

DESAPROPRIAÇÕES ANÔMALAS

JOÃO SENTO SÉ*

1. Considerações preliminares. 2. Formas anômalas de desapropriação no direito comparado: Itália, Suíça, França, Colômbia, Uruguai e Argentina. 3. Formas anômalas de expropriação no direito brasileiro. "Desapropriação de fato" e "desapropriação material". 4. A "desapropriação de fato". 5. A "desapropriação material". 6. Conclusão.

1. Considerações preliminares

Cada vez mais vem sendo ampliado o âmbito da desapropriação. Admitida a princípio somente por necessidade pública, pouco depois a utilidade pública bastava para ensejá-la. Mais recentemente, a essas causas expropriatórias acrescentou-se o interesse social.

Veja-se um aspecto importante. Em vários países são desapropriados imóveis para indústria, comércio, habitação e outros objetivos tradicionalmente reservados à iniciativa privada, e não apenas para ruas, estradas, edifícios públicos e obras dessa natureza, como habitualmente acontecia. No Brasil, já se permite expressamente a utilização do instituto para construção ou ampliação de distritos industriais, incluindo-se o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, assim como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas (Decreto-lei nº 3.365/41, art. 5º, *i*, parte final, e § 1º, com a redação dada pela Lei nº 6.602, de 7 de dezembro de 1978); e ainda para reloteamento, demolição, reconstrução e incorporação, em áreas urbanas ou de expansão urbana (Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979,

* Professor de direito administrativo na Faculdade de Direito da UFBa; coordenador do Curso de Graduação em Direito da UFBa.

art. 44). Generaliza-se a expropriação de bens particulares em benefício de terceiro e não do próprio Estado.

Em primoroso estudo intitulado “O uso do solo e seus freios jurídicos”, o grande mestre Orlando Gomes, atento a esse alargamento de âmbito, ressalta a tendência de “retificar, adubar e cevar o instituto da desapropriação”, introduzindo-se “modificações verdadeiramente radicais, tais como: a) a desapropriação por *desamparo* do imóvel; b) a desapropriação por *desvio de destinação* do imóvel; c) a desapropriação como *sanção* para as edificações clandestinas ou construídas em desobediência às normas regulamentares da construção; d) a desapropriação para venda, concessão de uso ou locação de terrenos que a administração pública divide em lotes; e) a desapropriação para pagamento da indenização em prestações”.¹

O controle do uso da terra constitui orientação irreversível no mundo contemporâneo. Nessa circunstância, embora pareça um paradoxo, a desapropriação, por propiciar o pagamento de uma indenização, sacrifica menos o direito de propriedade do que as duas outras modalidades de disciplina do solo também utilizadas: as limitações não indenizáveis e a tributação. Por outras palavras: freqüentemente convém mais ao proprietário ser privado do seu imóvel, mediante a indenização expropriatória, do que conservá-lo, com limitações administrativas nulificantes do poder de disposição e incidência de pesados tributos.

Além desse crescente alargamento do campo de aplicação do instituto, feito às claras, não só pela doutrina e pela jurisprudência, mas por novos textos legais, vêm sendo observadas de alguns anos para cá várias formas oblíquas de supressão do direito de propriedade, como ocorre nos casos em que a ação administrativa importa no *esvaziamento econômico* da propriedade. Emerge daí a necessidade de salvaguardar o que ainda resta de tal direito, cada vez mais esmagado pelo Estado. Nesse quadro jurídico, avulta de importância o estudo das desapropriações anômalas, que passamos a examinar, no direito estrangeiro e no nosso.

2. *Formas anômalas de desapropriação no direito comparado: Itália, Suíça, França, Colômbia, Uruguai e Argentina*

Na Itália, a doutrina mais recente vem salientando a existência, no direito positivo, de numerosos casos de “expropriações anômalas”, que se afastam do modelo tradicional, ensejando até um movimento de revisão do próprio conceito de desapropriação por utilidade pública.²

¹ Gomes, Orlando. O uso do solo e seus freios jurídicos. In: *Direito econômico*. São Paulo, Saraiva, 1977. p. 245.

² Cf. Cugurra, Giorgio. Contributo allo studio delle c. d. espropriazioni anomale. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, p. 577-632, 1969. (Trabalho com ampla bibliografia sobre a matéria.)

Verificam-se aí — nota Santaniello — certos desvios que alteram fundamentalmente o núcleo mesmo do fenômeno expropriatório: a) porque é omitido um momento essencial, vale dizer, a concessão da indenização; b) ou porque a medida administrativa, embora deixando formalmente inalterada a titularidade do bem por parte do seu dono, substancialmente esvazia a propriedade de conteúdo, por estabelecer restrições tão intensas que lhe desnaturam os caracteres essenciais (o que a doutrina alemã denomina *Wesengehalt*); c) ou porque o procedimento administrativo alcança o mesmo resultado ablativo, ínsito às desapropriações claras, mas através de um procedimento voltado para finalidade diferente da expropriatória.

As várias modalidades podem ser reunidas em três grupos: transferências coativas (despidas do caráter de sanção) sem indenização; desapropriações de valor; expropriações larvadas.

Integram o primeiro grupo certas medidas administrativas previstas na legislação minerária, que acarretam um resultado expropriatório, sem a correspondente indenização. No segundo grupo incluem-se as prescrições sobre distâncias e medidas em torno da obra artística e monumental, a fim de preservar-lhe a integridade, a perspectiva, a luminosidade, as condições de ambiente e decoro; os planos territoriais paisagísticos contendo limitações ao direito de construir em zona panorâmica; bem como diversas proibições de construir fixadas em leis especiais, em virtude da proximidade de cemitérios, edificações militares etc. Constitui exemplo do terceiro grupo o procedimento mediante o qual a autoridade marítima, como acontece comumente no Alto Adriático, recua o limite dominial em seguida ao fenômeno da erosão marinha; tal procedimento importa na transferência, para o domínio público, dos bens situados dentro do novo limite, sem nenhuma indenização.

