

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO
CEPES**

**DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA**

JOSÉ CARLOS PEREIRA MARCONI DA SILVA

**CURITIBA/PR
2015**

DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

José Carlos Pereira Marconi da Silva

Sumário: 1. Introdução. 2. Problema de pesquisa. 3. Objetivo. 4. Metodologia. 5. Marco teórico. 6. Fundamentos constitucionais da desapropriação. 7. Indenização. 8. Justa indenização. 9. Desapropriação por utilidade pública. 10. Princípio da dignidade da pessoa humana. 11. Conclusão. 12. Referências.

Resumo: O presente artigo procura utilizar a história do direito comparado para explicar o passado e construir o presente e o futuro. Objetiva, assim, demonstrar um sentido pragmático e escrever sobre desapropriação por utilidade pública frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como escopo delimitar o instituto a ser investigado, a situação problema na qual está inserido e sua necessária fundamentação teórica, com concisão e clareza.

Palavras-chave: Constituição da República. Desapropriação por Utilidade Pública. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract: This article aims to use the history of comparative law to explain the past and build the present and the future. Objective, thus, demonstrate a principle of dignity of human people, having as scope delimit the institute being investigated, the problem situation in which it is inserted and its necessary theoretical background, with conciseness and clarity.

Key words: Republic Constitution, Expropriation by Public Utility Principle of Dignity Of Human People.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa deverá apresentar um artigo sobre desapropriação por utilidade pública e o princípio da dignidade da pessoa humana, matéria de Direito Administrativo e Processual, porém, atenta e vinculada à superior hierarquia das normas Constitucionais e dos universais princípios que as inspiram e que elas vieram a Consagrar, como os direitos e garantias fundamentais alicerçados nas Declarações Universais de Direito do século XVIII e dos Direitos Humanos proclamados pela ONU em 1948. Em consequência, o direito de propriedade mantida entre os direitos e garantias fundamentais do art. 5º da CF/88 e preservado pelas suas cláusulas pétreas consoante o inciso IV, do § 4º do art. 60, será interpretado como regra geral que subordinará os preceitos infraconstitucionais, como as de Direito Administrativo e de Direito Processual reguladores da desapropriação, aqui tratada como exceção e que não deverá escapar às formas legais de controle, especialmente pelo Poder Judiciário por força do que dispõe o inciso XXXV do art. 5º da CF/88, para que não ocorram as lesões do poder público às normas constitucionais, cuja hegemonia deve ser preservada em relação às demais e acima de todas as coisas.

Mister que se estabeleça como premissa, o fato de que a pertinência da instituição da Desapropriação é matéria que foge ao âmbito de atuação de qualquer Juízo. Isso porque a Desapropriação decorre de juízo discricionário da Administração Pública exercido dentro dos parâmetros constitucionais, legais e calcado na satisfação do interesse público, em observância à função social da propriedade. Destarte, tendo sido expedido o decreto de utilidade pública após os trâmites administrativos legalmente instituídos, resta apenas definir a justa indenização devida aos proprietários da área a ser desapropriada.

Assim, serão analisados os aspectos constitucionais da desapropriação sob o viés do Estado Democrático de direito que tem como fundamento central a dignidade da pessoa humana, sendo que a mera alusão desses direitos fundamentais não se resolve enquanto abalizadores da estrutura democrática se não for possível constatar no âmbito deste Estado a possibilidade de efetivação do princípio da dignidade da

pessoa humana. A atividade democrática aduz necessariamente à própria idéia de participação e exigibilidade desses direitos que são garantidos pelo texto constitucional. Então, “conforme expressa previsão do texto constitucional, fundamentais, a sua implementação é pré-requisito procedimental à prática da democracia”¹.

Tanto é assim, que o presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski em recente julgado de Recurso Especial, entendeu que o valor da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional "*permite sim a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontram*"². O presidente disse ainda que não se pode falar em desrespeito ao princípio da separação do Poderes, e citou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, uma das garantias basilares para efetivação dos direitos fundamentais. O dispositivo constitucional (artigo 5º, inciso XXXV) diz que a lei não subtrairá à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Esse postulado, conforme ressaltou, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O tema, portanto, possui relevância política social e acadêmica, vez que no âmbito da ponderação de bens ou valores, o princípio da dignidade da pessoa humana justifica, ou até mesmo exige, a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que representados em normas que contenham direitos fundamentais de propriedade, de modo a servir como verdadeiro e seguro critério para a solução de conflitos.

Nesse contexto, a pesquisa apresenta-se plausível e possível de ser realizada, vez que, apesar de ser escasso os estudos acerca da regulamentação constitucional de desapropriação para fins de utilidade pública e necessidade pública, existe um extenso e exaustivo tratamento dispensado às desapropriações por interesse social, além de vastas contribuições jurisprudenciais e acadêmicas sobre o assunto.

¹ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil; desafios e perspectivas. **Araucária Revista Iberoamericana de Filosofia, Política Y Humanidades**, año 8, n. 15. Disponible em: <http://mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>. Acesso em: jan. 2010.

