas substituindo-se um ato administrativo por um ato de índole legislativa. Trata-se de situação incomum, mas não inexistente.[30]

O ato declaratório da utilidade pública de determinado bem deve, necessariamente, conter uma descrição detalhada e pormenorizada do bem a ser desapropriado, assim como — e principalmente — a exposição clara e congruente da utilidade pública a ser satisfeita e dos fundamentos que demandam a desapropriação. Retomando o quanto exposto na subseção II.1, é um ônus do poder público desapropriante demonstrar, de forma incontroversa, a *proporcionalidade* da desapropriação diante das circunstâncias do caso concreto.

Ademais, como regra geral, todo e qualquer bem privado é sujeito a um processo de desapropriação, seja ele móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo. Basta que haja uma utilidade pública a ser satisfeita por meio da desapropriação — com todas as ressalvas já dissertadas.

Bens públicos também podem ser objeto de desapropriação. Consoante determinado pelo § 2º do artigo 2º do Decreto-Lei nº 3.365/1941, a União pode desapropriar bens dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios, e os estados podem desapropriar bens dos municípios, *desde que haja autorização legislativa expressa do ente expropriante*. Todas as regras procedimentais aplicáveis à desapropriação de bens privados são aplicáveis à desapropriação de bens públicos.

---

[30] Veja-se, como exemplo, a Lei Federal nº 2.874, de 19 de setembro de 1956, que determinou a desapropriação de considerável porção de terra localizada no estado de Goiás para a construção da nova capital federal, Brasília.

Pois bem. Declarada a utilidade pública de determinado bem, passa-se à fase da execução dos atos materiais necessários à desapropriação, os quais, repita-se, podem ser conduzidos tanto pelo poder público quanto por determinados agentes privados, conforme já descrito na subseção II.2. Esses passos iniciam-se na esfera administrativa e podem ser levados à esfera judicial. O prazo *decadencial* para início dos atos materiais de desapropriação é de cinco anos contados da publicação do ato declaratório de utilidade pública (artigo 10 do Decreto nº 3.365/1941).

Nesse sentido, o primeiro ato material da desapropriação, nos termos dos artigos 10, 10-A e 10-B do Decreto nº 3.365/1941, consiste na *tentativa de uma desapropriação amigável*. Nesta etapa, o responsável pela desapropriação busca um acordo com o particular desapropriado, oferecendo-lhe certa quantia em dinheiro para carrear a desapropriação. Caso o acordo seja alcançado, a desapropriação é consumada, transferindo-se a propriedade para o poder público expropriante.

Acerca dessa possibilidade, é fundamental ressaltar que um acordo alcançado em uma desapropriação não a transforma em um negócio jurídico de compra e venda. Isso porque a manifestação da vontade não se dá quanto à alienação da propriedade, porquanto esta manifestação é desnecessária diante do poder expropriante do Estado, mas apenas se dá quanto ao valor, que terá sempre natureza indenizatória e jamais contraprestacional em um negócio jurídico bilateral e oneroso.[31]

A oferta de acordo será realizada por meio de notificação a ser enviada conforme o artigo 10-A do Decreto nº 3.365/1941 e o prazo para sua aceitação é de 15 dias. O silêncio do particular dentro desse prazo implica a rejeição à proposta formulada. Neste ponto, em que pese o silêncio do Decreto-Lei nº 3.365/1941, é evidente que a oferta poderá ser refeita, buscando-se um consenso.

Recentemente, por meio da Lei Federal nº 13.867, de 26 de agosto de 2019, houve a inserção, por meio do novo artigo 10-B do Decreto nº 3.365/1941, da possibilidade de mediação e arbitragem como alternativa ao processo judicial de desapropriação. Neste caso, poder público e particular desapropriado podem optar por instaurar um processo de mediação, na forma da Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, ou de arbitragem, na forma da Lei Federal

[31] Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 551.

nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para a conclusão da desapropriação. Trata-se de um conjunto de meios alternativos de solução de controvérsias.

Em caso de insucesso de um acordo ou de uma mediação, a desapropriação passará para sua fase judicial, desencadeando-se o processo de desapropriação. Apenas deve ser ressaltado que, adotada a arbitragem, não haverá processo judicial, dada a competência jurisdicional dos tribunais arbitrais no Brasil.

2.3.2 Processo judicial de desapropriação

No que se refere ao processo judicial da desapropriação, aflora outro ponto de flagrante inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 3.365/1941: a questão do controle jurisdicional do ato declaratório da utilidade pública. Conforme determina o artigo 9º do Decreto-Lei nº 3.365/1941, "ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública". Segundo esta regra, no bojo do processo de desapropriação somente é lícito que se discuta o valor da desapropriação. Jamais sua causa.

Ao que me parece claro, a norma em comento é inconstitucional porque viola o disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, o qual institui a inafastabilidade do controle jurisdicional. Não se poderia impedir que o processo de desapropriação analisasse o mérito da desapropriação, sobretudo se considerado o teor da subseção II.1.