De observar-se ainda, quanto ao direito italiano, que na moção conclusiva do VI Congresso de Estudos Administrativos, realizado em setembro de 1960, foi preconizada a revisão das disposições que prevêm formas anômalas de desapropriação sem indenização, para adequação das prescrições respectivas à exigência da tutela dos direitos dos proprietários no quadro da sua garantia constitucional.³

Na Suíça, informa Grisel, um dano à propriedade constitui expropriação “material” quando, por seus efeitos, equivale à expropriação propriamente dita ou “formal”. Em decorrência da Constituição, a vítima tem direito a uma justa indenização, o que já era admitido anteriormente pela jurisprudência.

Embora a jurisprudência sobre expropriação “material” geralmente só se refira aos direitos imobiliários, ela é inspirada em princípios válidos para móveis e imóveis, beneficiando-se uns e outros da mesma proteção.

³ Santaniello, Giuseppe. Espropriazioni anomale. In: *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè, 1966. v. 15, p. 899-913.

Segundo uma decisão do Tribunal Federal, de 1941, ocorre expropriação “material” quando o proprietário é privado do uso que ele já fazia de sua coisa, ou da utilidade econômica desta, ou ainda quando uma interdição restringe a utilização da coisa de maneira tão extraordinariamente elevada que o proprietário único ou alguns proprietários atingidos suportariam um sacrifício excessivo, em favor da coletividade, se não fossem indenizados. Em 1963, o mesmo Tribunal precisou que considerava dupla eventualidade, isto é, que ele pretendia proteger tanto o uso atual do bem quanto sua utilização futura. Posteriormente, em 1965, corrigiu essa interpretação, distinguindo duas novas hipóteses: ou o proprietário é privado de uma das faculdades essenciais que derivam do direito de propriedade, e faz jus à reparação, seja qual for o número de lesados; ou então ele é afligido de modo menos intenso, mas também acentuado, e pode pleitear uma indenização se é vítima de desigualdade.

Resulta implicitamente dessa jurisprudência que os danos à propriedade se dividem em três categorias:

- a) os que ocasionam por si mesmos o pagamento de uma indenização, a exemplo das proibições de construir permanentes;
- b) os que originam o pagamento de indenização em caso de desigualdade, de que são exemplos (quando alcançam um só proprietário ou alguns, desfavorecendo-os manifestamente em relação àqueles poupados) a proibição de construir transitória, a proibição de transformar um edifício, a fixação de um preço de utilização excepcionalmente reduzido; e ainda as hipóteses em que o particular é obrigado a renunciar a culturas lucrativas, à exploração de uma indústria ou à locação de instalações esportivas;
- c) os que não proporcionam o pagamento de indenização, tais como as prescrições sobre distância entre as construções, suas dimensões, estilo etc., e também a ordem de demolir uma casa por motivo de segurança ou higiene.

Apenas as restrições dos dois primeiros grupos são desapropriações “materiais”.⁴

Na França, freqüentemente se alude à “desapropriação indireta”, expressão também muito empregada no Brasil.

Hauriou, Berthélemy, Rivero, Vedel e Benoît afirmam que ela ocorre em casos previstos em determinadas leis, que estabelecem um processo expropriatório especial, diferente do comum.

Ela se verifica, diz o primeiro, nos casos de desapossamento definitivo resultante: a) da aplicação dos planos de alinhamento executados para alargar ou retificar os caminhos ou ruas das cidades; b) das decisões das comissões depar-

⁴ Grisel, André. *Droit administratif suisse*. Neuchâtel, Suisse, Ides et Calendes, 1970. p. 404-7.

⁵ Hauriou, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 7. ed. Paris, Sirey, 1911. p. 772-3.

tamentais fixando a largura dos caminhos vicinais; c) em certos casos, da implantação de linhas telegráficas e telefônicas; d) de uma ocupação temporária em matéria de minas, prolongada durante mais de um ano; e) de uma ocupação temporária em matéria de trabalhos públicos, prolongada durante cinco anos.⁵

Berthélemy, que também a denomina de “desapropriação tácita”, pensa da mesma forma.⁶

No mesmo sentido, Rivero, Vedel e Bénait, embora só no tocante à legislação sobre plano de alinhamento.⁷

Duez e Debeyre, todavia, sustentam que a inaplicabilidade do texto fundamental relativo à desapropriação não lhe retira o caráter direto. Pode-se muito bem estar diante de uma expropriação direta, conquanto submetida às regras de um processo especial. Em que, por exemplo, indagam, a expropriação por motivo de insalubridade e a para os caminhos vicinais são menos diretas do que aquelas regidas pelas regras normais? A expressão, entretanto, abrange casos nos quais há, como na desapropriação direta, transferência de propriedade com indenização prevista por um texto especial. Existe então desapropriação indireta somente porque essa transferência de propriedade com indenização não aparece como o objeto principal da operação regulada pelo texto: ela não é senão uma consequência acessória ou extrema de tal operação. Seria talvez melhor falar-se em “expropriação secundária” ou em “expropriação consequência”. Assim sucede nos casos dos planos de alinhamento: a operação principal é a fixação dos limites da via; mas quando esta é alargada pelo plano de alinhamento resulta, como corolário, uma desapropriação parcial para as propriedades limítrofes, quanto aos terrenos incorporados à via, em virtude da aplicação do plano de alinhamento.⁸

Segundo Laubadère, porém, não constituem casos de desapropriação indireta os previstos por textos especiais, inclusive o alinhamento translativo de propriedade.⁹

Para Auby e Ducos-Ader,¹⁰ Bénait¹¹ e Waline,¹² ela ocorre na hipótese de delimitação inexata do domínio público natural. Também Laubadère dá tal exemplo, mas dizendo ser ele discutido.¹³

⁶ Berthélemy, H. *Traité élémentaire de droit administratif*. 5. ed. Paris, Arthur Rousseau, 1908, p. 589-90.