² RE-592581-Recurso Extraordinário RECTE: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul RECDOS: Procuradoria do Estados – 13/08/2015 – Disponível em **Migalhas.com.Br**. Acesso em Jul2015.

Não se olvida, porém, a necessidade de delinear os “limites dos limites” aos direitos assegurados no Texto Maior. Disto decorrem os requisitos a serem observados no procedimento de desapropriação, regulamentados por lei federal.

Por fim, a conclusão do artigo se pautará na resposta ao problema proposto, referente à possibilidade de a desapropriação se coadunar com os valores constitucionalmente consagrados e sobre o modo como poderá ser empregada na efetivação dos direitos individuais e sociais, tendo-se em vista a dignidade da pessoa humana.

2. PROBLEMA DE PESQUISA

O artigo visa o estudo do conjunto de fatores jurídicos e sociais que possibilitam o aprimoramento da jurisdição constitucional por intermédio da efetivação dos direitos sociais e econômicos. Isto é, em que medida a intervenção judicial através de ação de desapropriação por utilidade pública contribui para o caminho da dignidade da pessoa humana.

Os elementos que podem ser indicados como responsáveis pela aproximação da prestação desses direitos e a realização do texto constitucional são de ordem jurídica e/ou extrajurídico. Em um primeiro momento podem-se citar que a busca pela dignidade da pessoa humana depende de uma visão de individualidade dos direitos fundamentais/humanos previstos no texto constitucional.

A problemática que se apresenta a partir da análise dos requisitos constitucionais da desapropriação cinge-se à possibilidade de se compatibilizar o direito individual à propriedade, cuja relevância fez com que o constituinte originário o encapsula-se no rol das cláusulas pétreas, com o procedimento expropriatório, dado que este se revela como uma restrição àquele direito.

Porquanto, qualquer valor de indenização que não permita ao expropriado adquirir propriedade fisicamente semelhante à desapropriada, divorcia-se do mandamento constitucional da justa indenização, atingindo por conseqüência o princípio da dignidade da pessoa humana.

Questiona-se, ainda, sobre a hipótese de a desapropriação figurar como ferramenta de transformação social sem comprometer a segurança jurídica decorrente da garantia ao direito de propriedade.

3. OBJETIVO

O objetivo é demonstrar que a desapropriação, quando realizada em consonância com os preceitos constitucionais, legais e calcado na satisfação do interesse público, em observância à função social da propriedade, revela-se um importante instrumento de concretização dos valores fundamentais e inerentes ao Estado Constitucional de Direito.

4. METODOLOGIA

A principal técnica que foi utilizada para abordar o problema foi a pesquisa bibliográfica e documental, dado o caráter teórico-argumentativo do artigo científico apresentado. O desenvolvimento da análise utilizou a conceituação das palavras-chave: Constituição da República. Desapropriação por Utilidade Pública. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Recorreu-se a fontes doutrinárias voltadas à breve digressão histórica e situação do tema dentro dos aspectos principiológicos. Em seguida, a fim de se obter uma resposta satisfatória sobre o questionamento propulsor deste trabalho, qual seja, se a Constituição Federal apresenta fundamentos suficientes para lastrear o procedimento expropriatório, optou-se por, inicialmente, elencar os dispositivos da Carta Magna que diretamente versassem sobre o tema.

Com base na literalidade constitucional, foram identificados os institutos mais relevantes para então se buscar base doutrinária no estudo de cada um deles. Ao lado da visão de autores constitucionalistas e administrativistas, pretendeu-se implementar uma análise mais independente, a partir de conhecimentos e reflexões prévias sobre a matéria.

Ainda, optou-se por breves digressões quanto aos aspectos infra-legais, pautados no direito administrativo, como forma de complementar a pesquisa que, conforme delimitado, tem um olhar preponderantemente constitucional.

5. MARCO TEÓRICO

O presente trabalho destina-se à análise dos fundamentos constitucionais da desapropriação. Disto infere-se que extrapolaria a delimitação do tema adentrar nos aspectos pormenorizados do procedimento expropriatório descrito no Decreto-Lei 3.365/41, não se prescindindo, contudo, do estudo técnico dos procedimentos descritos no texto constitucional.

Os conceitos e detalhes eminentemente administrativas servem, portanto, de apêndice ao enfoque constitucional. Para tanto, socorreu-se do Curso de Direito Administrativo de Celso Antônio Bandeira de Mello e do Direito Administrativo de Maria Sylvia Zanella di Pietro, bem como do livro Direito Administrativo de Flávia Cristina de Moura Andrade.

Com o fito de verificar de forma sistematizada os dispositivos constitucionais de interesse à pesquisa, optou-se pela obra objetiva e clara dos professores Dirley da Cunha Jr e Marcelo Novelino intitulada Constituição Federal para Concursos a qual foi de valorosa utilidade por apresentar decisões recentes sobre a matéria e analisar individualmente os dispositivos constitucionais.

O clássico Curso de Direito Constitucional Positivo, de José Afonso da Silva, destinou-se à análise pormenorizada da visão doutrinária incidente sobre a função social da propriedade, tema que apresenta alguma controvérsia entre os autores, a exemplo de Manoel Jorge e Silva Neto, constitucionalista baiano que apresenta visão dissidente neste particular, em seu livro Curso de Direito Constitucional, citado nesse trabalho.