Sem embargos, em que pese não seja possível a discussão do mérito da desapropriação no bojo do processo de desapropriação, é plenamente possível que se intente medida judicial própria para tal discussão, o que faz com que o ato declaratório de utilidade pública seja, de fato, sindicável. Contudo, em que pese haver tal sindicabilidade, há a imposição de considerável ônus para o cidadão, eis que deverá enfrentar mais de um processo judicial para defender seu direito de propriedade, evidenciando a inconstitucionalidade do artigo 9º do Decreto-Lei nº 3.365/1941.

Posta esta consideração inicial, tem-se que o processo de desapropriação é uma ação com rito próprio, determinado pelos artigos 11 e seguintes do Decreto-Lei nº 3.365/1941, havendo a aplicação apenas supletiva do Código de Processo Civil. A ação de desapropriação será proposta no foro da situação do bem desapropriado e seu objeto será o valor da indenização devida ao particular que sofre a desapropriação.

Proposta a ação, o juízo competente designará um perito para determinação precisa do valor do bem desapropriado, a fim de corretamente arbitrar o valor da indenização a ser paga. Em caso de comprovada urgência na tomada da posse do bem desapropriado, o poder público poderá depositar em juízo o valor por ele considerado adequado para a indenização e requerer a imissão provisória na posse.

Em consonância com o disposto no § 1º do artigo 15 do Decreto-Lei nº 3.365/1941, a imissão provisória na posse será deferida na hipótese de depósito, pelo poder público: (i) do valor oferecido nos termos do artigo 10, caso este valor seja superior a 20 vezes o valor locativo do imóvel;[32] (ii) do valor equivalente a 20 vezes o valor locativo do bem, caso a oferta feita nos termos do artigo 10 tenha sido em valor inferior; (iii) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento de tributos imobiliários, caso tenha havido atualização desse valor no exercício imediatamente anterior; ou (iv) do valor fixado pelo juiz, caso não tenha havido a atualização mencionada no item anterior.

Evidentemente, a regra da imissão provisória determinada pelo artigo 15 do Decreto-Lei nº 3.365/1941 somente se aplica a bens imóveis, visto que são aqueles que devem ter a posse direta trasladada ao poder público para fins da satisfação da respectiva utilidade pública.

Feito o depósito e emitida a ordem de imissão provisória na posse, o poder público assume a titularidade do bem, podendo realizar as intervenções que se façam necessárias, inclusive a própria demolição de edificações existentes no bem desapropriado. Na prática, consuma-se a desapropriação, em que pese não se conclua a trasladação da propriedade.

Especialmente no caso dos imóveis urbanos desapropriados, deve-se observar o disposto no Decreto-Lei nº 1.075, de 22 de janeiro de 1970, segundo o qual deve ser estabelecido um contraditório quanto ao valor do depósito necessário para permitir a imissão. Em caso de falta de acordo entre poder público e particular desapropriado, o juízo competente deverá conduzir uma perícia para determinação do valor a ser depositado pelo ente expropriante.[33]

O processo de desapropriação seguirá até que seja determinado pelo juízo competente o valor justo da indenização a ser paga. Neste ponto, caso o valor apurado seja maior do que o originalmente depositado pelo poder

---

[32] O valor locativo de um imóvel é o valor de referência para seu aluguel, utilizado para o cálculo de tributos, conforme o artigo 4º do Decreto-Lei nº 137, de 29 de dezembro de 1937.

[33] Sobre o tema, confira-se: Meduar, *Direito administrativo moderno*, *op. cit.*, p. 363.

público, haverá a condenação ao pagamento da diferença. Eventuais créditos do particular contra o poder público, decorrentes do processo de desapropriação, serão satisfeitos por meio de precatórios, nos termos do artigo 100 da Constituição Federal.

2.4 Efeitos da desapropriação

A desapropriação é forma de *aquisição originária* do direito de propriedade por parte do poder público, como largamente reconhecido pela jurisprudência.[34] Por conseguinte, com a desapropriação desaparecem todos os vínculos e ônus reais que possam recair sobre o bem desapropriado, sejam judiciais ou convencionais, os quais não se transferem para o poder público expropriante. Não por outro motivo, o Código Civil reconhece o direito ao compartilhamento da indenização paga em certas circunstâncias da existência de direitos reais sobre bens desapropriados, por exemplo, o artigo 1.376 em relação ao detentor do direito de superfície.

Ademais, o artigo 35 do Decreto-Lei nº 3.365/1941 expressamente determina que os efeitos da desapropriação são irreversíveis e que os bens desapropriados não podem ser objeto de reivindicação uma vez incorporados ao patrimônio público. Ainda que a desapropriação venha a ser anulada, eventuais prejuízos resolvem-se por perdas e danos.

