



DO PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO E DO ATO EXPROPRIATÓRIO CONCORRENTE

THE EXPROPRIATION PROCEDURE AND THE EXPROPRIATION COMPETITOR ACT

Francine Delfino Gomes¹, Professor Orientador – Marcos Antonio Silva²

RESUMO: O Ato Expropriatório perdura ao longo de décadas no direito brasileiro, trazido inicialmente pelo Decreto de 21 de maio de 1821, anterior à independência do Brasil, o qual teve influências dos princípios atuantes na Revolução Francesa e foi adequado por diversas vezes em nosso país. Nos atuais dias, ainda utiliza-se o Decreto-Lei 3.365 de 21 de Junho de 1941. Apesar de ter sido recepcionado, em partes, pela atual Carta Magna instituída em 1988, o Decreto é utilizado até os dias de hoje. A partir de tal regularização dos atos expropriatórios surgiram novos regulamentos que incidem no âmbito do tema, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, advinda de Lei Complementar instituída no ano de 2000, a qual trata do planejamento financeiro administrativo anterior ao procedimento expropriatório, e designa ao Agente Público, enquanto gestor, uma conduta de acordo com a moralidade; A Lei 10.257 de 2001, que trata do tema Desapropriação em duas novas modalidades, e que foi denominada como Estatuto da Cidade; e finalmente, alterações contempladas no Novo Código Civil Brasileiro de 2002, tendo em seu âmago a finalidade social da propriedade quando trata do tema. Salientando mais a fundo as influências das atualizações supracitadas em um comparativo simplório com o ato expropriatório, delimitando a fundo as questões basilares constitucionais da necessidade e utilidade pública, assim como a função social da propriedade, cingida pela autonomia do interesse público sobre o privado, e, por fim, esclarecendo a gradação dos entes superiores e seus respectivos domínios, além de sua influência no tema do regime de Parcerias Público Privado e processos de Ações da Infraestrutura, e, finalmente a fim de explanar algumas exceções no envolvimento do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios Constitucionais. Princípios administrativos. Ato expropriatório. Ato expropriatório concorrente. Administração pública.

ABSTRACT: *The Expropriation Act endures for decades in Brazilian law, initially brought by Decree of May 21, 1821, before the independence of Brazil, influenced by principles of the French Revolution and modified several times in our country. Currently still prevails the Decree-Law 3.365 of June 21, 1941, this same being approved, in part, by the current letter Magna instituted in 1988, this prevails until today. When the act was regularized, new regulations have appeared in scope of the topic, as the Fiscal Responsibility Act, arising out of Complementary Law instituted in 2000, which deals with financial planning administrative procedure before the expropriation, and designates the Public agent, as manager, conduct in accordance with morality; Law 10,257 of 2001, which deals with the theme Expropriation in two new modes, and was named as the City Statute, and finally changes included in the New Civil*

¹ Aluna do Curso de Direito da Universidade Guarulhos

² Professor do Curso de Direito da Universidade Guarulhos



Code of 2002, which has at its core a social purpose when dealing with the subject. Stressing further the influence of the aforementioned updates on a comparative simpleton with the Expropriation Act, outlining the background issues of basic constitutional necessity and utility, as well as the social function of property, girded for the autonomy of the public interest over private, and finally, clarifying the gradation of loved superiors and their respective domains, and its influence on the issue of the regime of Public Private Partnerships and Infrastructure Stocks processes, and finally to explain some exceptions wrapped in the theme.

KEYWORDS: *Constitutional Principles. Administrative Principles. Expropriation Act. Competitor Expropriation Act. Public Administration.*

1. CONCEITO DE ATO EXPROPRIATÓRIO E ATO EXPROPRIATÓRIO CONCORRENTE

O ato expropriatório é um ato administrativo discricionário unilateral, pelo qual o poder público adquire o bem do particular após a constatação de uma conveniência, por intermédio de procedimento próprio denominado desapropriação.

Para que tal ato tenha validade, será preciso que haja competência legal do agente público que praticá-lo, neste caso o chefe do poder executivo dos respectivos entes públicos, em regra, e, excepcionalmente o poder legislativo, quando devidamente demonstrado seu interesse.

No caso da desapropriação, seja ela por qualquer das espécies constitucionalmente previstas, a finalidade, a ser demonstrada, deve ter em seu âmago o interesse público de agir, pois sem tal demonstração o vínculo do elemento se perderia, ou ocorreria, no mínimo, a chamada tresdestinação ilícita.

Para que o ato expropriatório seja perfeito, ele precisa estar nos moldes da lei que o regula, no caso o Decreto-Lei 3.365/41, além dos demais determinadores legais, sendo imprescindível sua forma legal. Quando não constatado este quesito, o ato será considerado inexistente, sempre editado de forma escrita, e mesmo que haja sua revogação, esta deve seguir o rigor

determinado na lei.

Quanto à perfeição do ato, devemos citar a situação ou fato de direito determinante para que haja a desapropriação, que, como já dito, dependerá do agente público para enquadrar e justificá-la nos critérios autorizadores previamente definidos em lei.

E, por fim, terá um objeto para que atinja todos os requisitos de um ato administrativo. Neste sentido ensina Hely Lopes Meirelles¹ que:

Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Nesse sentido, o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes. (MEIRELLES, 2011).

Enfatiza, o autor supracitado, que sem as convergências desses elementos não se aperfeiçoa o ato e, conseqüentemente, não terá condições de eficácia para produzir efeitos válidos.