A obra do professor José Carlos de Moraes Salles A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência também serviu para lastrear o tema da desapropriação por utilidade pública.

Os informativos de recentes decisões do STF e STJ também foram importantes para conferir uma visão atualizada do tratamento jurisprudencial dos temas.

6. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA DESAPROPRIAÇÃO

A própria Constituição Federal tratou o instituto no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, inc. XXIV), logo após garantir o direito de propriedade, determinado que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos em que ela própria prevê o pagamento de forma diversa.

Com efeito, para ser justa e para que não ocorra ferimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, deverá representar o seu valor real ou valor de mercado, ou seja, traduzir numerário tal qual permita ao expropriado adquirir outro imóvel, tanto quanto possível, em iguais condições físicas que a propriedade desapropriada. Porquanto, qualquer valor de indenização que não permita ao expropriado adquirir propriedade fisicamente semelhante à desapropriada, divorcia-se do mandamento constitucional da justa indenização, atingindo por consequência o princípio da dignidade da pessoa humana.

Configura-se cláusula pétrea, não sendo passível de supressão sequer por emenda à Constituição (art. 60º, §4º, CF).

7. INDENIZAÇÃO

Na desapropriação por utilidade pública ela deverá ser justa, prévia e em dinheiro. A indenização constitui, também, elemento integrante da desapropriação, conforme garante o art. 5º, XXIV, da Constituição Federal.

A indenização constitui um requisito da legitimidade do ato expropriatório, da mesma forma que é necessária a efetiva existência de utilidade pública. Assim, uma

desapropriação sem a adequada indenização configura confisco, sendo, por isso, antijurídica.

OSVALDO GOMES³ deixa claro que a indenização constitui elemento essencial estruturante da noção de expropriação, uma vez que a expropriação por utilidade pública só pode ser efetuada mediante o pagamento da justa indenização, ou melhor, mediante o pagamento contemporâneo de uma justa indenização.

Assim, tudo o que disser respeito ao regime jurídico da indenização expropriatória será regido, essencialmente, pelo texto e pelo espírito da Constituição, e, subsidiariamente, pela lei expropriatória, enquanto essa última não violar a Constituição.

Esclarece que, em matéria desapropriação, deve-se entender por indenização o ressarcimento do necessário para que o patrimônio do expropriado se mantenha na mesma situação em que se encontrava antes da ação. Entende que a lei só pode excluir desse ressarcimento alguns valores, desde que essa exclusão seja razoável, não podendo ser estendida aos valores essenciais integrantes do respectivo direito de propriedade, sob pena de ser inconstitucional.

No Brasil, a Constituição Imperial (art. 179, inc. XXII) e a Constituição Republicana de 1891 (art. 72, ~ 17) já condicionavam o expropriação à prévia indenização, todavia nada dispunham sobre ela ser justa. Na Constituição de 1934 (art. 113, item 17), acrescentou-se à exigência de indenização previa a de que ela fosse justa. Todavia, na Carta de 1937 (art. 122, item 14), a exigência de uma justa indenização foi suprimida. Sob sua égide é que foi editado o Decreto-lei n. 3.365, de 21-6-1941.

Como na Constituição de 1937 não havia a previsão da justa indenização, teria o Decreto-lei n. 3.365/1941, por isso, admitido que fosse erigido valor fiscal, locativo, como limite para apuração da indenização, mas que, mesmo sob a égide da Constituição de 1937, se discutia se essa limitação era válida ou inválida. Daí observar

³ Citando o art. 62º, n. 2, da CRP, esclarece que a idéia de contemporaneidade não equivale à exigência de uma prévia indenização, mas dela decorrem três conseqüências importantes: o beneficiário da expropriação não dispõe de poderes discricionários quanto ao momento do seu pagamento, dependendo a investidura administrativa na posse dos bens a expropriar da realização do necessário depósito, o qual deve ser corrigido ou efetuado antes da adjudicação da propriedade pelo tribunal; o pagamento da indenização deve ser efetuado de acordo com o disposto na legislação expropriatória; o montante da indenização é calculado com referência à data da declaração de utilidade pública, sendo atualizado na data da decisão final do processo, de acordo com a evolução do índice de preços ao consumidor, com exclusão da habitação

não ser, de forma alguma, despicienda a colocação do adjetivo justa ao lado do substantivo indenização.

O Constituinte de 1946 ampliou o conteúdo tradicional dos textos constitucionais brasileiros para declarar que a indenização prévia seria em dinheiro e justa, dispensando a indenização imediata em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina (art. 141, item 16). A Constituição de 1967 repetiu o conteúdo do texto da Constituição de 1946, mantendo a indenização prévia, justa e em dinheiro. O Ato Institucional nº 9, de 25-4-1969, alterou a redação da Carta de 1967, suprimindo a indenização prévia nos casos de desapropriação da propriedade rural. A Emenda Constitucional voltou a adotar, como regra, a indenização prévia, justa e em dinheiro.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da desapropriação, no seu inc. XXIV, vinculou sua efetivação ao pagamento de uma indenização justa, prévia e em dinheiro, ressalvados os casos ali expressos. Assim, em princípio, não haverá desapropriação sem que, previamente, tenha sido paga justa indenização ao expropriado.