O dispositivo em comento é objeto de grandes debates doutrinários e jurisprudenciais. Como menciona Odete Medauar, a retrocessão de bens desapropriados é reconhecida pela jurisprudência, ainda que por meio do pagamento de indenização por perdas e danos.[35] Ademais, Floriano de Azevedo Marques Neto adverte que a extensão do artigo 35 do Decreto-Lei nº 3.365/1941 deve ser limitada aos casos em que o bem desapropriado foi afetado, pois, caso não tenha sido sequer afetado, não se consuma a desapropriação, pois que nula sua declaração.[36]

---

[34] Entre inúmeros outros, confira-se: o REsp 1.668.058-ES, do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo min. Mauro Campbell Marques e julgado por unanimidade em 8/6/2017, *DJe* 14/6/2017.

[35] Cf. Medauar, *Direito administrativo moderno*, *op. cit.*, p. 364.

[36] Sobre o tema, confira-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos*: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 257-258.

2.5 Desapropriação por zona

Deve ser mencionado, ainda, que o artigo 4º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 permite que a desapropriação alcance área contígua à necessária para obra pública justificadora da retirada do direito de propriedade. É dizer, em lugar de se desapropriar exclusivamente os bens necessários para a implantação de determinado equipamento público, é permitida a desapropriação de área lindeira, a ser posteriormente alienada pela administração pública.

O objetivo primordial da desapropriação por zona é permitir ao poder público apropriar-se, em nome da coletividade, da mais-valia imobiliária dos imóveis lindeiros àquele em que é instalado um determinado equipamento público. Isso acontece, pois é muito comum que haja excepcional valorização imobiliária no entorno da implantação de determinados equipamentos públicos, como aqueles voltados à mobilidade urbana, parques, entre outros. Portanto, com a desapropriação por zona, essa valorização é capturada pelo poder público e repassada para a coletividade, inclusive por meio do financiamento da implantação do respectivo equipamento público.[37]

Em que pese ser mecanismo de enorme valia para o poder público e, até mesmo, de justiça social, a desapropriação por zona é muito raramente utilizada no Brasil.[38] Sua utilização mais conhecida historicamente, voltada à implantação de uma linha de metrô em São Paulo na década de 1970, foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF) e teve sua validade reconhecida.[39] Sem embargos, nos tempos recentes após a Constituição Federal de 1988, não se tem notícias de sua utilização.

2.6 A questão da indenização

O ponto mais controvertido em relação à desapropriação por utilidade pública, na atualidade, concerne à indenização devida ao particular. Isso porque, como será dissertado, a sistemática prevista no *processo* de desapropriação delineado pelo Decreto-Lei nº 3.365/1941, somada à sistemática

---

[37] Sobre o tema, confira-se o sempre atual: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra pública a custo zero. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 32 e ss, 1993.

[38] Sobre o tema, confira-se: Marques Neto, *Bens públicos*, *op. cit.*, p. 261.

[39] É o caso do RE 82.300/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 12 de abril de 1978 e relatado pelo ministro Rodrigues Alckmin.

de pagamento dos créditos contra a Fazenda Pública disciplinada pela Constituição, faz com que o pagamento da indenização devida possa até ser justo, mas não é, como regra geral, prévio.

Conforme determina o inciso XXIV do artigo 5º da Constituição Federal, já mencionado e transcrito na seção I, a desapropriação por utilidade pública requer *indenização justa e prévia e em dinheiro*. O conteúdo jurídico desse dispositivo é autoexplicativo: *como uma condição jurídica para a desapropriação, deve haver, previamente, o pagamento, em dinheiro, de indenização justa*.

Por justa, entende-se a *indenização que reflita adequadamente o valor integral do bem a ser desapropriado*. Isso implica dizer, com esteio no escólio de Sérgio Ferraz, que o valor da indenização não deve cobrir *apenas o que o particular perde com a desapropriação, como também o que deixará de ganhar, isto é, os lucros que poderia auferir com o regular uso de sua propriedade*.[40]

Nesse sentido, o *valor* a ser pago ao particular em decorrência da desapropriação de seu bem é aquele corrente de mercado, que poderia ser obtido regularmente em uma operação de compra e venda, conforme as condições existentes em determinado momento. *Ademais, devem ser agregados ao valor do bem outros valores que, eventualmente, tenham valor, como fundo de comércio ou exploração minerária*. É dizer, deve ser agregado ao valor da indenização, para além do valor de mercado do bem, o valor de quaisquer outros elementos que permitam a exploração econômica do bem desapropriado.

Como se não bastasse, também devem ser indenizados os custos incorridos pelo particular com a desapropriação, incluindo honorários advocatícios e honorários de peritos e assistentes técnicos.[41] Por derradeiro, deverão ser indenizadas todas as perdas com desvalorização da moeda (inflação) e custo de oportunidade (juros).

Já quanto ao *momento* da desapropriação, determina o Texto Constitucional que o pagamento deverá ser *prévio* e *em dinheiro*. Daí claramente infere-se que a *indenização justa seria uma condição jurídica à efetivação da desapropriação*. Nesse sentido, ter-se-ia que a desapropriação demandaria a aferição do valor *justo* do bem a ser desapropriado, somadas todas as suas potenciais explorações econômicas, e o seu pagamento integral e em dinheiro para poder ser carreada.