Quanto ao Ato Expropriatório Concorrente nos ensina Eurico Sodré² que:

O Decreto-Lei 3.365 de 1941, em seu artigo 2º

¹ MEIRELLES Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011;

² Sodré Eurico – *A Desapropriação por Necessidade ou Utilidade Pública*, 2º Edição (de acordo com a Lei 3.365/41), Editora Saraiva, 1945



parágrafo 2º permite que os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios sejam desapropriados pela União e os dos Municípios, pelos Estados, precedendo, em qualquer caso, autorização legislativa. (SODRÉ, 1945).

Numa análise mais minuciosa, em um primeiro momento, já podemos falar que os territórios inexistem no momento da atual Constituição, entretanto há que se falar da gradação determinada pelo legislador ao determinar que os Estados, Distrito Federal e Municípios serão desapropriados pela União, assim como os Municípios pelos Estados e tão somente isso.

Bem lembra Kiyoshi Harada³, quanto à recepção do Decreto-Lei pela atual Carta Magna, que:

A primeira vista, pode parecer que tal disposição não foi recepcionada pela Carta Política de 1988, que contempla essas entidades regionais e locais como componentes da Federação (art. 1º). Trata-se, pois, de entidades parificadas, o que afasta a ideia de hierarquização. De fato, o Decreto-Lei nº 3.365/41 foi editado sob égide da Constituição centralista de 1937. No Estatuto Político de 1946, esse centralismo desapareceu, ressurgindo com a Magna Carta de 1967/69, quando foi conferido o poder de intervir nos Estados-Membros que adotassem medidas ou executassem planos econômicos ou financeiros, contrariando as diretrizes estabelecidas em lei federal (art. 10, inciso V, alínea c). Atendendo à relevante interesse social ou econômico nacional, a União podia, também, decretar a isenção de

impostos estaduais e municipais (parágrafo 2º do artigo 19), o que ensejou a proliferação das chamadas isenções heterônomas, hoje, expressamente proibidas (art. 151, inciso III, da Constituição Federal). (HARADA).

Importante à explanação do autor supracitado, pois ela demonstra a autonomia dada à União há época da edição do referido Decreto-Lei. Enfatiza, ainda, o mesmo autor que:

Na vigência da Constituição Federal de 1946, invocaram-se os poderes implícitos da União, na defesa dos interesses nacionais, para justificar a subsistência da isenção de impostos federais, estaduais e municipais, outorgada pelo Decreto-Lei nº 2.281, de 5-10-1940, a favor das empresas de energia elétrica. Não há dúvida de que o interesse nacional, representado pela União, por ser mais abrangente, paira acima dos interesses regionais ou locais, da mesma forma que o interesse regional deve prevalecer sobre o local por ser mais compreensivo em relação a este último. Daí esse poder implícito da União, que torna o questionado dispositivo, que estabelece a gradação entre os sujeitos ativos da desapropriação, compatível com a ordem constitucional vigente. (HARADA).

Obrigando-nos a darmos certa atenção ao que costuma ser dito quanto à hierarquia que inexistente entre um ente e outro, sua terminologia mais adequada, e a utilizada pelo autor supradito, é a gradação dos entes públicos. Bem lembra Eurico Sodré⁴ quando diz que:

Cogitou aí (quanto ao art. 2, parágrafo 2 do referido Decreto-Lei) a lei, da competência

³ HARADA Kiyoshi. Desapropriação, Doutrina e Prática. São Paulo: Ed. Atlas, 2009;

⁴ Sodré Eurico – A Desapropriação por Necessidade ou Utilidade Pública, 2º Edição (de acordo com a Lei 3.365/41), Editora Saraiva, 1945



expropriatória baseada na hierarquia administrativa decrescente. Por esse motivo talvez se entenda que os Municípios não podem desapropriar bens dos Estados, nem estes, bens da União.

Outra, entretanto, é a realidade. Na cidade de São Paulo a abertura de uma nova avenida atingiu um prédio Federal onde funcionava uma Recebedoria de Rendas. Por via amigável, foi esse prédio permutado por um outro, o que possibilitou andamento da obra municipal.

Pressupõe-se que a administração pública, ainda que fragmentada em competências e jurisdições, é uma organização solidária para o bem comum. Entre as várias autarquias territoriais, da União, dos Estados e dos Municípios, haverá um espírito de compreensão e de colaboração, à sombra do qual não devem perecer as iniciativas de utilidade pública de cada uma dessas entidades. (SODRÉ, 1945)

Sendo assim, embora seja presumida essa solidariedade citada pelo autor supramencionado, existem entes públicos que nem sempre visam o bem comum, alegando que suas utilidades são primordiais àquelas dos entes desprivilegiados pela lei, e, nesse caso, cita o autor supracitado que a doutrina (de colaboração) ainda não é pacífica sob a justificativa de que - os partidários de inexpropriabilidade dos bens de domínio público, alegam que uma autoridade inferior não pode coagir outra, superior, a aceitar a desapropriação. (SODRÉ, 1945, Pág. 126)

No que tange à hierarquia normativa, podemos, até, citar que o Decreto-Lei é, de fato, uma lei

infraconstitucional, e, se comparado à Constituição Federal, deverá ser submetido às suas determinações.