O art. 5º, XXIV, encartado entre os direitos e as garantias fundamentais, individuais e coletivas, ao determinar a justa e prévia indenização em dinheiro para a desapropriação, tenha o fundamento que tiver (necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social), é de caráter preceptivo, e não programático, ou seja, é um preceito de eficácia plena, auto-aplicável e bastante em si. Não necessita de complementação, explicitação ou regulamentação. A lei desapropriatória não poderá dispor de modo diferente; tem de obedecer a esse comando emergente: não haverá desapropriação, em termos de transferência de propriedade por esse ato de império, enquanto não composto o patrimônio do expropriado, mediante justa e prévia indenização em dinheiro.

Daí, que não há de se admitir que a Administração promova transferências coativas de propriedade, sem que esteja aparelhada para atender aos ônus que necessariamente daí decorrerão, sob pena de quebra flagrante de um princípio fundamental não apenas no nosso Direito, mas no Constitucional Comparado, que é o da igualdade, da isonomia. Tal princípio corresponde a um valor objetivo, absoluto, que não depende de

sorte alguma de um reconhecimento ou de um embasamento doutrinário maior; é um valor por si. A igualdade entre os homens é um valor por si.

É exigência que se impõe como forma de buscar o equilíbrio entre o interesse público e o privado: o particular perde a propriedade e, como compensação, recebe o valor correspondente em dinheiro, salvo algumas hipóteses em que o pagamento se pode dar por títulos da dívida pública.

Os princípios que informam a indenização, no Brasil, não podem destoar dos correspondentes no direito universal e em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana, e são os seguintes: princípio da prevalência, que determina a precedência da indenização à ocupação do objeto expropriado; princípio do justo preço, que determina ao poder público o pagamento do equivalente ao quantum do prejuízo sofrido; princípio monetário, que determina, regra geral, seja o expropriado pago em dinheiro; princípio da certeza, mediante o qual, por avaliação amigável ou judicial, fixa-se o quantum, sem se levar em conta qualquer circunstância que posteriormente possa alterar o valor econômico do objeto; e princípio da unicidade, segundo o qual o valor da indenização corresponde a todos os elementos da propriedade, representando uma somatória de valores.

Assim, deve-se entender por indenização o ressarcimento de todo o necessário para que o patrimônio do expropriado se mantenha na mesma situação anterior à da expropriação. Quanto à sua natureza jurídica, afirma que a indenização pertence ao direito público e é por ele regida, que se trata de dívida de valor, já que seu montante depende de uma determinação posterior, devendo ser fixado por um terceiro imparcial.

8. INDENIZAÇÃO JUSTA

A indenização justa, colocada no texto constitucional como garantia, na realidade é muito mais do que isto; ela é um parâmetro ético de atuação da própria Administração Pública; seu conceito deve corresponder exatamente à idéia que qualquer pessoa, à primeira vista, numa primeira abordagem, pode formular de justiça de uma indenização; deverá corresponder a uma retribuição que permita a reparação integral,

traduzida exatamente na possibilidade imediata em que se encontra o expropriado, quando receba a indenização, de adquirir, se quiser, um bem da mesma natureza, características e atributos daquele que lhe fora subtraído por imposição.

Não há direito individual tão forte que possa opor-se à supremacia social da destinação de bens e direitos aos fins públicos qualificados em lei. Mas não há também poder expropriante tão poderoso que possa trazer, ainda que indiretamente, prejuízo ou diminuição patrimonial aos administrados. A regra da justa indenização, compreendida a expressão em seu teor econômico, é o termo de equilíbrio entre esses dois valores. Graças a essa garantia, pode a desapropriação expandir-se em toda a sua plenitude, como instrumento moderno de justiça social e de política econômica, sem violentar a proteção de direitos patrimoniais.

A afirmação de que a indenização deve ser justa, significa que deve existir uma rigorosa equivalência de valores entre o objeto expropriado e o montante da indenização. Sem essa equivalência a indenização não é justa. A indenização deve ser integral, devendo, pois, incluir ou compreender tudo aquilo que integre a consistência jurídica do bem expropriado. O valor da indenização também não pode ser diminuído em virtude de deduções improcedentes (p. ex., impostos, indisponibilidade do bem), devendo o patrimônio do expropriado permanecer inalterado.

A desapropriação por utilidade pública de quaisquer bens ou direitos confere ao expropriado o direito de receber o pagamento contemporâneo de uma justa indenização. Essa justa indenização não visa compensar o benefício alcançado pelo expropriante, mas ressarcir o prejuízo do expropriado, tendo em consideração as circunstâncias e as condições de fato existentes à data da declaração de utilidade pública.

A indenização devida pelo poder público ao particular despojado de seus bens não é arbitrária. Ao contrário, uma série de requisitos deve informá-la, a fim de que o proprietário, obrigado a entregar os bens que lhe pertencem, não se veja ainda mais sensivelmente desequilibrado no quantum patrimonial em consequência da inesperada intervenção do Estado. Os princípios informativos da indenização se consubstanciam

na eleição de vários índices restritivos que qualificam esse elemento do processo expropriatório, de tal modo que se exige, nos tempos modernos, que a indenização seja prévia, certa, única, justa e em dinheiro.