⁷ Rivero, Jean. *Droit administratif*. Paris, Dalloz, 1960. p. 464; Vedel, Georges. *Droit administratif*. 2. ed. Paris, Presses Universitaires de France, 1961, p. 587; Bénait, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Toulouse, Dalloz, 1968. p. 438.

⁸ Duez, Paul & Debeyre, Guy. *Traité de droit administratif*. Paris, Dalloz, 1952. p. 856.

⁹ Laubadère, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. 2. ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957. p. 787.

¹⁰ Auby, Jean-Marie & Ducos-Ader, Robert. *Droit administratif*. Toulouse, Dalloz, 1967. p. 556.

¹¹ Bénait, Francis-Paul. op. e loc. cit.

¹² Waline, Marcel. *Précis de droit administratif*. Paris, Montchrestien, 1969. p. 77.

¹³ Laubadère, André de. op. cit. p. 787.

Os mencionados juristas associam-na sempre à ocupação definitiva de um bem imóvel. Hauriou vai além, estendendo a teoria da desapropriação indireta a toda forma de propriedade e não só à propriedade corpórea imóvel. Assim, por exemplo, ela pode alcançar a propriedade industrial no caso em que, por concorrência desleal, a administração desapossa o inventor de sua patente.¹⁴

Todos eles admitem a existência de desapropriação indireta no caso da chamada obra pública *mal planté* (construída irregularmente sobre um imóvel pertencente a um particular). Mas ainda aqui não cessam as discordâncias.

Berthélemy afasta a hipótese de apropriação ilegal cometida com conhecimento de causa pelos agentes públicos. Um ato dessa natureza constituiria “via de fato” em que a responsabilidade pessoal dos servidores poderia ser comprometida. Como na prática, porém, acrescenta ele, será sempre impossível estabelecer que a ilegalidade foi praticada conscientemente, o erro deve ser presumido.¹⁵

Também Mestre,¹⁶ Benoît¹⁷ e Waline consideram necessário o erro administrativo. O último alude mesmo à boa-fé da administração e à sua falta de intenção de anexar fraudulentamente uma propriedade privada.¹⁸

Duez e Debeyre, contudo, admitem uma apropriação consciente.¹⁹ Igualmente, Laubadère.²⁰ E Hauriou cita uma decisão do Conselho de Estado segundo a qual ela se verifica, de modo geral, quando o proprietário sofre um desapossamento definitivo.²¹

Atualmente, porém, a desapropriação indireta está perfeitamente caracterizada no direito francês.

Não se confunde com os prejuízos causados pelos trabalhos públicos, com a *emprise* (apropriação) nem com a via de fato.

Ao contrário do que acontece na primeira, os prejuízos causados pelos trabalhos públicos não comportam desapossamento e não conduzem a uma transferência de propriedade.²² Quando, por exemplo, a construção de um túnel provoca desmoronamentos numa propriedade vizinha, trata-se de prejuízos decorrentes de trabalhos públicos; mas se o túnel passa na propriedade, ocasionando a apropriação dela, tornada definitiva em face do princípio da intangibilidade da obra pública, há desapropriação indireta.²³

¹⁴ Hauriou, Maurice. op. cit. p. 774.

¹⁵ Berthélemy, H. op. e loc. cit.

¹⁶ Mestre, M. Apud Waline, Marcel. *Droit administratif*. 7. ed. Paris, Sirey, 1957. p. 808.

¹⁷ Benoît, Francis-Paul. op. e loc. cit.

¹⁸ Waline, Marcel. op. e loc. cit.

¹⁹ Duez, Paul & Debeyre, Guy. op. e loc. cit.

²⁰ Laubadère, André de. op. cit. p. 787.

²¹ Hauriou, Maurice. op. cit. p. 773.

²² Laubadère, André de. op. cit. p. 787.

²³ Vedel, Georges. op. cit. p. 588-9.

A noção de *emprise* é mais larga do que a de desapropriação indireta.²⁴ Esta é o seu exemplo clássico, mas ela abarca outras hipóteses, como as provenientes de requisição de imóvel,²⁵ v. g., quando a administração permanece num local requisitado após a expiração do prazo estabelecido para a requisição.²⁶

Por outro lado, os casos de desapropriação indireta não são considerados como de via de fato, segundo a doutrina e a jurisprudência mais recentes.²⁷

Há via de fato — diz Waline — quando a administração comete um atentado grave, seja a uma liberdade pública, seja ao direito de propriedade do cidadão, por ato manifestamente ilegal, ou, empregando a expressão de muitas decisões recentes do Tribunal de Conflitos, “manifestamente insuscetível de ter conexão com a aplicação de algum texto de lei”.²⁸

Existe via de fato — ensina Bénéoit — quando a autoridade administrativa toma uma decisão ou realiza uma operação material sem que nenhum texto ou princípio jurídico lhe permitam tomá-la ou realizá-la, saindo inteiramente do domínio de aplicação do direito. Não se trata apenas de um desses erros que podem macular o exercício de uma competência jurídica existente, ou de uma dessas faltas ou acidentes que podem sobrevir no curso da execução de uma operação material, casos em que, por mais lamentáveis que sejam, tais erros, faltas e acidentes constituem o acessório de uma ação que, em seu princípio, se situava nos limites do direito. Trata-se de hipótese em que não é mais o acessório e sim o principal que é inteiramente estranho aos modos de ação permitidos à administração. Não há mais imperfeição de uma atividade permitida, mas atividade fora da lei. Assim é, por exemplo, quando uma autoridade administrativa se apodera pura e simplesmente, sem nenhum processo, dos bens do particular.²⁹

Há, todavia, *emprise* — explica o mesmo mestre — quando a administração pratica um atentado, sob forma de desapossamento, contra a propriedade privada imóvel, mas em condições tais que esse atentado não pode ser considerado desprovido totalmente de base legal — hipótese em que existiria via de fato — podendo até ser inteiramente regular.