Em uma recente decisão, proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1º Região, em resposta à Apelação Cível Nº 2006.38.00.013209-0/MG, o município recorrente utilizou a tese da autonomia político-administrativa dos entes federados, a partir do novo pacto federativo, norteadas pelo princípio da predominância do interesse. Definindo o julgador, a partir da exposição, que se o interesse local sobrepujar o interesse de um ente numa gradação maior, a competência de deslocara para o primeiro. (AC 13209 – MG – 26.03.2007).

Entretanto, a tese não foi aceita pelo julgador, com base na predominante jurisprudência sobre o assunto, a qual diz que entes inferiores não podem desapropriar sem a prévia autorização do respectivo ente superior. É sabido que grandes autores falavam da hierarquia dos entes quando tratava-se da Constituição Federal de 1937, entretanto não há que se falar mais nesse tipo de trato a partir da Constituição Cidadã, pois seu trato é apenas gradativo, e não mais hierárquico.

Mesmo com a dita unanimidade, quanto ao assunto, da não possibilidade de tratar o ato expropriatório num prisma de interesses primários e secundários, existem autores que discordam dessa forma de interpretar o artigo 2º, parágrafo 2º, do Decreto-Lei 3.365 de 1941, como, por exemplo, o Alcides Cruz, em sua obra de Direito Administrativo, 1914, p. 218, assim como Costa Carvalho, O Direito de Desapropriação 1933, p. 15; Viveiros de Castro, no artigo de 1910, “Desapropriação por utilidade pública, segundo a doutrina e a legislação brasileira”, Revista de Direito, e Eurico Sodré, já citado anteriormente, A Desapropriação por Necessidade ou Utilidade Pública, 1928. (RE nº 172.816-7/RJ)

Ressalte-se uma atenção especial para esse último

¹ Fernando Simas Filho pg 40

² Investigação de Paternidade pg 49



autor, pois, embora haja uma justificativa daqueles que defendem a vedação do ato expropriatório de ente de menor grau para com o de maior grau, ele manteve sua idéia mesmo após a edição do decreto expropriatório, o qual é ensejador das justificativas daqueles que defendem tal impedimento.

Importante expor nesse momento que existe um debate, até jurisprudencial, quanto às empresas de economia mista, as quais detêm 50% (cinquenta por cento) de seus patrimônios pertencentes ao poder público, ou seja, discute-se a possibilidade dessas empresas, quando pertencentes à federação, serem desapropriadas por estados ou municípios, mas é pacífico, desde sempre, que tais empresas estão equiparadas, embora pessoas jurídicas de direito privado, às empresas com regime jurídico público, aplicando-se àquelas o utilizado para qualquer ente, pois “traz consigo a mesma nota de perenidade, como o serviço que ela presta, federal por expressa disposição constitucional, serviço que, de resto, não é estático.”(RE nº 172.816-7/RJ).

Sendo de extrema importância no atentarmos à questão da autorização legislativa e da autorização do presidente da república, as quais não podem ser confundidas, pois como bem coloca o relator Olindo Menezes:

“Diferentemente, o que se discute é a autorização legislativa prevista no § 2º, última parte, do art. 2º do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (“Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.”), que, não se confundindo com a delegação da atribuição para a declaração de utilidade ou

necessidade pública, constitui condição de validade do procedimento expropriatório, e que não existe no caso. (AI 55.368 TO 14.03.2006)”

Por fim, embora muitos pensem que por ter uma grande quantidade de opiniões, no sentido de vedação, quanto ao ato expropriatório concorrente inter entes de maior ou igual graduação é um tema que em algum momento foi discutido e pode voltar a ter posicionamentos divergentes, pois a conveniência e oportunidade para administração pública é algo passível de mudanças a qualquer tempo, devendo esse princípio estender-se às discussões doutrinárias.

2. Evolução Histórica

Existe uma vasta discussão, na esfera doutrinária, a qual questiona se houve conhecimento dos Romanos quanto ao instituto da desapropriação ou do ato expropriatório, termos estes utilizados por Pontes de Miranda como sinônimos. Segundo um comparativo muito bem colocado pelo autor José Carlos de Moraes Salles⁵, a discussão comporta duas aceitações, pois:

Para Serrigny, Balbie e Meucci, a desapropriação não era regulada por leis especiais, mas o princípio existia no Direito Romano e era exercido arbitrariamente, mormente durante o Império, segundo a máxima *Quod principi placuit legis habet vigorem*.

(...)

Pontes de Miranda também alude, de passagem, à questão, afirmando que Pietro Bonfante³ negou a existência da desapropriação em Roma, enquanto Paul

⁵ SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 5º Ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006;



Jörs⁴ afirmou-a.

É obvio, entretanto, que, embora não houvessem conhecido o instituto tal como hoje se apresenta, os romanos “sentiram”, por assim dizer, o fenômeno da desapropriação.” (MORAES, 2006).

Segundo o Decreto de 21 de maio de 1816, primeiro texto legal sobre o tema, decretado anteriormente à independência do Brasil, cujo foi influenciado pelos princípios presentes na Revolução Francesa, trouxe em seu texto a segurança da propriedade e a previsão de um pagamento quando houvesse a necessidade do estado tirar-lhe seu bem, conforme lemos a seguir:

Prohíbe tomar-se a qualquer, cousa alguma contra a sua vontade, e sem indemnisação. Sendo uma das principais bases do pacto social entre os homens a segurança de seus bens; e Constando-Me que com horrenda infracção do Sagrado Direito de Propriedade se commettem os attentados de tomar-se, a pretexto de necessidades do Estado, e Real Fazenda... E levando sua atrocidade a ponto de negar-se qualquer título para poder requerer a devida indemnisação: Determino que da data deste em diante, a ninguem possa tomar-se contra sua vontade cousa alguma de que fôr possuidor, ou proprietário; sejam quaesquer que forem as necessidades do estado, sem que primeiro de commum accordo se ajuse o preço, que lhe deva por a Real Fazenda ser pago no momento da entrega...” (MORAES, 2006).