Ocorre, contudo, que a realidade existente há décadas, no Brasil, é muito diversa. Como é possível inferir-se do *iter* processual da desapropriação

---

[40] Cf. FERRAZ, Sérgio. *A justa indenização na desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 18 e ss.

[41] Cf. Medauar, *Direito administrativo moderno*, *op. cit.*, p. 356.

descrito na subseção II.2, o Decreto-Lei nº 3.365/1941 permite que a administração pública valha-se de "*atalhos*" para evitar o pagamento de uma indenização justa antes da efetiva desapropriação.

Isso porque, como consequência do disposto no artigo 15 do Decreto-Lei em discussão, é lícito à administração pública ser imitida provisoriamente na posse do bem desapropriado, *enquanto discute o valor correto da desapropriação*. Basta, para tanto, que seja feito o depósito em juízo de um valor arbitrado em consonância com o § 1º do dispositivo em comento, o qual, invariavelmente, será inferior ao valor justo do bem. E a razão para tanto é simples: os cadastros públicos jamais conseguem acompanhar a evolução de preços do mercado, estando sempre defasados, de sorte que qualquer valor arbitrado com base em ditos cadastros será inferior ao valor real.

Ademais, outras potencialidades econômicas do bem desapropriado, como a produção rural ou o fundo de comércio, jamais são sequer capturadas por esses cadastros, devendo ser fixadas por meio de perícias bastante técnicas e, até certo ponto, lentas.

Diante desse cenário, o que se tem, hoje, em matéria de desapropriação, é que, na generalidade dos casos,[42] o valor efetivamente recebido pelo particular quando da perda do direito de posse de seu bem é consideravelmente inferior ao valor justo que deveria ser pago. Por conseguinte, consoante a disciplina processual do Decreto-Lei nº 3.365/1941, após a imissão provisória do poder público na posse do bem, segue a discussão do valor adequado para a indenização a ser paga.

Nesse trilhar, considerando-se as prerrogativas processuais da Fazenda Pública (*v.g.*, prazos em dobro e reexame necessário), tem-se um processo judicial com enorme duração até o trânsito em julgado da decisão, o que tolhe completamente o caráter prévio da indenização. E, mesmo com o trânsito em julgado, não há a satisfação do direito de crédito do particular, eis que é necessária a liquidação em ordem cronológica, segundo o rito dos precatórios.

Conforme determinado pelo artigo 100 da Constituição Federal, os créditos de particulares contra o Estado, decorrentes de decisões judiciais condenatórias transitadas em julgado, são satisfeitos por meio de *precatórios judiciais*,

[42] Aqui, mencione-se que a grande exceção é o conjunto de desapropriações conduzidas por concessionárias de serviços públicos. Com a finalidade de evitar atrasos e pendências judiciais longas, as concessionárias buscam desapropriações consensuais, comumente chegando a valores satisfatórios para o desapropriado.

inscritos pelo juízo competente e liquidados em ordem cronológica, a partir da disponibilização de recursos orçamentários para tal liquidação.[43]

Tendo-se em conta a quantidade de precatórios pendentes de pagamento e a disponibilidade de recursos orçamentários voltados à sua liquidação, é comum que a efetiva quitação de um precatório demore diversos anos, em função da ordem cronológica de sua inscrição.

Assim, o que se tem em *lege lata* é um sistema claramente inconstitucional que estimula a protelação do pagamento de valores devidos a título de indenizações em desapropriações. Dado que o problema público de utilização do bem desapropriado resolve-se com a imissão na posse, tem-se que o efetivo pagamento dos valores devidos será realizado muitos anos após a desapropriação, descumprindo-se o caráter *prévio* da indenização imposto pela Constituição Federal. Ou seja, é permitido executar as desapropriações com o dispêndio de valor claramente inferior ao real devido, realizando-se os pagamentos constitucionalmente devidos em momento muito posterior àquele determinado pela Constituição Federal.

Em que pese tenha sido constante a discussão do tema, não há, em vista, qualquer solução. Bem ao contrário, aliás. Em conformidade com a Emenda Constitucional nº 114, de 16 de dezembro de 2021, foi autorizado o parcelamento temporário do pagamento de precatórios, alongando-se ainda mais o tempo de espera na respectiva ordem cronológica.

3. Desapropriação por interesse social

Para além da desapropriação por utilidade pública, disciplinada pelo Decreto-Lei nº 3.365/1941 e dissertada na seção precedente, há a previsão no Texto Constitucional da *desapropriação por interesse social*, voltada, essencialmente, à realização de *reforma agrária* no Brasil, entre outras finalidades mais secundárias.