Assim acontece no caso do que se chama desapropriação indireta, isto é, quando a administração adquire um bem imóvel sem respeitar as formas do processo expropriatório: implantação, por erro, em propriedade particular, de uma obra pública em fase de construção; delimitação inexata do domínio público natural; desapropriação proveniente dos planos de alinhamento urbanos. Igual-

²⁴ Duez, Paul & Debeyre, Guy. op. cit. p. 857.

²⁵ Laubadère, André de. op. cit. p. 303.

²⁶ Bénéoit, Francis-Paul. op. e loc. cit.

²⁷ Auby, Jean-Marie & Ducos-Ader, Robert. op. e loc. cit.

²⁸ Waline, Marcel. op. cit. p. 74.

²⁹ Bénéoit, Francis-Paul. op. cit. p. 421-2.

mente, quando a administração se mantém num local requisitado após a expiração da duração prevista para a requisição, caso em que tal permanência não pode ser tida como via de fato porque a entrada no local se operou, originariamente, em virtude de um título jurídico.

Vê-se pois que, diferentemente da via de fato, a *emprise* não é de modo nenhum constituída por uma operação desprovida de base jurídica. É uma operação permitida à administração, mas, no máximo, tocada de irregularidade; é, às vezes mesmo, uma operação inteiramente regular.³⁰

No caso de *emprise* — abrangendo a desapropriação indireta — os poderes do juiz limitam-se à fixação de uma indenização, sem que lhe seja possível ordenar a sua cessação. Já no caso de via de fato, o juiz pode ordenar a sua paralisação, ou mesmo prevenir a sua execução.³¹

Os tribunais judiciais, em matéria de via de fato, têm plena competência para constatar a irregularidade dos pretendidos atos ou operações administrativas que constituem uma via de fato. Podem fazer cessá-la, condenando a administração e seus agentes, e, se necessário, dirigindo-lhes injunções (por exemplo, ordenando a sua expulsão do imóvel ocupado em consequência de uma via de fato). Podem reparar os prejuízos dela decorrentes, condenando a administração e seus agentes a pagar perdas e danos. Podem prevenir a via de fato, determinando que a administração se abstenha da operação que pretenda levar a cabo.³² Apenas lhes é vedado ordenar a destruição da obra pública, ou de partes dela, já construídas.³³

Se a administração construiu uma obra pública no bem de que se apropriou, a restituição torna-se impossível, em virtude do princípio segundo o qual “l'ouvrage public mal planté ne se détruit pas”.³⁴ Consoante essa regra, nem o juiz administrativo nem o juiz civil podem ordenar a destruição da obra pública, mesmo ilegalmente edificada, mesmo implantada em propriedade privada por *emprise* ou via de fato. O fundamento do princípio está na idéia de que a destruição da obra proviria de um formalismo oneroso, porquanto, após sua demolição, a administração poderia, expropriando, recomeçar a construí-la. É então mais sábio admitir a tese da desapropriação indireta.³⁵

Em outras palavras: o princípio da intangibilidade da obra pública decorre de uma razão de fato e de oportunidade. É evidentemente inoportuno destruir trabalhos que poderão ser refeitos amanhã após regular expropriação do bem

³⁰ Bénait, Francis-Paul. op. cit. p. 438-9.

³¹ Bénait, Francis-Paul. op. cit. p. 432 e 439.

³² Vedel, Georges, op. cit. p. 91.

³³ Id. ibid. p. 673.

³⁴ Id. ibid. p. 587-8.

³⁵ Id. ibid. p. 673.

ocupado, e a solução de fato mais razoável consiste em indenizar o proprietário. Mas esta não é senão uma solução “de fato”.³⁶

Na Colômbia — observa Sarria — a Corte Suprema de Justiça, em decisão de 1945, estabeleceu as diferenças existentes entre a *desapropriação forçada* e a *via de fato*.

Segundo a Constituição — diz a Corte —, a desapropriação em seu estrito sentido jurídico — como modo de o Estado adquirir o domínio dos bens de que necessita quando a utilidade pública ou o interesse social o exigem — é um fenômeno inteiramente diverso das vias de fato da administração, que são reguladas por leis específicas. A Constituição garante a propriedade privada e só permite que esta seja expropriada mediante sentença judicial e indenização prévia, salvo a exceção consagrada para os casos de equidade. Mas ao lado da expropriação existe uma *via de fato*, que se verifica quando, no curso de um trabalho público, a administração ocupa transitória ou permanentemente a propriedade particular, ou quando esta sofre um dano. Pela natureza mesma das coisas, não se pode falar aí em indenização prévia, muito menos em sentença judicial, porque se trata de um fato material das autoridades estatais, executado e justificado por uma necessidade administrativa. Para tutelar os direitos lesados, a legislação colombiana prevê uma indenização, se a propriedade for ocupada ou o trabalho causar dano.

Em sentença de 1955, todavia, a Corte retificou essa doutrina, para considerar que a ocupação da propriedade privada por vias de fato, durante a execução de trabalhos públicos, é um ato irregular, expressamente proibido na Constituição.

Sarria critica a nova orientação jurisprudencial, por contrária à realidade econômica e social da Colômbia, ao seu desenvolvimento, ao seu progresso. Entende ser justa e conveniente a doutrina primitiva da Corte Suprema de Justiça, “que já havia sido geralmente aceita na prática, sem que ninguém se sentisse lesado no seu direito de propriedade, ou órfão da devida proteção legal”.³⁷

No Uruguai — afirma Sayagués Laso — é corrente na doutrina e na jurisprudência a referência à expropriação *irregular*, à *de fato* e à *indireta*, com a vinculação dessas situações ao instituto da desapropriação.