Conforme lições de José Carlos de Moraes Salles (****), a desapropriação já era prevista no Estatuto Básico do Império, embora ainda não fizesse qualquer

referência à necessidade ou utilidade pública nesse primeiro momento.

Entretanto, logo após, ainda sob amparo da mesma Constituição, em 09 de Setembro de 1826 foi editada a primeira Lei que discriminou em quais casos a desapropriação aconteceria, determinando que ambas aconteceriam a requerimento do Procurador da Fazenda Pública, enquanto a necessidade seria verificada pelo judiciário e a utilidade deveria ser determinada pelo Corpo Legislativo, esclarece o próprio José Carlos de Moraes Salles.

Ensina, o referido autor, que após diversos decretos regulando o assunto, somente no ano de 1903 o Decreto 4.956 de 9 de Setembro veio regulamentar a consolidação e modificação do processo de desapropriação nas duas modalidades, necessidade e utilidade pública, para obras do Distrito Federal e da União, o qual perdurou até a instituição do Decreto-Lei 3.365 de 1941, cujo regula atualmente o tema.

3. Princípios Constitucionais

Na ciência do direito existem algumas fontes que dão base, num âmbito geral, aos estudos jurídicos, dentre elas estão os princípios gerais do Direito, os quais são primordialmente levados em consideração quando qualquer assunto no envolvimento do judiciário precisa ser solucionado ou apenas discutido, sendo eles de suma importância para adentrarmos ao tema proposto.

Leciona o Douto Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, quanto aos princípios gerais do Direito, que:

Podemos dizer que o sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura, contemplando, o jurista, não só encontra ordem na aparente complicação, como identifica, imediatamente,

⁶ MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001;



seus alicerces e suas vigas mestras, ora, no edifício tudo tem sua importância, suas portas, suas janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces, no entanto não é preciso ter conhecimentos aprofundados de engenharia para saber-se que muito mais importante que as portas e janelas, facilmente substituíveis, são os alicerces e vigas mestras, tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruímos uma porta, uma janela, ou até mesmo uma parede ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado ou até embelezá-lo, mas se dele subtrairmos os alicerces fatalmente cairá por terra, de nada valerá que se suas portas, janelas, luminárias, paredes estejam intactas e em seus devidos lugares, quando é inevitável o desabamento não ficará pedra sobre pedra, pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõe, estes alicerces e essas vigas mestras são os princípios jurídicos.” (MELO, 2001).

Visto que os princípios são de fundamental importância ao estudo jurídico, conforme expôs o autor supracitado, importância esta, que necessita, posteriormente, de um estudo específico de cada princípio e de sua aplicabilidade, conforme ocorrerá com o deslinde do tema, desde já, podemos dizer que os princípios do Direito Constitucional têm uma participação ativa em todos os ramos do direito, principalmente no Direito Administrativo.

A partir do momento que nossa Constituição determinou as esferas de governo, todos estes, quando exercitam suas atividades administrativas, devem respeitar os princípios administrativos englobados na

esfera constitucional, como explana Alexandre Mazza⁷ em seu livro de Prática de Direito Administrativo. Ao falar do tema o Doutrino Celso Antonio Bandeira de Mello cita Meirelles (2011), o qual comenta que:

Hely Lopes Meirelles, antes da Constituição de 1988, enumerava três princípios: da legalidade, da moralidade e da finalidade, como ditames básicos da Administração Pública.

A doutrina – certamente absorvida na análise de outros temas relevantes – tratou à vol d’oiseau este importantíssimo problema da fixação dos princípios fundamentais do Direito Administrativo. Por isso mesmo, ainda está por ser convenientemente delineado o regime administrativo, sem embargo de ser ele, afinal, o ponto medular desta disciplina jurídica. Ao cabo do que foi dito..., é conveniente, agora, examinar a fisionomia destes princípios (componentes do regime jurídico – administrativo) no Direito Brasileiro, indicando suas raízes constitucionais expressas ou implícitas. (MEIRELLES, 2011).

Demonstrando, neste ensinamento, que os princípios administrativos, por estarem redigidos na Constituição Federal, devem ser analisados de uma forma que permite distinguir um mesmo princípio para esferas e finalidades diversas, não necessariamente elencando-os, mas manifestando sua aplicabilidade na seara do Direito Administrativo.

Determina o artigo 37, caput, de nossa Constituição da República Federativa do Brasil que as Administrações Públicas, diretas e indiretas, deverão observar os princípios da legalidade, impessoalidade,

⁷ Digesto, I, 5, 20, 17 – fonte: <http://pt.wi> <?>

⁷ MAZZA, Alexandre – Prática Administrativa / Alexandre Mazza, Flávia Cristina Moura de Andrade – 2. ed. Rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; wikipedia.org/wiki/%C3%89dito_de_Caracala



moralidade, publicidade e eficiência (incluído pela Emenda Constitucional 19 do ano de 1998), além dos dispostos nos incisos do referido artigo.