Para R. LIMONGI FRANÇA⁴, do princípio da conciliação dos contrários e do próprio princípio fundamental da legalidade decorre, como corolário, o da plena recomposição. Afirma não se tratar apenas de recomposição do patrimônio, senão da condição jurídica do expropriado, quer sob o aspecto material, quer sob o moral.

Nesse sentido, a justa indenização vem sendo definida como aquela que corresponde ao mais completo ressarcimento possível do dano sofrido, devendo corresponder obviamente ao valor de mercado do bem, ao quantum necessário para aquisição de outro com características tanto quanto possível idênticas; é a que tem por finalidade apagar qualquer dano ou gravame. O proprietário deve ficar indene, por isso deve ser a indenização, como regra, em dinheiro, preceder a transferência da propriedade e possibilitar ao ex-proprietário a compra de outro imóvel, nas mesmas condições; é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, suas rendas, danos emergentes e lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogado e correção monetária; não se deverá atribuir ao desapropriado nem mais nem menos do que se lhe subtraiu, porque a expropriação não deve ser instrumento de enriquecimento nem de empobrecimento do expropriante ou do expropriado.

Ainda, a jurisprudência reconhece que justa é a indenização economicamente equivalente ao valor real do bem expropriado, paga pelo Poder Público expropriante, de forma que não haja nem enriquecimento nem empobrecimento do desapropriado; a indenização do imóvel expropriado deve ser justa e prévia, tendo por finalidade precípua a recomposição do patrimônio do desapropriado, não podendo, todavia, essa indenização ser superior ao preço que o mesmo imóvel alcançaria no mercado imobiliário, sob pena de enriquecimento ilícito do expropriado; o comando normativo inserto no inciso XXIV do art. 5º da Carta Magna exige, em caso de desapropriação

⁴ A plena recomposição e a indenização. **In Direito administrativo aplicado e comparado**. Compêndio em homenagem ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, t. 1, p. 205.

por utilidade pública, prévia e justa indenização, entendendo-se como tal a que corresponder ao integral ressarcimento do dano sofrido, ao valor de mercado do bem, assim como ao quantum necessário para aquisição de outro com características tanto quanto possível idênticas à da coisa expropriada; o objeto da ação de desapropriação compreende a justa indenização de todos os bens expropriados, dispensando ação autônoma para pleitear o ressarcimento de eventual item omitido.

Em regra, o expropriante só será imitido na posse do bem desapropriado depois de pagar ou consignar em juízo o pagamento do preço fixado. Para se apurar o valor dos bens, a Administração Pública, por meio de seus técnicos, deverá avaliá-los. Caso o expropriado concorde com o preço oferecido, esse poderá até mesmo não corresponder exatamente à uma indenização justa. Contudo, não concordando o expropriado com o preço oferecido, por entender que ele não corresponde aos termos da indenização prevista na Constituição, e não havendo acordo, caberá ao expropriante ajuizar a competente ação de desapropriação, devendo o valor da indenização ser fixado pelo Poder Judiciário, por meio de sentença, proferida pelo juiz na audiência de instrução e julgamento ou, quando não se sentir habilitado a decidir, no prazo de dez dias (cf. art. 24 do Decreto-lei n.3.365/1941)

9. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA

Segundo os léxicos, desapropriar significar privar alguém da propriedade; expropriar, desapossar³⁴⁵.

Os prefixos *des* e *ex* transmitem ao vocábulo a que se agregam a faculdade negativa que têm na língua originária, a de esvaziar ou contrariar a idéia nuclear do vocábulo primitivo a que se incorporam; Daí que, se apropriação, termo formado de próprio, cognato de propriedade, encera a idéia fundamental de tornar próprio, incorporar, agregar, adquirir, os antônimos desapropriação e expropriação agasalham a idéia

5 Cf. Aurélio Buarque de Holanda, **in Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa, 3. ed. Ver. Ampl. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999, p. 633 e 684, e Antonio Houaiss e Mauro de Salles Villar, **in Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 956 e 1.290.

oposta e negativa, de perda, desincorporação, desagregação, afastamento, privação do que é próprio, perda da propriedade⁶.

A desapropriação é valioso instrumento jurídico para a consecução dos ditames constitucionais de justiça social e do interesse público, ou seja, a dimensão pública dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade⁷.

A desapropriação é o exercício do direito do Estado, mas é, também, um dever que ele se impõe de prover ao bem público. Ou seja, quando o Estado desapropria, ele não comete violência, nem abuso de poder, mas exerce um direito funcional e constitucional.

Ambos os Princípios jurídicos são pedras fundamentais do Estado Democrático de direito.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁸ conceitua a desapropriação como sendo “o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, imõe o proprietário a perda de um bem, substituindo o em seu patrimônio por justa indenização”.

JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES⁹ entende que “desapropriação é o instituto de direito público, que se consubstancia em procedimento pelo qual o Poder Público (união, Estados-membros, Territórios, Distrito Federal e Municípios), as autarquias ou as entidades delegadas autorizadas por lei ou contrato, ocorrendo caso de necessidade ou de utilidade pública, ou, ainda, de interesse social, retiram determinado bem de pessoa física ou jurídica, em diante justa indenização, que, em regra, será prévia e em dinheiro...”.

O instituto encontra fundamento no art. 5º, XXIV, da Constituição, que exige a existência de lei disciplinadora do procedimento, elege pressupostos da necessidade ou utilidade pública ou do interesse social e da justa e prévia indenização em dinheiro, *verbis*: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou

⁶ CRETELLA, Júnior. **Tratado Geral da Desapropriação**. Rio de Janeiro; Forense, v. 2, 1987.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008., P.58 e ss.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 153.

⁹ SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5. ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

utilidade pública ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta constituição”.

SEABRA FAGUNDES¹⁰ assinala que existe necessidade pública “quando a Administração está diante de um problema inadiável e permanente, isto é, que não pode ser removido, nem procrastinado, e para cuja solução é indispensável incorporar, no domínio do estado o bem particular”, enquanto há utilidade pública “quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível” e que a hipótese é de interesse social “quando o estado esteja diante dos chamados interesses sociais, isto é, daqueles (...) concernentes à melhoria nas condições de vida, à mais eqüitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade”.

Para os administrativistas, a desapropriação, do ponto de vista teórico, é o procedimento pelo qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público, representando um sacrifício de direito imposto ao desapropriado; em sentido estrito, é o procedimento complexo de direito público, mediante o qual o estado, necessitando de um bem para fins públicos, subtrai a propriedade desse bem, pagando indenização prévia, justa e em dinheiro; ou é o procedimento público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização; ou é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, por meio de prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública e ou interesse social impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.

Para os civilistas, é geralmente conceituada como sendo forma de perda da propriedade . Nesse sentido Washington de Barros Monteiro diz que pela expropriação o titular perde a propriedade, que se transfere, por necessidade ou utilidade pública e também por interesse social, para o patrimônio do expropriante; opera-se a passagem do domínio para a entidade que promove a desapropriação. Diz-se que é a perda

¹⁰ FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo PODER Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984. p.297.

compulsória do bem, por decreto expropriatório emanado da autoridade administrativa competente, mediante o pagamento da indenização prévia e justa, nas casos de necessidade ou utilidade pública e interesse social. Para alguns civilistas, a desapropriação no direito positivo brasileiro consiste numa forma de retirada de um bem particular, passando o domínio do ente público que o venha a desapropriar, mediante processo judicial ou não, com base nos motivos que permitem a desapropriação. Pagando-se ao particular, em dinheiro, prévia e justa indenização.

A jurisprudência também tem se manifestado no sentido de que a desapropriação é forma originária de aquisição de propriedade, sendo o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, por meio de prévia declaração de necessidade publicam utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, mediante a justa indenização em dinheiro; e o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem substituído-o em seu patrimônio por justa indenização.

Pelo que se depreende, a desapropriação pode ser vista como um instrumento de que se vale o Estado como meio de solucionar e harmonizar uma situação antagônica entre o interesse público e o interesse do proprietário. No caso de a necessidade ou o interesse público reclamarem a utilização de um determinado bem, colidindo, portanto, com o interesse do proprietário em se manter como seu titular, prevalecerá o interesse público. Buscando evitar que essa transferência acarrete maiores prejuízos ao proprietário, o ordenamento jurídico elegeu o processo expropriatório como meio idôneo para lograr a satisfação dos interesse públicos sem prejuízo do direito do proprietário. Em regra, as norma que tratam do processo expropriatório identificam as hipóteses de necessidade-utilidade pública e estabelecem a indenização prévia como requisito essencial à desapropriação.

Nas desapropriações para fins de utilidade ou necessidade pública, o direito de propriedade é suprimido ainda que se esteja cumprindo a função social. É dizer, com base na supremacia do interesse público, retira-se compulsoriamente a propriedade para fins de consecução de objetivos voltados ao bem estar geral. Em tais casos,

tendo-se em vista o princípio da isonomia, exige-se do Estado indenização prévia e justa em dinheiro, para se evitar o sacrifício maior de alguns dos administrados em prol da coletividade.

Rassalta ainda, que a desapropriação não deve significar um sacrifício do direito individual do proprietário, mas sim, uma forma de contribuição para a melhoria das condições de vida da população. Os benefícios obtidos serão revertidos também em favor do próprio expropriado e de suas futuras gerações, já que tem sempre a desapropriação um fim coletivo, de destinação da propriedade ao uso público ou à utilidade social.

Com fundamento nessas observações, a desapropriação como sendo um ato de soberania pelo qual o Estado, por meio das autoridades competentes, retira, coativamente, de uma pessoa física ou jurídica, por motivos de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social, mediante o pagamento de uma indenização, o direito de propriedade sobre determinado bem de qualquer natureza, em proveito do próprio Estado.