Para além de diversas diferenças que serão devidamente anotadas nesta seção, o principal ponto de distinção concerne *à razão de desapropriar*: enquanto na utilidade pública busca-se a satisfação de uma necessidade coletiva, na desapropriação por interesse social, busca-se a justiça social por meio da

[43] Consoante o § 5º do artigo 100 da Constituição Federal, cabe ao presidente do respectivo Tribunal de Justiça determinar o montante a ser incluído na peça orçamentária para pagamento de precatórios, observada a disponibilidade de recursos.

distribuição equânime de terras entre a população. Não há qualquer empreendimento público ou ação pública específica, mas, sim, uma alteração social.[44]

3.1 Hipóteses de cabimento

Determina a primeira parte do artigo 184 da Constituição Federal (*in verbis*): "compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social". Como se depreende do dispositivo mencionado, a hipótese de cabimento da desapropriação por interesse social depende da ocorrência de dois elementos: (i) a existência de um imóvel rural descumpridor de sua função social; e (ii) a necessidade por reforma agrária, ou seja, a demanda por uma distribuição equânime de terras rurais.

O descumprimento da *função social* do imóvel rural dá-se por meio da aferição de sua produtividade. Imóveis rurais serão considerados improdutivos a partir de um *coeficiente de utilização*, que afere sua produtividade em função de sua área total, conforme disciplinado pela Lei Federal nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. A competência para verificação da produtividade da terra e declaração de atendimento ou não da respectiva função social é atribuída ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), autarquia federal criada pelo Decreto-Lei nº 1.110, de 9 de julho de 1970.

Por outro lado, a reforma agrária consiste na transferência da propriedade de terras rurais improdutivas a produtores rurais que não detêm terras nas quais possam produzir. Sua realização se dá a partir de um cadastro de trabalhadores mantido pelo Incra e de acordo com critérios fixados em lei.

O § 3º do artigo 184 da Constituição Federal determina caber à lei complementar regular o processo contraditório especial a ser observado no processo judicial de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. A lei em discussão é a Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993.

Não podem ser objeto de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária (i) aquelas propriedades classificadas como pequenas ou médias, desde que seu proprietário não possua outras terras, e (ii) as propriedades produtivas, conforme artigo 185 da Constituição Federal.[45]

---

[44] Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021. p. 221.

[45] Conforme anota Gilmar Ferreira Mendes, a jurisprudência do STF assevera que a determinação da produtividade ou não de determinada propriedade rural não pode ser aferida *in loco* em caso

Ademais do caso do artigo 184 da Constituição Federal, há outras hipóteses de *desapropriação por interesse social*, disciplinadas pela Lei Federal nº 4.132, de 10 de setembro de 1962. O objetivo da desapropriação por interesse social da Lei nº 4.132/1962 é "promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social", conforme determina seu artigo 1º. Ainda, segundo mesmo esse diploma normativo, os casos de interesse social são aqueles determinados pelo artigo 2º, também considerados em *numerus clausus*, como os casos de utilidade pública determinados pelo artigo 5º do Decreto-Lei nº 3.345/1961.

3.2 Competências expropriatórias

A competência para a condução da desapropriação por interesse social variará conforme a finalidade do bem desapropriado. Conforme se depreende de forma expressa do artigo 184 da Constituição, *a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária somente pode ser conduzida pela União Federal*, sendo interditado a estados, Distrito Federal e municípios buscar desapropriar imóveis para fins de reforma agrária. Com isso, é competência privativa da União Federal, por meio do Incra, conduzir a desapropriação para fins de reforma agrária.

Por outro lado, os demais casos de interesse social previstos na Lei nº 4.132/1962 podem ser objeto de decretação por todos os entes federativos, cabendo, então, competência da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.[46] Nesse sentido, imperioso interpretar o artigo 2º da Lei nº 4.132/1962 conforme a Constituição Federal, entendendo-se que seus incisos I, II, III e IV, que tratam da forma agrária, somente podem ser manejados pela União Federal.

---

de invasão por trabalhadores de movimentos sociais, eis que o nível de produtividade pode ser alterado pelo esbulho possessório. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 170-171.

[46] Cf. GARCIA, José Ailton. *Desapropriação:* comentários ao Decreto-Lei nº 3.365/41 e à Lei nº 4.132/62. São Paulo: Atlas, 2014. p. 231.

3.3 Processo de desapropriação

O processo de desapropriação por interesse social variará conforme sua causa. No caso da *desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária*, há um processo especial, conduzido pelo Incra.

O processo de desapropriação inicia-se com a *decretação do interesse social de determinada propriedade rural*, após a apuração do descumprimento de sua função social (artigo 184, § 2º). Novamente, cabe ao Incra a determinação do descumprimento da função social e ao presidente da República a edição do respectivo decreto de interesse social — aqui, também, um *ato administrativo de natureza declaratória*.

Emitido o Decreto, há um processo judicial de desapropriação, com rito de *contraditório especial* disciplinado pela Lei Complementar nº 76/1993.[47] Conforme artigo 6º de referido diploma, após o recebimento da ação de desapropriação, de forma imediata ou em até 48 horas, há a ordem de imissão na posse, para permitir a regularização da área e sua transferência para trabalhadores rurais inscritos no cadastro mantido pelo Incra.