A legalidade é regida pelo artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, cujo determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” - autonomia da vontade – tudo aquilo que a lei não proíbe é permitido ao particular, todavia este mesmo princípio na ótica da administração pública é aplicado sob a restrição do texto legal, ou seja, a administração, para atuar, necessita de uma lei que determine o ato administrativo, sendo-lhe permitido apenas o que o texto legal prevê.

Demonstra, o memorável J.J. Gomes Canotilho⁸, em sua obra de Direito Constitucional, que:

Segundo alguns autores, exigir-se-á sempre uma lei prévia (princípio da precedência da lei) determinadora da actividade da administração, quer se trate de administração coactiva e ingerente (Eingriffsverwaltung) que de administração de prestações (Leistungsverwaltung). Esta exigência assenta num argumento democrático e num argumento de Estado de direito, Argumento democrático: o parlamento adquiriu centralidade política nos estados constitucionais democráticos, devendo dirigir (e não apenas limitar) a actividade do executivo. Argumento de Estado de direito: a dependência dos cidadãos perante o Estado verificando-se não apenas nas intervenções ingerentes mas também nas actividades prestacionais². No entanto, se a limitação da reserva de lei à administração coactiva está hoje reconhecidamente ultrapassada, alargando-se a exigência de uma lei

prévia habilitante a outras actividades, já é questionável saber em que medida e em que termos a administração observa o princípio da legalidade em domínios carecedores de alguma “folga” dos agentes administrativos. (CANOTILHO).

Neste sentido, atualmente, alguns autores falam do novo princípio da legalidade, entretanto isto nada mais é que uma interpretação diferida de um princípio que, desde os primórdios, esteve presente em seu texto, mas não podia ser visto diante da falta de informações que autoexplicasse seu contexto. Assim como leciona o Professor Alexandre Magno:

A doutrina mais moderna tem considerado o princípio da legalidade como de abrangência excessivamente restrita frente à recente constitucionalização do Direito. Propugnam, com acerto, a possibilidade de aplicação dos princípios constitucionais sem a mediação da lei. Assim, é proposto um novo princípio, mais abrangente, que envolve toda a ordem jurídica, inclusive e principalmente a Constituição: o princípio da juridicidade. Esse ponto de vista tem base também na Lei 9.784/99, que determina a “atuação conforme a lei e o Direito” (art. 2º, Parágrafo único, I), o que inclui, além da lei, os princípios, os costumes, a jurisprudência e a doutrina. (MAGNO).

Embora esta discussão, quanto à abrangência do referido princípio, esteja recente, devemos nos atentar à sua qualificação, pois é ela que dá a identidade própria, quanto à especificidade, do Estado de Direito. Sendo para Celso Antonio Bandeira de Mello o princípio

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição – 7º Ed. Edições Almedina;



basilar do regime jurídico administrativo.

3.1 REQUISITOS CONSTITUCIONAIS DO ATO EXPROPRIATÓRIO

Antes de adentrarmos em cada quesito tratado neste capítulo é importante explaná-los de forma abrangente. Tais requisitos estão previstos na Constituição, e deles surgem o embasamento das modalidades de desapropriação, como bem demonstra Hely Lopes Meirelles⁹ quando diz:

Os requisitos Constitucionais exigidos para a desapropriação resumem-se na ocorrência de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social e no pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro (CF, artigo 5º, inciso XXIV), ou em títulos especiais da dívida pública (no caso de desapropriação para a observância do plano Diretor do município, art. 182, parágrafo 4º, inciso III) ou da dívida agrária (no caso de desapropriação para fins de Reforma Agrária, art. 184). (MEIRELLES, 2011).

Sendo assim, para que haja o ato expropriatório – quesito formal – é necessário um enquadramento, anterior, em algum destes três itens. Bem recordou o autor supracitado, que, “Percebe-se, todavia, que o legislador constitucional tripartiu os motivos ensejadores da desapropriação, para indicar discriminadamente a natureza e o grau dos interesses a serem atendidos pela administração em cada ato expropriatório.”

Assim como o legislador, devemos distinguir as três opções ensejadoras e explicá-las, uma a uma,

para que se possa compreender quando o agente público aplicará cada qual.

3.1.1 Necessidade Pública, Utilidade Pública e Interesse Social

A necessidade pública é um instituto utilizado no procedimento expropriatório, sendo ele o embasamento, nos casos emergenciais, do decreto que formalizará o ato propriamente dito. O Dicionário Técnico Jurídico do doutor Deocleciano Torrieri Guimarães¹⁰ define a necessidade pública como:

“A lei distingue entre necessidade pública e utilidade pública, surgindo a primeira para atender a situações de emergência que, para se resolver, exigem a transferência urgente de bens de terceiros para seu domínio e uso imediato...”

Previsto no Decreto-Lei 3.365/41, a necessidade pública trata de algo que exigirá do ente estatal umas atitudes autoritárias emergenciais, que estarão embasadas na Supremacia do Interesse Público sobre o privado, para que o bem coletivo aconteça, ou seja, o agente público editará uns atos administrativos, cujo terá aval do chefe do poder executivo, em regra, sob o embasamento de haver uma emergência, a qual necessita da incorporação do bem privado pelo poder público para efetuar as medidas cabíveis que sanearão o problema da população como um todo.