A desapropriação, sob esse enfoque, consiste, portanto, em um poder do Estado, já que a possibilidade de expropriar é exercida em decorrência da soberania do Estado, cuja vontade se impõe. De forma coativa, em face do titular da propriedade. Consiste, também, numa atividade estatal, que deverá ser praticada sempre que a necessidade, a utilidade pública, ou o interesse social o exigir.

Sob outro ângulo, consiste em um direito-garantia do proprietário, que só poderá ser privado de seu bem, nas hipóteses que o exigir o interesse público e mediante o pagamento de indenização, na forma prevista em lei. Além do mais, lhe é garantido de forma ampla, o direito ao devido processo legal.

A despeito da relevância acadêmica dessas elucubrações, registre-se que, com o advento do Decreto-lei nº 3.365/194, a distinção entre os casos de *utilidade pública* e *necessidade pública* torna-se irrelevante. Isto porquê, ao revogar o art. 590, § 1º, do Código Civil anterior, o citado Decreto-lei passou a tratar dessas duas hipóteses exclusivamente sob a rubrica *utilidade pública* consoante se infere do rol predisposto no seu artigo 5º, obedecendo, destarte a um mesmo regime jurídico.

10. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade humana como direito fundamental evoca uma perquirição preliminar: quem são os titulares dos direitos fundamentais?

A resposta deve ser refletida à luz de diferentes documentos jurídicos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, traz em seu artigo 1º o seguinte: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, concluímos que, segundo esse documento, os titulares dos direitos fundamentais são “todos os homens”.

Se comparado o texto ao da nossa Constituição de 1988 que optou por “todos são iguais perante a lei [...]”, verifica-se que a diferença se encontra na expressão “todos”. No texto da ONU o significado está entendido como: “... significa cada um e todos os humanos do planeta, os quais haverão que ser considerados em sua condição de seres que já nascem dotados de liberdade e igualdade em dignidade e direitos.”¹¹

Mas, o que seria a dignidade humana?

Com o intuito de se esclarecer o que realmente vem a ser dignidade Rizzatto Nunes¹² aponta que: “dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica”.

Assim, nesse contexto verifica-se um dos papéis do Direito, como instrumento pelo qual se controla a “bestialidade” dos atos humanos, ou seja, controlam-se os impulsos que venham a ser prejudiciais à sociedade como um todo.

A dignidade apresenta-se, pois, como uma conquista da razão ético-jurídica. Seu conceito, porém, não é pacífico.

¹¹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Vida Digna: Direito, Ética e Ciência**. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 17.

¹² **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Doutrina e Jurisprudência. 2. ed.rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2009, p.49.

Ingo Wolfgang Sarlet¹³ assevera que a dependência do elemento distintivo da razão fundamenta-se justamente na proteção daqueles que, por motivo de doença física ou deficiência mental, surgem como especialmente carecedores de proteção. E finalmente: se atribui como objeto da dignidade aquilo que precede qualquer reconhecimento, subtrai-se dela, na procura da “vida humana pura”, a dimensão social, para adquirir-se, por meio disso, a indisponibilidade da dignidade.”

Há também conceitos que traduzem a dignidade da pessoa humana como sendo o “direito a naturalidade” ou ainda “direito a contingência”, o que traz um enorme desconforto, se formos guiados apenas pela razão e autofinalidade.

Nesse contexto Chaves Camargo afirmando que a “[...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.”

Porém até a dignidade pode ser limitada, ou seja, a dignidade de uma pessoa só será ilimitada enquanto não afetar a dignidade de outrem.

E, diferentemente do que se pensa, não é possível a uma pessoa violar a própria dignidade, pois se trata de uma razão jurídica adquirida com o decorrer da história, cabendo então ao Estado a função de zelar a saúde física e psíquica dos indivíduos.

Rizzatto Nunes considera, ainda, a dignidade da pessoa humana como sendo um *supraprincípio* constitucional, entendendo que se encontra acima dos demais princípios constitucionais.

Como princípio fundador do Estado Brasileiro (CF art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana interessa não só pelo seu caráter principiológico, mas também, no presente artigo em estudo, pelo seu relacionamento com os direitos sociais.

O inciso XXIII do art.5º, por sua vez, estabelece que a propriedade deverá atender a sua função social. A própria Carta Magna cuida então de indicar em seu texto o que

¹³ Dimensões da Dignidade: **Ensaio de Filosofia do Direito Constitucional**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005. p. 45-46.

entende por cumprimento da função social. No parágrafo segundo do art.182, estabelece que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Em seguida, no caput do art. 186, preceitua que a propriedade rural atende à função social quando adequada e racionalmente aproveitada, inclusive em relação aos recursos naturais existentes e à preservação do meio ambiente, quando observadas as disposições que regulam as relações de trabalho e desde que a exploração favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Embora majoritário, não é pacífico na doutrina o entendimento de que a função social seja um limite incito ao exercício do direito individual de propriedade. A questão é bem posta por Manoel Jorge e Silva Neto, para o qual há que se diferenciar a propriedade referida como direito individual (art.5º) daquela estabelecida como princípio geral da atividade econômica (art.170, II). Segundo o professor, a primeira acepção diz respeito ao direito à satisfação das condições mínimas de existência através da propriedade, não possuindo qualquer relação que a função social. Para ele, somente na segunda acepção se demandaria a imposição da função social como exigência ao regular exercício do domínio. Nas palavras do autor, não há razão para vincular a propriedade enquanto direito individual à função social, uma vez que seu mau uso pode ser validamente coibido pelo poder de polícia .