A seu ver, a expropriação *irregular* ocorre nos casos em que se realiza a expropriação segundo o procedimento estabelecido pela lei, mas existindo erros que o viciam. São os casos, por exemplo, de uma desapropriação na qual a administração ocupa uma área maior que a desapropriada, ou invade com a obra parte de um prédio contíguo ao bem expropriado.

³⁶ Berthélemy, H. op. cit. p. 593.

³⁷ Sarria, Eustorgio. *Derecho administrativo*. 5. ed. Bogotá, Temis, 1968. p. 366-7.

Há desapropriação *de fato* quando a administração ocupa bens particulares à margem do procedimento expropriatório, e por motivos muito especiais se admite excepcionalmente que o proprietário não pode reivindicá-los. Assim acontece em virtude da execução de obras públicas, ou quando os bens ocupados se converteram em bens do domínio público.

Denomina-se desapropriação *indireta* a que se produz em certos casos ao suprimir-se um direito incorpóreo individual, como sucede quando a lei implanta o monopólio de uma atividade até então livre e lícita, privando os particulares da possibilidade de continuar a exercê-la.³⁸

Na Argentina, Bielsa escrevia há alguns anos que não pode haver desapropriação sem lei que qualifique de utilidade pública o que a administração pretende expropriar; além disso, ela não pode desapropriar sem autorização legal. Ante os avanços irregulares da administração, o particular tem os remédios judiciais defensivos do seu direito de propriedade, segundo o Código Civil, que são os interditos possessórios e as ações reais. Tratando-se, entretanto, de uma ocupação *animus domini* sem título, por erro, uma vez afetado o imóvel de propriedade privada ao domínio público ou a uma obra pública, a desapropriação pode ser procedente.³⁹

A recente Lei nº 21.499, de 17 de janeiro de 1977, novo texto fundamental sobre desapropriações, assegura, no seu art. 51, *ação de expropriação irregular* nos seguintes casos:

- “a) cuando existiendo una ley que declara de utilidad pública un bien, el Estado lo toma sin haber cumplido con el pago de la respectiva indemnización;
- b) cuando, con motivo de la ley de declaración de utilidad pública, de hecho una cosa mueble o inmueble resulte indisponible por evidente dificultad o impedimento para disponer de ella en condiciones normales;
- c) cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad.”

Observe-se, finalmente, que se cogita de uma responsabilidade internacional em casos de desapropriações *ilegais* (por infração de tratado ou convenção internacional existente entre o Estado expropriante e o Estado a que pertencem os bens expropriados, diretamente ou de propriedade de seus nacionais); bem como em casos de desapropriações *arbitrárias* (por motivo discriminatório e sem intuito de interesse público, por denegação de justiça, por confiscação dos bens expropriados).⁴⁰

³⁸ Laso, Enrique Sayagués. *Tratado de derecho administrativo*. 2. ed. Montevideo, 1972. t. 2, p. 317-8.

³⁹ Bielsa, Rafael. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires, El Ateneo, 1947. t. 3, p. 435-6.

⁴⁰ Reiriz, Maria Graciela. *Responsabilidad del Estado*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1969. p. 160-7.

3. *Formas anômalas de expropriação no direito brasileiro. “Desapropriação de fato” e “desapropriação material”*

Conforme acabamos de ver nesse rápido vôo sobre o direito de seis países, são muito comuns os casos de desapropriação que se divorciam do esquema normal.

Também no Brasil ocorrem várias das situações examinadas, que importam em verdadeira desapropriação, embora de forma oblíqua, disfarçada, dissimulada, larvada, indireta.

“Desapropriação indireta”, aliás, é expressão largamente empregada entre nós no tocante à ocupação da propriedade, sem a observância do processo expropriatório regular, para execução de obra pública; e ainda, menos freqüentemente, em casos de natureza diversa, como se dá quando a atuação administrativa implica o esvaziamento econômico da propriedade.

Para não embaralhar as coisas, preferimos falar em “desapropriação de fato” e em “desapropriação material”.

4. *A “desapropriação de fato”*

Diz-se habitualmente que se verifica a desapropriação de fato quando a administração ocupa a propriedade particular para executar obra pública, sem recorrer previamente ao processo expropriatório.

Escrevendo sobre o assunto, há alguns anos, procuramos mostrar, à luz do direito francês, sob a influência do qual se agasalhou no Brasil a figura da desapropriação indireta, que esta não se confunde com a via de fato, que pode e deve ser repelida.⁴¹

Consumado o apossamento de um imóvel, e utilizado em obra pública, esta não deve ser destruída. Por que demoli-la, se a administração, expropriando o bem ocupado, pode reiniciá-la? Isto importaria em formalismo oneroso.

A rigor, a desapropriação de fato não constitui um processo expropriatório, mas um processo de reparação do prejuízo sofrido, destinado a evitar a inobservância do princípio da intangibilidade da obra pública.

Ela não resulta de operação inteiramente desprovida de base jurídica, mas de operação permitida à administração, conquanto tocada de irregularidade. Já na via de fato, a administração comete um atentado grave, seja a uma liberdade pública, seja ao direito de propriedade, por ato “manifestamente insuscetível de ter conexão com a aplicação de algum texto de lei”.

⁴¹ Sé. João Bento. Desapropriação indireta. In: *Revista de Direito Público*, 15:138-53.

Nem é tampouco uma forma expropriatória que possa ser utilizada a todo momento, em substituição ao processo legal. Ao contrário, é um modo excepcional de aquisição forçada da propriedade imóvel, admitido em situações especialíssimas.

Logo, o juiz deve ordenar a paralisação da via de fato, ou mesmo prevenir a sua execução, até que o poder público indenize. Note-se, a propósito, que, em vários casos de via de fato, a jurisprudência converte os interditos possessórios em ação de indenização, chamada de desapropriação indireta, tornando inútil qualquer reação do particular. Parece-nos que, a se admitir tal conversão, muitas vezes ilegal e injusta, deveria ser exigido o depósito para efeito de imissão provisória, previsto para a ação de desapropriação direta.