Define, Diogenes Gasparini¹¹, como sendo a desapropriação sempre que o estado, para atender a situações anormais que se lhe apresentam, tem de adquirir o domínio e o uso de bens de terceiros, quando fala da necessidade pública. Leciona Hely Lopes Meirelles¹², que, “A necessidade pública surge quando a Administração defronta situações de emergência, que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011;

¹⁰ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri, Dicionário Técnico Jurídico, 10º ed., Editora Rideel

¹¹ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 14º ed., Ed. Saraiva, 2009;

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011;



a transferência urgente de bens de terceiros para o seu domínio e uso imediato.”

Desta forma, é de fácil compreensão a aplicabilidade de tal quesito, pelo administrador, por intermédio de um ato administrativo constitutivo de direito, o qual ordena o expropriado, quando houver uma situação emergencial, que deixe o domínio de sua propriedade, para sanar o problema da população envolvida, sempre consignado em lei.

No Decreto-Lei 3.365/41, o qual trata do procedimento expropriatório, a terminologia utilizada para os casos de necessidade e utilidade pública é comum a ambos, embora trate de institutos distintos, assim como bem coloca Hely Lopes Meirelles¹³:

A utilidade pública apresenta-se quando a transferência de bens de terceiros para a administração é conveniente, embora não seja imprescindível. A lei geral das desapropriações (Decreto-Lei 3.365/41) consubstanciou as duas hipóteses em utilidade pública, pois só emprega essa expressão em seu texto. (MEIRELLES, 2011).

Odete Medauar¹⁴ quando explica tal pressuposto cita a clássica denominação do Seabra Fagundes que diz, “A utilidade pública aparece quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui imperativo irremovível.”

Há que se observar, que, embora esse instituto seja o mais simples dos três, ele também é o mais utilizado pela Administração quando planeja efetuar obras de interesse coletivo, partindo, sempre, do pressuposto de que utilidade pública seja regra e necessidade pública seja exceção.

Importante ressaltar que a necessidade pública e a utilidade pública estavam presentes no artigo 590,

parágrafos 1º e 2º, de Código Civil de 1916, embora estes não tivessem amparo no atual Código Civil Brasileiro como, bem, lembra Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁵:

Os casos de necessidade e utilidade pública capitulados no artigo 590, parágrafos 1º e 2º, do Código Civil de 1916 – e que, aliás, não têm correspondentes no novo Código, isto é, na Lei 10.406, de 10.01.2002 – foram absorvidos todos, sob a designação de utilidade pública, pelo artigo 5º do Decreto-Lei 3.365. (MELO, 2001).

Mesmo sem amparo no atual Código Civil Brasileiro esta denominação tem sua herança do Código de 1916 como se ainda vigesse, pois é utilizada, frequentemente, nos decretos expropriatórios e aceita pelo Decreto-Lei 3.365/41, entretanto o faz de uma forma subjetiva.

Quando falamos de função social da propriedade constatamos que esta abrange o entendimento de propriedade, pois ela trata tal direito como sendo daquele que o exerce e não apenas daquele que o detém. No Direito Civil Guilherme A. Borda¹⁶, em seu tratado de derecho civil, explica o dito num comparativo entre propriedade e domínio, que diz:

Propiedad y dominio – Generalmente las palabras propiedad y dominio se emplean como sinónimos, aludiendo específicamente al derecho real regulado em el Código Civil. Pero también ocurre – sobre todo cuando se encara el tema a la luz de la cuestión social – que la palabra propiedad se utilice com un

¹³ Bis Idem

¹⁴ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011 – 15ª Edição;

¹⁵ MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001;

¹⁶ BORDA, Guillermo A. - Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, Editorial Perrot – Buenos Aires – 1992



significado más comprensivo, aludiendo no sólo al dominio en sí mismo, sino también a los otros derechos reales (y aún personales) que están ínsitos em él. Así, por ejemplo, cuando se habla de la función social de la propiedad no se entiende limitarse al derecho real de ese nombre, sino a todas sus implicancias y consecuencias. (BORDA).

Assim, nos propiciando uma visão mais abrangente do conceito de propriedade quando a utilizarmos para falar da função social desta, ou seja, o proprietário deve dar a devida função social de sua propriedade, pois se não a fizer concorrerá com o risco de perdê-la para quem o faz.

Ou seja, o critério para utilização desta espécie expropriatória abrangerá diversas opções, opções estas, que o administrador deverá observar, uma a uma, ao aplicá-las de fato.

Quanto às diferenças da desapropriação por utilidade pública e por interesse social bem coloca Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁷:

Na desapropriação por utilidade pública as hipóteses legais que autorizam o exercício do poder expropriatório, como visto, são diferentes daquelas previstas na desapropriação por interesse social. Além disso, o prazo de caducidade da declaração de utilidade pública para desapropriação realizada com fundamento em necessidade ou utilidade pública é de cinco anos e o prazo de caducidade de declaração de interesse social, com fins de desapropriação, é de dois anos. (MELLO, 2001).

Remetendo-nos, desta forma, ao entendimento característico de cada quesito com suas

particularidades, mas que não são adversos entre si, mas sim complementares e adequados às diferentes situações externas e internas da propriedade.