Não cabe discussão quanto ao interesse social declarado, nos termos do artigo 9º da Lei Complementar nº 76/1993, servindo o processo judicial apenas para definição do valor da indenização devida. Havendo acordo quanto a esse valor, deverá haver a homologação em sentença. Caso não haja acordo, será designada perícia, devendo o juízo competente fixar o valor devido em sentença exarada na audiência de instrução e julgamento ou dentro de até 30 dias contados de sua realização, após a conclusão da respectiva perícia e demais diligências determinadas.

No caso das demais hipóteses de interesse social determinadas pela Lei nº 4.132/1962, há aplicação subsidiária do rito processual do Decreto-Lei nº 3.365/1941, também sendo o processo iniciado pela *decretação do interesse social* pelo respectivo ente federativo interessado na desapropriação. Destarte, faz-se referência ao quanto dissertado na subseção II.3.

---

[47] Como a desapropriação é de competência privativa da União Federal, o processo tramitará perante a Justiça Federal, com fundamento no artigo 109 da Constituição Federal.

3.4 Indenização

A indenização devida nos casos de desapropriação por interesse social também variará conforme a causa demandante da retirada da propriedade privada.

No caso da *desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária*, nos termos do artigo 184 da Constituição Federal, *haverá pagamento da respectiva* indenização **em títulos públicos da dívida agrária federal**, *resgatáveis em até 20 anos a partir do segundo ano de sua emissão*. Esses títulos são emitidos apenas pela União Federal, integram sua dívida mobiliária consolidada e seguem as regras definidas pelo artigo 20 do Decreto nº 11.301, de 21 de dezembro de 2022. Os prazos para resgate são definidos no momento da emissão entre cinco, 10, 18 e 20 anos, de acordo com os critérios definidos pela Lei nº 8.629/1993.

Aqui, é importante sublinhar que há uma exceção à obrigação de pagamento de indenização justa, prévia e em dinheiro, determinada pelo já mencionado inciso XXIV do artigo 5º da Constituição Federal. Isso porque, no caso da desapropriação do artigo 184 da Constituição Federal, há um caráter *sancionatório*, devido ao descumprimento da função social da propriedade. Portanto, autoriza a Carta Constitucional que a indenização devida possa ser liquidada em até 20 anos.

Sem embargos, as benfeitorias úteis e necessárias devem ser indenizadas em dinheiro e de forma prévia. As benfeitorias voluptuárias seguem a indenização por títulos da dívida pública.[48] A classificação das benfeitorias entre úteis, necessárias e voluptuárias segue as regras do artigo 96 do Código Civil.

No caso das demais hipóteses de desapropriação por interesse social, nos quadrantes da Lei nº 4.132/1962, aplica-se o rito do Decreto-Lei nº 3.365/1941, inclusive quanto à definição e forma de pagamento da respectiva indenização.

3.5 Destinação do bem

A desapropriação por interesse social apresenta uma considerável peculiaridade em relação à regra geral das desapropriações por utilidade pública. Enquanto nessas últimas o bem desapropriado, em geral, passa a integrar

[48] Cf. Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, *op. cit.*, p. 169.

o patrimônio público de forma definitiva,[49] na desapropriação por interesse social, a regra geral é de que o bem desapropriado seja transferido para terceiros.

No caso da desapropriação por interesse social *para fins de reforma agrária*, é essencial que o bem seja transferido a terceiros. Nessas hipóteses, há um processo em duas etapas. Na primeira, há a transferência do direito de uso e da posse direta do bem aos trabalhadores rurais regularmente inscritos no cadastro do Incra, permanecendo a propriedade como pública. Após certo decurso de tempo e respeitadas certas condições legais, é transferida a *propriedade* do bem a esses trabalhadores.[50]

De qualquer forma, o bem desapropriado tem como finalidade precípua seu repasse a terceiros, integrando o patrimônio público apenas de forma transitória e temporária.

Já com relação às demais hipóteses de desapropriação por interesse social, previstas na Lei nº 4.132/1962, há a possibilidade tanto de repasse do bem desapropriado a terceiros (caso, por exemplo, dos incisos I a V), quanto de retenção do bem pela administração pública (caso dos incisos VI a VIII). Portanto, a destinação do bem variará conforme o interesse social que houver levado à desapropriação.

4. A desapropriação-sanção do direito urbanístico

Por derradeiro, há uma última espécie de desapropriação prevista no direito brasileiro que é aquela disciplinada pelo § 4º do artigo 182 e pode ser denominada como uma *desapropriação-sanção*, realizada pelos municípios em função do contínuo e reiterado descumprimento da *função social da propriedade urbana*.

---

[49] Claro que há exceções, como as desapropriações realizadas para a construção de moradias populares, nas quais os bens desapropriados serão revendidos. Sobre o tema, confira-se: Medauar, *Destinação dos bens expropriados*, *op. cit.*, p. 85 e ss.