Se, porém, o proprietário não reage em tempo hábil e o apossamento se consuma, sendo o seu imóvel utilizado em obra pública, nada mais lhe resta do que pleitear a respectiva indenização.

Somente nesses termos aceitamos a desapropriação de fato. De outro modo, o que existe é atividade administrativa fora da lei, via de fato. E esta deve ser rechaçada pela jurisprudência, sob pena de se estimular a administração a preterir o processo expropriatório regular, em flagrante desrespeito ao texto constitucional e às disposições legais pertinentes à desapropriação.

Conforme adverte o ilustre Prof. Gilberto Siqueira Lopes, não se pode realçar apenas o princípio da intangibilidade da obra pública, com o esquecimento “de princípios tão ou mais importantes, como sejam os da garantia da propriedade e o da legalidade da administração”.⁴²

5. A “desapropriação material”

Diz-se que há desapropriação material quando um dano à propriedade, por seus efeitos, equivale à expropriação propriamente dita ou formal. Não se trata apenas de limitação ao direito de propriedade, mas de privação desse direito. Vejamos algumas situações relevantes no direito brasileiro.

O Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, “que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”, no art. 18, veda, sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, fazer-se construção, na vizinhança da coisa tombada, que lhe impeça ou reduza a visibilidade. Às vezes a autorização é negada e a proibição de construir, por importar no esvaziamento econômico da propriedade, equivale à desapropriação propriamente dita ou formal.

⁴² Lopes, Gilberto Siqueira. *A desapropriação e as limitações do direito à propriedade privada*. Jurid Vellenich. p. 71.

Assim já aconteceu em Salvador, onde a sesquicentenária Associação Comercial da Bahia foi impedida de construir em terreno próximo ao seu edifício-sede, tombado, para não prejudicar-lhe a visibilidade.

Dois grandes juristas apreciaram a espécie.

Segundo Lafayette Pondé, “o proprietário tocado pela limitação do seu direito deverá sofrê-la, em princípio, sem qualquer indenização, desde que essa limitação não importe criar para ele um prejuízo econômico extraordinário”. “Estabelecendo sobre os lotes pertencentes à ACB uma interdição total de ‘qualquer edificação’ (*sic*) — lotes esses que, por sua mesma configuração urbana, são lotes especificamente destinados a construção — o SPHAN eliminou dessa propriedade todo o seu conteúdo econômico, e assim causou à proprietária um *dano especial* que, em razão daquele invocado princípio geral de direito e da garantia constitucional da mesma propriedade, deve ser indenizado. Nem se lhe poderia recusar essa indenização, uma vez que, como o diria o Tribunal de São Paulo ‘não se pode compreender que a Administração não desaproprie o terreno, não indenize, e não permita a construção’ (ac. Trib. São Paulo, in *Rev. Trib. SP*, 251:238; cf. também, sobre a indenização devida pela interdição de construir, Pontes de Miranda, *Tratado dir. privado*. 1956, v. 14, p. 201-2).”⁴³

Para Orlando Gomes, “quando a administração pública tira do particular o exercício do direito de propriedade, privando-o das faculdades que lhe são inerentes, notadamente, proibindo-o de edificar num terreno a esse fim destinado, não está simplesmente restringindo-o (o que é lícito) mas, em verdade, suprimindo-o (o que só é lícito por desapropriação)”. No caso, a Administração está desapropriando o terreno disfarçadamente, sem indenizar, “usando da técnica de confundir *limitação* com *supressão oblíqua* do direito de propriedade”.⁴⁴

Também por motivos de natureza estética e histórica, o Conselho Consultivo do SPHAN, para preservar a integridade do Conjunto Paisagístico do Pico do Itabirito, no estado de Minas Gerais, considerado monumento nacional de excepcional beleza paisagística, tombou-o parcialmente, provocando em consequência a interdição da exploração do minério de ferro desse pico, sem que os interessados recebessem qualquer indenização. Em grau de recurso, o Presidente da República, aprovando parecer do Consultor-Geral, Adroaldo Mesquita da Costa, determinou o cancelamento do tombamento. Afirma-se no parecer: “Se o tombamento importa no esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, o Estado deve pagar a indenização correspondente ao seu valor, como ocorre na desapropriação por utilidade pública.” “Constitui, hoje, truísmo jurídico a assertiva de que o Estado pode impor restrições ao exercício do direito de propriedade, em atenção aos reclamos do interesse coletivo. Quando, porém, como

⁴³ Pondé, Lafayette. Parecer. In: *Revista Jurídica*, Tribunal de Justiça da Bahia, 1:30.

⁴⁴ Gomes, Orlando. Uma estranha servidão de vista. *Jornal da Bahia*, 19 jul. 1972.

no caso em exame, essa restrição ou limitação importa, pelo tombamento, no esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, já não há, apenas, restrição, senão verdadeira supressão, apreensão, ou que outro nome lhe dê, dessa propriedade, decorrente de sua intocabilidade. E, nesse caso, não pode o Estado determinar o tombamento, senão, mediante o prévio pagamento em dinheiro, ao proprietário da mina, da indenização correspondente ao valor da porção dela de que ficar impedido de usufruir, porque o tombamento, na espécie, se equipara a uma desapropriação por utilidade pública, nos precisos termos do art. 5º, k, do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.”⁴⁵

O Código Florestal (Lei Federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965), no art. 16, estabelece restrições à exploração de florestas.