3.1.2 Bens

Após tal declaração e finalizados os procedimentos expropriatórios exigíveis, os bens adquiridos de forma originária se tornarão públicos, diante disso é importante lembrar que na legislação administrativa não existe um conceito do que é um bem público, quem define o que, quais bens serão considerados públicos e suas prerrogativas é o Código Civil Brasileiro em seu artigo 98, ou seja, é todo bem que pertencem à pessoa jurídica de direito público, além daqueles afetados à prestação de serviços públicos, bens móveis ou imóveis, ações, corpóreos ou incorpóreos, semoventes, créditos, direitos e etc.

São classificados quanto a sua titularidade, sendo eles os bens federais (art. 20, da CF/88), estaduais (art. 26, da CF/88), distritais e municipais, quanto à destinação têm-se os de uso comum do povo, bens de uso especial e os bens dominicais, seu regime jurídico engloba inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e não onerabilidade (Alexandre Mazza, Prática de Direito Administrativo, RT, 2011)

3.2 O PAPEL DO AGENTE POLÍTICO NO ATO EXPROPRIATÓRIO

A competência de cada Agente Político será haurida pela Constituição Federal, por lei, ou qualquer outra forma legal passível de regulamentar tal enquadramento, este exercerá seu dever de forma discricionária, ou seja, tem o poder dever, a autoridade de decidir o que será melhor para a administração, e, conseqüentemente, para o ente gerido por ele, para que ao final beneficie a população que dele dependa.

¹⁷ MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001;



Note-se que, é válido dizer neste momento, o poder discricionário, ao ser utilizado pelo agente político surgirá em duas situações, sempre que a lei conferir uma margem de liberdade de atuação deste, devendo ele optar com base na conveniência e oportunidade, e quando a lei for indeterminada quanto aos conceitos jurídicos nela redigida. Reitere-se que não existe uma opinião comum no rol de doutrinadores quando estes classificam quais agentes públicos serão os denominados agentes políticos, entretanto todos são comuns ao dizer que os chefes do poder executivo estão elencados nesta categoria.

Reitere-se que não existe uma opinião comum no rol de doutrinadores quando estes classificam quais agentes públicos serão os denominados agentes políticos, entretanto todos são comuns ao dizer que os chefes do poder executivo estão elencados nesta categoria.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁸, agente políticos:

“São os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.”

Sendo o chefe do Poder Executivo o nosso objeto

de estudo, pois para que o ato expropriatório seja perfeito existe a necessidade do decreto expropriatório por esta autoridade, devemos tratá-lo como agente político, a partir de então, os quais são detentores de certas prerrogativas para poderem tomar as decisões necessárias no que tange ao governo.

4. DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo é uma divisão da ciência jurídica autônoma que não esteve presente na idade média, pois naquela época a predominância pertencia às monarquias absolutas, predominâncias estas que não permitiam seus reis serem postos à julgamento nos Tribunais, por estarem acima do ordenamento jurídico, segundo explica Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁹.

Segundo leciona Hely Lopes Meirelles²⁰, ao citar Caio Tácito, este expõe que em 1851, por meio do Decreto 608 de 18.08.1851, foi criada a primeira cadeira do direito administrativo nos cursos jurídicos existentes no Brasil, e logo mais, em 1857, foi editada a primeira obra do tema escrita pelo Vicente Pereira do Rego²¹, sendo ele o precursor do ramo inaugurando o espaço para os próximos autores que vieram nos anos seguintes.

Já no que concerne à desapropriação no direito administrativo o autor supradito bem explica que:

Para o uso e gozo dos bens e riquezas particulares o Poder Público impõe normas e limites e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica, através de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta antissocial de iniciativa particular. Nessa intervenção estatal o Poder

¹⁸ MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001;

¹⁹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 22º ed., São Paulo: Atlas, 2009;

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011;

²¹ REGO, Vicente Pereira - Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, 1857;



Público chega a retirar a propriedade privada para dar-lhe uma destinação pública ou de interesse social, através de desapropriação. (REGO).

Sendo de suma importância os moldes do direito administrativo para a aplicação do ato expropriatório, pois ele segue todo o procedimento instituído nesse ramo do direito, através do Decreto-Lei 3.365 de 1941.

4.1 REGIME DE PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

Trazida pela lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004, este regulamento determina as licitações e as contratações de parcerias público-privadas nas modalidades patrocinada ou administrativa, sendo este um contrato de concessão de serviço público. Sendo a modalidade patrocinada aquela que tem uma contraprestação representada por dinheiro regulada pelo poder público, por intermédio de uma tarifa. Já na concessão administrativa existe uma contraprestação, sendo este a forma do poder público arcar com a remuneração do serviço.

Diferente de uma privatização as Parcerias Público-Privadas detém um serviço delegado pelo ente público, por intermédio de uma descentralização do estado, sendo este benéfico para ambos os lados, pois o poder público, quando opta por este serviço normalmente não possui recursos suficientes para fazê-lo, e acaba dando oportunidade a uma empresa privada que o faça, auxiliando ambas as partes.

Importante colocação do Professor Alexandre Mazza²² quando falou que:

“Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída, pelo parceiro privado, uma pessoa jurídica que a lei chamou de “sociedade de

propósito específico”, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.”

