

# DESAPROPRIAÇÃO — RECUO — ABUSO DE PODER — INDE- NIZAÇÃO

— Responde por abuso de poder o expropriante que não executa a desapropriação, por motivo caprichoso e anormal.

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

Carlos Barbero *versus* Prefeitura do Distrito Federal  
Apelação cível n.º 27.654 — Relator: Sr. Desembargador  
MARTINHO GARCEZ NETO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 27.654, em que são apelantes: 1.º, o Juízo da 1.ª Vara da Fazenda Pública (*ex-fficio*); 2.º, Carlos Ribeiro, e 3.º, a Prefeitura do Distrito Federal, sendo apelados os mesmos:

Acordam os Juizes da 6.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão unânime, dar provimento ao recurso do segundo apelante para, reformando, em parte, a sentença apelada, julgar procedente a ação, nos termos do pedido inicial.

Custas *ex-lege*.

O 2.º apelante, ao reconstruir o prédio existente, atualmente, na rua São Luís Gonzaga, sob o n.º 215, depois de haver demolido o que ali existira com o n.º 129, foi obrigado a observar recuo impôsto pela 3.ª apelante, sem o que lhe não seria concedida a indispensável licença para a nova edificação. Entretanto, não conseguiu êle, até hoje, receber a justa indenização pela perda da porção de terreno correspondente ao referido recuo, e que, na verdade, corresponde a uma desapropriação parcial. O processo administrativo tem se arrastado morosamente, durante anos a fio, que se seguiram ao ato expropriativo, sem uma solução definitiva e concreta,

que seria o pagamento devido ao autor. Daí, a presente demanda, contra a Prefeitura local, em que o 2.º apelante pleiteia indenização ampla, pelo uso abusivo do direito de desapropriar, a fim de receber não só o preço da desapropriação pròpriamente dita, como também a reparação dos danos emergentes e lucros cessantes, que decorrem do procedimento injustificável do poder público. A pretensão do autor foi acolhida em parte, pois o digno Dr. Juiz *a quo* negou a indenização decorrente do abuso de direito.

Assim, o provimento da 2.ª apelação, prejudicados os demais recursos para ampliar a condenação, nos termos do pedido inicial, é um imperativo indeclinável da boa justiça.

Com efeito, o proprietário que praticamente, fica privado de sua propriedade, porque a Prefeitura não promove o processo regular de desapropriação, nem a torna efetiva pela indenização do seu valor, tem direito de ser indenizado pelos prejuízos sofridos com êsse procedimento egoístico, caprichoso e anormal do poder público ou dos seus agentes.

E' o que os nossos Tribunais têm proclamado, com acentos de louvável censura (acórdão da antiga 5.ª Câmara Cível, dêste Tribunal, em 6-1-1942 — Relator Desembargador Sabóia Lima, *in*

*Jurisprudência do Tribunal de Apelação*, vol. 8.º, págs. 11-11v.), pois, não se contesta que o abuso de direito é um fenômeno de hipertrofia de caráter geral, que abrange a esfera de atuação do poder público, por intermédio dos seus agentes, numa exemplificação bem viva do que os escritores de direito público preferem definir como *détournement de pouvoir* (Caio Tácito, *in Desvio de Poder em matéria Administrativa*, 1951, tese; Cyr Cambier, *La Responsabilité de la Puissance Publique et de ses Agents*, 1947, págs. 402-494; M. A. Leonfanti, *Abuso del Derecho*, 1945, página 71; J. Calvo Sotelo, *La Doctrina del Abuso del Derecho*, 1917, págs. 21 e segs.).

Importa, realmente, não esquecer que a posição da autoridade administrativa perante a lei e o direito, como adverte Afonso Rodrigues Queirós (*O Poder Discricionário da Administração*, 1944, página 87), não é, em verdade, diferente da de cada indivíduo particular. Assim como os tribunais devem realizar a lei e o direito, a atividade administrativa deve operar nos limites marcados pela lei e pelo direito.

*“L'Administration, représentant la puissance publique, joit en effect de privilèges excessifs, basés en principe sur les nécessités du service public ou de l'utilité sociale, privilèges devant lesquels les droits des simples particuliers, notamment le droit de propriété, paraissent s'effacer”* — é o que reconhece Sanlaville (*La Propriété dans ses rapports avec l'Administration*, 1923, página 3). Mas, êsse escritor, depois de citar vários exemplos em abono do que afirma, entre os quais enumera a *dé-possession... en dressant des plans d'alignement*”, acrescenta, tranquilizadora-mente: *“Mais cette illégalité n'est qu'apparent. Il est donc utile de faire connaître aux propriétaires lésés qu'ils ne sont pas désarmés, et que le respect du droit de propriété privée est le premier article de notre législation”*. E acrescenta: *“De son côté d'Administration, qui n'a en réalité de droits que dans la limite assignée par la loi, a in-*

*térêt à ne pas commettre de regrettables abus, et à posséder une situation nette et légale dans l'exercice de ses pouvoirs”* (op. cit., págs. 3-4).