Em notável parecer, entendeu Hely Lopes Meirelles que a restrição de desmatamento previsto nesse dispositivo constitui *limitação administrativa, geral e gratuita*; se, entretanto, outra restrição é imposta, além do *limite legal federal* (no caso, o Estado de São Paulo proibiu a consulente de derrubar qualquer parcela de sua mata, sem desapropriar, nem indenizar), cabe indenização, por não se tratar mais de limitação administrativa, e sim de *restrição especial* ao direito de propriedade. Diz-se no parecer, cuja tese foi acolhida pelo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo: “Vê-se, portanto, que só são limitações administrativas *gratuitas*, as de ordem geral, que não impedem a utilização da coisa segundo a sua destinação natural, nem aniquilam a propriedade. No caso em exame, a proibição de desmatamento *total* imposta à propriedade da consulente, não é geral (só atinge determinadas propriedades do Vale do Paraíba), impede a utilização natural das matas (corte, extração de madeira) e despoja a propriedade de seu valor econômico, transformando-a em coisa fora do comércio. Restrição dessa ordem, sem indenização, não é mera *limitação administrativa*, é *interdição da propriedade* equivalente a *confisco* vedado pela Constituição da República (art. 153, § 11). Limitação administrativa gratuita é, por exemplo, o recuo de alguns metros das construções em terrenos urbanos. Mas se esse impedimento de construção atingir a maior parte do terreno ou a sua totalidade, deixará de ser *limitação* para ser *interdição da propriedade* e, nesse caso, ficará o poder público obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem. Pois ninguém adquire terreno urbano em que seja vedada a construção, como também nenhum particular adquire terras ou matas que não possam ser utilizadas economicamente, segundo a sua destinação normal. Se o poder público retira do bem particular o seu valor econômico, há de indenizar o prejuízo causado ao proprietário. Essa regra não tem exceção no direito pátrio, nem nas legislações estrangeiras, pois

⁴⁵ Mesquita da Costa, Adroaldo. Parecer nº 183-H, de 4 de maio de 1965, do Consultor-Geral da República. In: *Revista Forense*, 213:57 e 60.

o Estado não pode causar prejuízo a ninguém e, muito menos, a alguns membros da coletividade em benefício de outros. Esta regra deflui do princípio da *solidariedade social*, segundo o qual só é legítimo o ônus suportado *por todos, em favor de todos*. Se o bem-estar social exige o sacrifício *de um ou de alguns*, aquele ou estes devem ser indenizados pelo Estado, ou seja, pelo erário comum do povo.”⁴⁶

Essas restrições que aniquilam o direito dominial e suprimem o valor econômico do bem constituem desapropriação material. Leia-se, a propósito, o que escreveu o insigne jurista Alcino Pinto Falcão: “No que toca às limitações da propriedade privada, através do expediente do alinhamento, a nós nos parece rigorosamente aceitável a lição de Rudolf Reinhardt (op. cit. p. 53-6): pense-se num projeto de alinhamento, que só permita a construção a 5m da rua, a fim de ser, obrigatoriamente, ajardinada a área de frente do terreno. Se a parte restante do solo puder ser utilmente construída, não é cabível qualquer indenização; mas esta será de rigor se a construção só puder erigir-se sob condições, na verdade, muito difíceis, por traduzir isso para o proprietário um total ou muito extenso prejuízo, no que tange à utilidade privada do bem. Se o alinhamento abranger parte do imóvel para abertura de via pública, a melhor jurisprudência é a que manda indenizar, por ser caso, formalmente, de desapropriação. No que diz respeito às proibições temporárias de construir, esse especialista (p. 48-9) considera as mesmas válidas, pois, caso contrário, os planos de urbanismo malograriam; mas sustenta que não devem prevalecer senão pelo tempo necessário para implantação do plano, estimando excessivo o prazo de dois anos para tal fim; considera ser caso, materialmente, de desapropriação, se a vedação perdurar por prazo maior do que o necessário aludido. Quanto às áreas *non aedificandi* (*Bausperren*), se estas forem impostas não apenas como meio de um adequado uso da propriedade, mas sim impliquem particular sacrifício a prol da coletividade, então será caso, materialmente, de desapropriação (p. 47). Não decretada a desapropriação, por não interessar ao poder público adquirir o bem (desapropriação formal), nem por isso — antes por isso mesmo — deixa de ficar obrigado a uma compensação ao proprietário. Em síntese, Gschnitzer (op. cit. p. 115-6), o ilustre catedrático de Innsbruck, lembra que, em princípio, as restrições administrativas não implicam o dever de indenizar, nisso distinguindo-se da desapropriação (formal), embora ambos os institutos se destinem a servir ao bem comum; no entanto, considera que, nos casos em que signifiquem um tratamento desigual ao proprietário em relação aos demais, mas no interesse da coletividade (*Opferausgleichstheorie*) ou naqueles em que a restrição seja tão grave a tornar inútil a substância do direito de propriedade (*Substanztheorie*),

⁴⁶ Meirelles, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977. v. 2, p. 166-7.

materialmente se estará perante um caso de desapropriação, sendo devida a reparação pecuniária. Desapropriação material ou indireta, segundo a doutrina francesa.”⁴⁷

No mesmo sentido, quanto ao alinhamento, ensina Martinho Garcez Neto: “Ninguém contesta que as resoluções de alinhamento expedidas pela Administração correspondem a um provimento de desapropriação. É o que A. Giraud demonstra com muita clareza. Esse entendimento constitui *ius receptum*. Imposição de recuo é ato expropriativo, é desapropriação, ainda que por via oblíqua, indireta, larvada. Mas, de qualquer forma, desapropriação.”⁴⁸

O inciso III do art. 4º da Lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, obriga a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15m de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica, ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos. A lei omite a indenização, mas se se chega ao ponto de inutilizar a propriedade limítrofe, ela é irrecusável.⁴⁹

Nota, a propósito, José Carlos de Moraes Salles, no seu grande livro *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, que o recuo obrigatório nas estradas constitui mera limitação administrativa, em princípio gratuita. “Todavia, se a limitação for de tal ordem que impossibilite a utilização da faixa para qualquer outro fim, equivalerá, então, a verdadeira expropriação, devendo, em tal caso, ser indenizada a área atingida.”⁵⁰

Caso interessante, envolvendo a proibição de edificar, foi julgado pelo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.⁵¹ Em ação de desapropriação proposta pelo Departamento de Estradas de Rodagem de São Paulo, a sentença reduziu o valor da indenização de cerca de metade, por sofrer a área expropriada da restrição *non aedificandi*, que a desvalorizava. O egrégio Tribunal, contudo, não admitiu a redução, porque “ao poder público não é dado tirar proveito de uma restrição por ele próprio imposta ao particular no interesse geral”. Eis a ementa do acórdão: “Ainda que sobre o imóvel recaia a restrição de não edificar, o expropriante é obrigado a pagar o seu justo preço ao expropriado.”