Devendo, todo contrato, seguir os parâmetros principiológicos da transparência, eficiência, publicidade, supremacia do interesse público e da segurança jurídica. Sendo, atualmente, na visão de Bruno Sanna Camacho²³ que a PPP:

“Atualmente está em evidência, no âmbito da Administração Pública, a análise das parcerias entre o setor público e a iniciativa privada. Estas parcerias visam, em relação ao Poder Público, a suprir a insuficiência de investimentos em infraestrutura por recursos próprios. Tendo em vista a impossibilidade de maior arrecadação de capital do setor privado por meio de recursos tributários e a ausência de fundos por parte do Estado para investimento em infraestrutura, se torna fundamental o estudo e o emprego das parcerias público-privadas (PPP) como forma de captação de recursos das esferas privadas na forma de investimentos.”

A fiscalização será exercida pelas agências reguladoras, entretanto é válido lembrar que a administração deve realizar o controle interno tanto na escolha quanto no andamento da obra. Enquanto o Tribunal de Contas, auxiliando o poder legislativo, fiscalizará o controle externo.

As PPP's devem obedecer à responsabilidade fiscal quando forem celebradas e executadas, pois, assim como os entes públicos, estão subordinados aos princípios orçamentários, sendo que isso esta condizente com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, a Lei Orçamentária Anual, tudo isso de acordo com o

²² MAZZA, Alexandre – Prática Administrativa / Alexandre Mazza, Flávia Cristina Moura de Andrade – 2. ed. Rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;

²³ <http://jusvi.com/autores/1658>



Plano Plurianual.

No que tange as vedações, o artigo 2º, parágrafo 4º, da Lei 11.079/04 determina que não pode haver um valor de contratação abaixo de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), em um período não inferior a 5 (cinco) anos e com um máximo de 35 (trinta e cinco) anos.

Quanto às desapropriações e as PPP's temos que ressaltar que estas terão competência para executar as desapropriações, assim como administração direta e indireta, pois somente a União pode legislar sobre o assunto, competências executivas que sempre terão de ser autorizadas pela lei ou pelo contrato (Art. 3, Decreto-lei 3.365/41).

4.2 AÇÕES DE INFRAESTRUTURA

As ações de infraestrutura estão diretamente ligadas ao meio ambiente e a nova preocupação dos países com o crescimento sustentável, sendo assim é de suma importância demonstrar a conexão destas com o ato expropriatório, pois será a partir do procedimento expropriatório que serão efetivadas tais ações.

Desta forma, as Ações de Infraestrutura tem um espaço, no mundo jurídico e empresarial, de extrema importância, além de estarem conquistando uma extensão ainda maior, e merecem ser vistas com olhos criteriosos a partir de então pelo legislador, ao editar as próximas legislações, assim como já visto na recente Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, editadas pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, entende-se que a base Constitucional é de suma importância para o ato expropriatório, pois a autonomia do interesse público sobre o privado advém desta, sendo ela uma autonomia expressa no texto legal da Carta Magna de

1988, assim como era nas constituições anteriores.

Quanto ao que tange a esfera do Direito Administrativo, o procedimento expropriatório ocorre por um típico ato administrativo, o qual coloca em prática a primazia do interesse público sobre o privado, adquirindo, a partir deste, a propriedade do particular de forma originária, ou seja, gerando uma nova matrícula para que haja a incorporação do bem ao patrimônio público.

Na legislação utilizada, é verificada a existência de uma defasagem no seu texto legal, primeira por ter sido editada no ano de 1941, anterior à atual Constituição da República, segunda por não ter atualizações das questões pertinentes no meio jurídico dos dias atuais.

No que tange à responsabilidade do Judiciário em tais ações expropriatórias, existe um paradoxo, pois a não possibilidade de julgar o critério expropriatório, enquanto mérito, torna a relação de participação, deste poder, limitada à atividade meio, e, deixando o ato, o qual é meramente administrativo, com participação quase exclusiva do Poder Executivo. O Poder Executivo, enquanto precursor do ato expropriatório, acaba deixando o advogado sem ferramentas disponíveis para discutir em juízo a defesa do seu tutelado, limitando-se, apenas, aos valores auferidos pelo ente expropriante.

É de exacerbada importância destacar a influência que as novas legislações trouxeram para o procedimento expropriatório, como o Estatuto da Cidade, Lei de Responsabilidade Fiscal e etc, embora esta ainda não tenha sido objeto de atualizações, e por esse descaso temporal torna o ato expropriatório, comum e concorrente (quando tratamos de concessionários de serviço público e todos os demais delegados, além dos casos entre os próprios entes) e dificultoso em seus procedimentos e pouco eficaz para que seja colocada a função social da propriedade em prática, diante das novas exigências do direito administrativo moderno.



6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORDA, Guillermo A. **Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales**. Buenos Aires: Perrot, 1992.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Portugal: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, ano.

Cfr., sobretudo, SCHAUMANN, **Gleichheit und Gesetzmässigkeitsprinzip**, in JZ, 21, 1966, pp 731;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 22. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo. Local**: Lumen Júris, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri, **Dicionário Técnico Jurídico**. 10. ed. São Paulo: Rideel, ano.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação, Doutrina e Prática**. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZA, Alexandre. **Prática Administrativa** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

PAULO, Vicente; Alexandrino, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. São Paulo: Método, 2011.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 5. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Disponível em: <<http://jusvi.com/autores/1658>>. Acesso em: dia mês ano.

Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Desapropria%C3%A7%C3%A3o_indireta>. Acesso em: dia mês ano.

MAGNO, Alexandre. **Princípio da Legalidade**. ANO. Disponível em: <Http://www.alexandremagno.com>. Acesso em: dia mês ano.