“O direito de propriedade” — afirmava o grande Costa Manso, ainda no exercício da judicatura (votos e acórdãos, pág. 65) — “e as vantagens que dêle decorrem não são menos garantidas pela Constituição, do que a liberdade pessoal”. Nem tinha outro sentido a frase célebre de Sinzheimer: “a missão dos direitos fundamentais é assegurar a proteção do indivíduo contra o Estado e os poderes sociais” (*apud Soriano Neto, As Novas Leis de Desapropriação em face de princípios fundamentais de Direito Civil e Constitucional*, 1943, pág. 21).

Essa orientação do direito tradicional na fixação da extensão e limites reconhecidos aos *poderes do príncipe* — *“in princeps sit legibus solutus”* — ainda hoje é a que vinga na doutrina atual, e onde encontra os naturais desenvolvimentos: U. Nicolini, *La proprietà, il príncipe e l'espropriazione per pubblica utilità*, 1940, págs. 135 e segs. Ch. Blaevoet, *Des atteintes et la propriété a raison des travaux publics*, 1930, pág. 114; E. Petit-pierre, *Restrictions legales de droit public a la propriété a raison des travaux publics*, 1930, pág. 114; E. Petitpierre, *Restrictions légales de droit public a la propriété et expropriation*, 1939 (*Contribution à l'étude du principe constitutionnel de l'inviolabilité de la propriété*; R. Bielsa, *Restricciones y servidumbres administrativas*, 1923; H. Barthélemy, *Traité de droit administratif*, 11.ª ed., 1926, n.º 654 e segs.; B. A. Fiorni, *Teoria de la justicia administrativa*, págs. 70 e segs. e págs. 123 e segs.).

Pode-se, pois, dizer que a distinção existente entre o *Estado-polícia* de ontem e o *Estado de direito* de hoje resume-se num processo evolutivo já identificado e que bem pode ser representado pela complementação das insuficientes e imperfeitas garantias político-administrativas, mediante a organização das ga-

rantias jurisdicionais, inseparáveis do regime da legalidade e ditadas pela necessidade de se amparar os administrados contra possíveis ilegalidades da Administração (Cfr. Fezas Vital, *Garantias jurisdicionais da legalidade*, 1938, pág. 217; L. Wodon, *Le controle juridictionnel de l'Administration et la responsabilité des services publiques en Belgique*, 1920, págs. 193 e segs.).

Só a concepção hegeliana da edificação do Estado, estruturada na apologia do arbítrio e da força, "falsa na teoria e perigosa na prática", como assinala Wodon, é que, inspirando os teóricos dos regimes totalitários, poderia levar um Ministro do extinto Reich a formular este dogma da Alemanha nacional-socialista: "*ce qui est approprié, c'est-à-dire juste et équitable, doit être déterminé par la conception nationale-socialiste*" (apud — C. A. Colliard, *Études de droit allemand, Propriété et expropriation*, 1943, pág. 53). "*Suponer que la administración en representación de los intereses generales que tutela, es superior a las normas que regulan el orden jurídico*" — escreve Fiorini (op. cit., pág. 126) — "*es imponer el discrecionalismo arbitrário en la actividad estatal*".

Em relação mais direta com o caso destes autos, Celso Spínola (*Desapropriações por necessidade ou utilidade pública*, 1922, pág. 16), cita uma decisão da extinta Justiça Federal, que é bem marcante: "O poder público não pode decretar que os proprietários percam a parte de seu terreno necessária ao alargamento das ruas; deve desapropriá-la, na forma da lei" (Sentença do Dr. Raul Martins, em 9-12-1909). E falar em desapropriação é falar em prévia e justa indenização.

Os 2.<sup>os</sup> apelantes trouxeram para os autos uma interessante decisão da colenda 4.<sup>a</sup> Câmara Cível local, que teve como Relator o Des. Homero de Pinho, e em que se faz, na mesma linha de idéias, aplicação dos princípios jurídicos expostos acima, para conceder também perdas e danos resultantes de uma desapropriação por utilidade pública

(ac. de 1-8-1950, in *Diário da Justiça*, de 30-8-1941, apenso 199, pág. 2.514).

O abuso do direito no exercício do poder de desapropriar caracterizou-se, pois, no caso *sub judice*, no fato de recusar-se a Prefeitura a licenciar a edificação projetada pelo 2.<sup>o</sup> apelante, a não ser que este observasse o recuo de 134,20m<sup>2</sup>, que lhe foi impôsto, discricionariamente, sem desapropriação declarada, vale dizer, em homenagem à futura desapropriação, dessa área de recuo. De fato, o abuso de poder acarretando a responsabilidade penal e civil, urge, na lição de Rui (*Comentários à Constituição Federal*, coligidos por Homero Pires, vol. 6.<sup>o</sup>, pág. 94), — quando "excedido o limite da faculdade discricionária". E, *in casu*, o abuso houve porque o *dominus* ficou privado, *indefinitamente*, da utilização econômica de parte da sua propriedade, sem qualquer compensação pelo desfalque, precisamente a situação em que ainda soje se encontra.