[50] Conforme artigo 18 da Lei nº 8.629/1993, o assentamento de trabalhadores rurais em terras desapropriadas, na condução da reforma agrária, dar-se-á por meio de *concessões reais de direito de uso*, que são inegociáveis pelo prazo de 10 anos e outorgadas gratuitamente. Posteriormente, as concessões outorgadas convolam-se em títulos de domínio. O fundamento dessa divisão em etapas é evitar a comercialização de terras entregues na execução de um plano de reforma agrária.

4.1 Hipótese de cabimento

A hipótese de cabimento da desapropriação-sanção do direito urbanístico é bastante restrita: *somente pode ocorrer quando do descumprimento reiterado e contínuo da função social da propriedade urbana*, conforme inciso III do § 4º do artigo 184 da Constituição.

Conforme determinado pelo § 2º do mesmo artigo 184, a propriedade urbana cumprirá sua função social, *quando tiver utilização aderente ao quanto determinado pelo Plano Diretor municipal*. O Plano Diretor, a seu turno, é uma lei municipal obrigatória para todos os municípios com mais de 20 mil habitantes, que disciplina, detalhadamente, o uso do solo urbano e as diretrizes urbanísticas a serem seguidas.[51]

Destarte, somente se pode cogitar da aplicação da desapropriação no caso de contínuo e reiterado descumprimento do uso de determinada propriedade urbana à luz do respectivo Plano Diretor municipal. Importante ressaltar que, embora prevista desde a promulgação da Constituição de 1988, nunca houve a efetiva ocorrência da desapropriação-sanção no Brasil.

Por fim, importante ressaltar que a desapropriação em questão somente pode ocorrer em relação a propriedades *urbanas* (*i.e.*, ficam excluídas propriedades localizadas nas zonas rurais dos respectivos municípios) e que descumpram sua função social.

4.2 Competência expropriatória

Como se pode depreender de forma clara e cristalina do disposto no artigo 182 da Constituição Federal, apenas os municípios podem conduzir a desapropriação-sanção de propriedades urbanas. Isso porque a realização de tal desapropriação nada mais é do que o cumprimento de uma política urbana, atribuição constitucional dos municípios, conforme artigo 182 e artigo 30, inciso VIII, da Constituição Federal.

---

[51] Conforme lição de José Afonso da Silva: "O plano diretor, como instrumento de atuação da função urbanística dos Municípios, constitui um plano geral e global que tem, portanto, por função sistematizar o desenvolvimento físico, econômico e social do território municipal, visando ao bem-estar da comunidade local". Cf. SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 139-140.

Sem embargos, o Distrito Federal também é competente para promover a desapropriação-sanção, porquanto acumula as competências constitucionais dos estados e dos municípios, *ex vi* artigo 32, § 1º, da Constituição Federal. Estados e União não possuem competência legal para manejar a desapropriação em discussão.

4.3 Processo de desapropriação

A *desapropriação-sanção do direito urbanístico* possui como grande particularidade o fato de ser executada exclusivamente *pela via administrativa*, não sendo necessário processo judicial. As linhas-mestras de seu procedimento estão previstas no § 4º do artigo 182 da Constituição Federal, com detalhamento contido na norma denominada Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001).

Consoante determinado pelos artigos 5º, 6º, 7º e 8º do Estatuto da Cidade, o processo da desapropriação-sanção perpassa quatro etapas: (i) notificação ao proprietário acerca do descumprimento da função social da propriedade;[52] (ii) concessão do prazo de um ano para que o proprietário promova o parcelamento ou a edificação da propriedade, a fim de conformá-la ao Plano Diretor — trata-se do chamado parcelamento ou edificação compulsórios; (iii) em caso de descumprimento do parcelamento ou edificação compulsórios, o município instituirá uma majoração crescente da alíquota do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) por um período de cinco anos consecutivos apenas em relação à propriedade descumpridora de sua função; e (iv) em caso de permanência do descumprimento da função social da propriedade após os cinco anos de IPTU progressivo, desapropriação do imóvel.

É dizer, no caso da desapropriação-sanção, o caminho a ser percorrido até a desapropriação é apenas administrativo, não sendo qualquer decisão judicial para tanto.

Por fim, apenas é necessário mencionar que a desapropriação-sanção demanda previsão expressa e específica na lei que houver aprovado o Plano Diretor. Com isso, mesmo havendo sua previsão constitucional e no Estatuto da Cidade, é necessário que haja inclusão expressa na lei municipal.

---

[52] O § 1º do artigo 5º do Estatuto da Cidade fixa como parâmetro do descumprimento a subutilização da propriedade, configurada a partir do uso abaixo dos limites mínimos determinados pelo Plano Diretor.

4.4 Indenização

Assim como verificado em relação à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, a desapropriação-sanção também apresenta exceção à regra da indenização prévia. Como determina o inciso III do § 4º do artigo 182 da Constituição Federal, *a indenização na desapropriação-sanção urbanística é paga com títulos públicos emitidos pelos municípios, com prazo de resgate de até 10 (dez) anos*.