José de Aguiar Dias, na sua extraordinária obra *Da responsabilidade civil*, pugnando pela doutrina do risco, critica o extremismo dos que vêm oposição absoluta entre os direitos individuais e os da coletividade e conclui que “a si-

⁴⁷ Falcão, Alcino Pinto. Do direito a indenização, como evolução no conflito entre o princípio da liberdade de construir e as restrições administrativas. In: *Revista de Direito Público*, 18:54-5. Omitimos alguns trechos em alemão, transcritos pelo autor e por ele traduzidos.

⁴⁸ Garcez Neto, Martinho. *Prática da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro, Jurídica e Universitária, 1972. p. 26.

⁴⁹ Mukai, Toshio; Alves, Alaôr Caffé & Lomar, Paulo José Villela. *Loteamentos e desmembramentos urbanos*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1980. p. 26.

⁵⁰ Salles, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980. p. 751.

⁵¹ Cf. *Revista de Direito Administrativo*: 104:217-8.

tuação desejável é a do equilíbrio, onde impere a conciliação entre os direitos do homem e seus deveres para com os seus semelhantes”.⁵² Também em matéria de restrições ao direito de propriedade, pensamos, essa situação de equilíbrio é a desejável; e deve ser conseguida, não com o cerceamento da atuação administrativa, o que implicaria retrocesso, mas com o reconhecimento cada vez mais amplo do dever de indenizar.

6. Conclusão

Salta aos olhos o crescente alargamento do âmbito da desapropriação, efetuado às claras, pela doutrina, pela jurisprudência e por novos textos legais. Por outro lado, tornam-se comuns os casos de desapropriação que se divorciam do modelo tradicional.

Na Itália, merecem relevo as chamadas desapropriações “de valor”, resultantes de medida administrativa que, embora deixando formalmente inalterada a titularidade do bem por parte do seu dono, substancialmente esvazia a propriedade de conteúdo, por impor restrições tão intensas que lhe desnaturam os caracteres essenciais. Exemplificando: as prescrições sobre distâncias e medidas em torno da obra artística e monumental, para preservar-lhe a integridade, a perspectiva, a luminosidade, as condições de ambiente e decoro; os planos territoriais paisagísticos contendo limitações ao direito de construir em zona panorâmica; e várias proibições de construir estabelecidas em leis especiais, em virtude da proximidade de cemitérios, edificações militares etc.

Constituem expropriação “material”, na Suíça, os danos à propriedade que ocasionam por si mesmos o pagamento de uma indenização, a exemplo das proibições de construir permanentes; os que originam o pagamento de indenização em caso de desigualdade, de que são exemplos (quando atingem um único proprietário ou alguns, desfavorecendo-os manifestamente em relação àqueles poupados) a proibição de construir transitória, a proibição de transformar um edifício, a fixação de um preço de utilização excepcionalmente reduzido; e ainda as hipóteses em que o particular é obrigado a renunciar a culturas lucrativas, à exploração de uma indústria ou à locação de instalações esportivas.

“Desapropriação indireta” é expressão frequentemente utilizada no direito francês. Segundo a orientação mais atual, ela ocorre quando a administração adquire um bem imóvel sem respeitar as formas do processo expropriatório: implantação, por erro, em propriedade particular, de uma obra pública em fase de construção; delimitação inexata do domínio público natural; desapropriação pro-

⁵² Dias, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979. v. 1. p. 78.

veniente dos planos de alinhamento urbanos; permanência da administração, em um local requisitado, após o término do prazo previsto para a requisição. Não se confunde com a “via de fato”, que constitui atividade fora da lei.

Na Colômbia, pelo menos em determinado período, aceitou-se a “via de fato” quando, durante a execução de trabalhos públicos, a administração ocupa a propriedade particular, ou quando esta sofre um dano.

Diz-se, no Uruguai, que configuram expropriação “irregular” aqueles casos em que se realiza a desapropriação segundo o procedimento estabelecido pela lei, mas existindo erros que o viciam, por exemplo, quando a Administração ocupa uma área maior que a desapropriada, ou invade com a obra parte de um prédio contíguo ao bem expropriado; que há desapropriação “de fato” quando a administração ocupa bens particulares à margem do procedimento expropriatório, sendo vedada por motivos muito especiais a sua reivindicação, como acontece em virtude da execução de obras públicas, ou da conversão dos bens ocupados em bens do domínio público; e que constituem desapropriação “indireta” certos casos de supressão de um direito incorpóreo individual, conforme sucede quando a lei implanta o monopólio de atividade até então livre e lícita, privando os particulares da possibilidade de continuar a exercê-la.

Na Argentina, a recente Lei nº 21.499, de 17 de janeiro de 1977, assegura ação de expropriação “irregular” nos seguintes casos: a) quando, existindo lei que declara de utilidade pública um bem, o Estado toma-o sem haver indenizado; b) quando, em virtude da lei de declaração de utilidade pública, de fato um bem móvel ou imóvel resulta indisponível, por evidente dificuldade ou impedimento de se dispor dele em condições normais; c) quando o Estado impõe ao direito do titular de um bem uma indevida restrição ou limitação, que importe em lesão ao seu direito de propriedade.

Também no Brasil ocorrem várias dessas situações, que configuram verdadeira desapropriação, embora de forma oblíqua, disfarçada, dissimulada, larvada, indireta. Em casos dessa natureza, o poder público tem o indeclinável dever de indenizar.