Ninguém contesta que as resoluções de alinhamento expedidas pela Municipalidade correspondem a uma decisão de desapropriação. E' o que A. Giraud demonstra com muita clareza (*Le Jury de l'Expropriation pour cause d'utilité publique*, 1932, pág. 90), e constitui *ius receptum*. Imposição de recuo é ato desapropriativo, é desapropriação, ainda que por via oblíqua, indireta, larvada. Mas, de qualquer forma, desapropriação. Um estudioso da matéria coloca a questão nos seus exatos termos: "A desapropriação, no recuo, resulta de ato de alinhamento, a que o dono do terreno tem de sujeitar-se, sob pena de ver denegada a licença de obra que pretenda" (Ildefonso Mascarenhas da Silva, *Desapropriação por necessidade e utilidade pública*, 1947, pág. 373, n.<sup>o</sup> 607). Entretanto, a indenização correspondente somente será paga *depois* de concluída a construção e de verificada a rigorosa obediência do projeto aprovado para modificação do alinhamento, etc." (Decreto municipal n.<sup>o</sup> 6.000, de 1-7-1937, artigo 118 do Regulamento, § 3.<sup>o</sup>). Vale dizer: nessa desapropriação não há *pré-*

via indenização. Mas, se se trata, realmente, de desapropriação êsse recuo impositivo, indeclinável, como admitir a sobrevivência do citado art. 118, diante do texto constitucional expresso, em sua iniludível higidez, *verbis*: “E’ garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro”. Pois a Constituição federal, como a lei das leis, o diploma fundamental, não revoga tôda e qualquer norma que se lhe anteponha, que, tendo-a precedido no tempo, briga com a sua letra e o seu espírito? Pois não é também exato que, no plano jurídico, nada subsiste que contrarie a Carta Política da Nação?

Fala-se, é certo, em “limitação” ao direito de proprietário, decorrente do artigo 572 do Código Civil, que assegura ao *dominus* levantar, no terreno que lhe pertence, as construções que aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os *regulamentos administrativos*. Mas, uma coisa é limitar o direito de propriedade, de acôrdo com os regulamentos administrativos e, outra, muito diversa, privar o titular do domínio de parte do que é seu, desapropriar parcialmente. O regulamento administrativo que o proprietário não poderá desmerecer é, portanto, aquêle que não o priva de uma parte de sua propriedade, que não a desfalca, como no caso de exigir recuo, sem prévia e justa indenização em dinheiro. E’ mister harmonizar a lei civil com o preceito constitucional, reconhecendo que a limitação do exercício do direito de propriedade, consagrado pelo art. 572, pode compreender as determinações legais sôbre alinhamento de prédio (recuo), desde que a perda que o proprietário venha a sofrer, com a diminuição da área útil ou de construção do imóvel seu, seja previamente compensada com o seu equivalente em dinheiro, mercê de uma indenização justa. Conclui-se, então, com apoio na melhor doutrina, “qualquer restrição ao direito de propriedade, praticada sob o pretexto de

futura expropriação, é ilegal e autoriza o pedido de reparações”.

De resto, a Municipalidade fica em posição muito difícil para combater a exigência da indenização prévia nos casos de recuo, pois, se a resolução de alinhamento, concretiza em plano ou projeto regularmente aprovado, obriga o proprietário, ao invés de recuar, a avançar sôbre a via pública, terá êle que pagar *prêviamente* a indenização devida à Prefeitura pela investidura que recebe. E’ o que está escrito no decantado § 3.º, do art. 118, do Decreto n.º 6.000: “...devendo o pagamento correspondente às investiduras ser feito à Prefeitura antes de concedida a licença para a construção”. Justiça de dois pesos e duas medidas, que sôa mal ao espírito democrático da época, principalmente para um povo que tem, como dogma constitucional, como direito fundamental, como garantia maior, a afirmação de que “indenização ulterior” pelo uso da propriedade particular pelas autoridades competentes, se assim o exigir o bem público, só no caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina (*Constituição Federal*, art. 141, § 16, 2.ª parte).

Finalmente, não causa maior impressão o argumento, o único argumento que levou o ilustre Dr. Juiz *a quo*, a negar a indenização ampla pleiteada na inicial, consistindo em que o autor teria ultimado a compra, sabendo do recuo. Em primeiro, lugar, não há prova disto. O que há é a afirmação leal do autor de que só tomou conhecimento do fato na ocasião em que se propôs pagar o imposto de transmissão. Mas, já, aí, o negócio era irrevogável, em virtude de contrato preliminar, de 28 de agosto de 1940, referido na escritura definitiva (fls. 13, *in fine*). Finalmente, o recuo não teria maior importância desde que o autor fôsse indenizado, consoante invencível preceito constitucional.

Deu-se, em consequência, provimento ao recurso, para fazer incluir na con-

denação os lucros cessantes e os danos emergentes, com o reconhecimento, em favor do autor, 2.º apelante, a indenização ampla que pediu na inicial.

Rio de Janeiro, 20 de agosto de 1954.  
— *Henrique Fialho*, Presidente. — *Martinho Garcez Neto*, Relator. — *Narcélio de Queirós*.

---