É dizer, como também se trata de uma forma de sanção pelo descumprimento da função social da propriedade, a desapropriação-sanção não permite a indenização prévia e em dinheiro. Os valores devidos, apurados conforme a regra do § 2º do artigo 8º do Estatuto da Cidade,[53] são pagos em títulos públicos emitidos pelo município.

Sem embargos do paralelismo das formas entre os artigos 182, § 4º, e 184 da Constituição Federal, a possibilidade do artigo 182 encontra considerável óbice, pois a emissão de títulos públicos por municípios depende de autorização prévia e específica do Senado Federal, o que não se aplica para os títulos disciplinados pelo artigo 184.

Portanto, para que a desapropriação-sanção possa ocorrer na prática, é necessário todo o transcurso de prazo previsto nos artigos 5º a 7º do Estatuto da Cidade (ao menos sete anos, somando-se todos os prazos), mais uma autorização específica do Senado Federal para que o município possa emitir os respectivos títulos de dívida.

4.5 Destinação do bem desapropriado

Conforme se pode depreender dos §§ 4º e 5º do artigo 8º do Estatuto da Cidade, o município terá um prazo máximo de cinco anos para dar ao bem desapropriado o aproveitamento determinado pelo Plano Diretor, diretamente ou por meio de concessão ou alienação a terceiro. Ou seja, há discricionariedade quanto à destinação do bem, que poderá ser aproveitado diretamente pelo poder público, ou transferido a terceiro.

---

[53] Referido dispositivo determina que a indenização devida será apurada conforme os cadastros de valor utilizados como base para lançamento do IPTU, sem que sejam possíveis quaisquer acréscimos decorrentes de lucros cessantes ou outros valores.

Considerações finais

A desapropriação segue sendo um instrumento altamente utilizado e relevante para a administração pública brasileira. Em que pese haver três grandes espécies, sendo uma delas dividida entre duas subespécies, o que se vê é uma enorme predominância da desapropriação por utilidade pública, com alguma relevância também para a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. As desapropriações por interesse social regidas pela Lei nº 4.132/1962 e a desapropriação-sanção do direito urbanístico praticamente não são utilizadas.

Nessa esteira, é de se anotar que a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária tem tratamento legislativo previsto diretamente no vigente Texto Constitucional, contando com normas infraconstitucionais promulgadas após 1988 e, portanto, em maior conformidade com a ordem constitucional vigente — ainda que um ponto ou outro possam suscitar algum debate.

De outro bordo, as desapropriações por utilidade pública são esteadas, apesar de sua previsão constitucional expressa (artigo 5º, inciso XXIV), em norma muito anterior à Constituição Federal de 1988, editada em momento de um Estado marcantemente autoritário do Estado brasileiro.[54]

Assim, a disciplina infraconstitucional da desapropriação por utilidade pública não se encontra, segundo meu sentir, consonante com a vigente Constituição Federal. O caminho a ser percorrido para a declaração de utilidade pública sem um processo administrativo garantidor de contraditório e ampla defesa, o rito da ação de desapropriação e a possibilidade de efetivação da desapropriação sem o pagamento da devida indenização em sua integralidade são pontos claramente contrários à Constituição vigente.

Mantém-se o Decreto-Lei nº 3.365/1941 por conta de sua enorme praticidade para o poder público, eis que suas inconstitucionalidades permitem uma desapropriação mais rápida e com menos custos imediatos. Contudo, não é minimamente condizente com um estado democrático de direito construído sobre os direitos fundamentais a preservação de uma norma regente da mais intrusiva intervenção administrativa que tolhe do particular direitos dos mais comezinhos. Urge a substituição da legislação infraconstitucional

[54] Apenas para referência, a Constituição vigente à época da edição do Decreto-Lei nº 3.365/1941 era aquela outorgada em 1937, consolidadora da ditadura do presidente Getúlio Vargas.

das desapropriações por utilidade pública, embora isso não esteja sequer no horizonte.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; TERNEYRE, Philippe. *Droit administratif des biens*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BERKEMANN, Jörg. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit — Bericht über den "State of the Art". *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, Colônia, p. 741 e ss., 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

EPPING, Volker. *Grundrechte*. 4. ed. Heidelberg: Springer, 2010.

FAGUNDES, Miguel de Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.

FERRAZ, Sérgio. *A justa indenização na desapropriação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GARCIA, José Ailton. *Desapropriação*: comentários ao Decreto-Lei nº 3.365/41 e à Lei nº 4.132/62. São Paulo: Atlas, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz Meister. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos*: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens expropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 23. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra pública a custo zero. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O poder de polícia é discricionário? *In*: MEDAUAR, Odete; _____ (Org.). *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da democracia. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. (reimpressão do original de 1995).

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

WOLFF, Heinrich Amadeus; DECKER, Andréas. *Studienkommentar VwGO VwVfG*. Munique: C. H. Beck, 2005.