Não é essa, contudo, a posição prevalente. Em sentido diametralmente oposto, entende José Afonso da Silva que a Constituição “só garante o direito de propriedade que atenda a sua função social” . É dizer, a propriedade que não cumpre sua função social não recebe proteção constitucional. Para o festejado doutrinador, as restrições decorrentes do desatendimento da função social indicam que a propriedade “não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição de direito privado”, pois somente merece guarida quando instrumentalizada na busca de assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social.

De fato, embora tenha surgido como um direito de roupagem liberal, a propriedade, sob o ponto de vista hodierno, há de ser concebida sobretudo como um meio ao atendimento da dignidade humana e da justiça social.

Posição intermediária é apresentada por Dirley da Cunha Jr. e Marcelo Novelino, para os quais a ausência de função social não implica numa total vulnerabilidade da propriedade, mas sim numa menor salvaguarda constitucional. Para estes, mesmo não se atendendo à função social, não se pode admitir invasões de terras por movimentos sociais organizados, ainda que a pretexto de promover a reforma agrária, tampouco supressão legislativa da instituição da propriedade privada ou a retirada arbitrário do direito de propriedade, sem observância do devido processo legal. Certamente, admitir a absoluta desproteção da propriedade que não atendesse à função social seria permitir tamanha insegurança no seio social que se estaria a comprometer o próprio desenvolvimento do país.

É de se concluir, também, que quer seja pela função social quer seja pelo poder de polícia, a propriedade não se afigura como direito absoluto, assim como não são e não poderia ser absolutos os demais direitos individuais. A relevância desta observação refere-se a necessidade de flexibilizar os tradicionais atributos relacionados à propriedade, a qual era tida como um direito absoluto, exclusivo e perpétuo. Contudo, por se tratar de um direito individual, o estudo dos mencionados limites requer especial cuidado, pois não poderiam estes afetar o núcleo intangível da propriedade, o qual consiste em cláusula pétrea.

Da análise dos aspectos acima mencionado, conclui-se que a desapropriação, quando realizada em consonância com os preceitos e princípios constitucionais, afigura-se como uma limitação legítima ao direito de propriedade. Isto porque sendo destinada ao interesse público primário, demonstra a preocupação, inexistente nos Estados Liberais, com uma política social envolvendo institutos antes hermeticamente “blindados” pelas disposições dos códigos civis.

Trata-se de salutar opção do constituinte a de vincular a função social à proteção da propriedade, o que, contudo, não suplanta a carência de tratamento mais detalhado da desapropriação para fins de utilidade e necessidade pública.

Aliás, haveria que se conferir expressos limites à supressão da propriedade nos dois casos acima mencionados, sob pena de se permitir uma perigosa amplitude na discricionariedade estatal, passível, inclusive, de corromper o interesse público

primário em exclusivamente secundário e submisso ao arbítrio do poder público. Sob esse aspecto, a dignidade da pessoa humana deve ser observada a fim de reduzir a vulnerabilidade dos particulares na hipótese de, por exemplo, o poder público optar pela desapropriação por zona face a sua incapacidade ou desinteresse em instituir contribuição de melhoria na região.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afirmar, então, que os princípios são os elementos que expressam os fins que devem ser perseguidos pelo estado (em sua acepção mais ampla), vinculando a todos os entes e valendo como um impositivo para o presente e como um projeto para o futuro que se renova cotidianamente, constituindo-se numa eterna construção da humanidade.

Daí que Kant, o principal teórico na construção do princípio da dignidade da pessoa humana, parte da premissa de que nenhuma pessoa é passível de valoração, pois, sendo detentora de racionalidade gera a possibilidade de autoafirmação, ou seja, a liberdade em seu sentido amplo. Dessa metafísica, dessa transcendentalidade do homem é que surge a dignidade e a liberdade, que nada mais são do que valores respaldantes de todo o ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988 erigiu ao mesmo patamar de direito individual tanto o direito de propriedade quanto o poder-dever do Estado em desapropriá-la quando diante de situações excepcionais pautadas em interesse e utilidade públicas bem como no caso de interesse social. Isso indica o cuidado em coadunar um direito historicamente absoluto e perpétuo, como é o direito de propriedade, com a nova proposta de Estado Constitucional de Direito. Outrossim, não mais se concebe institutos como exclusivamente de direito privados e alheios à eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

Percebe-se ainda que a preocupação em preservar o direito de propriedade deve sim subsistir como manifestação de um Estado verdadeiramente democrático, ao qual cabe garantir ao particular o mínimo de segurança jurídica, apta a proporcionar uma

existência digna. Além disso, para que se possa caminhar no sentido do verdadeiro desenvolvimento nacional, o qual, por óbvio, não se restringe ao âmbito econômico, o direito de propriedade deve ser assegurado como prioridade.

Com efeito, para ser justa e para que não ocorra ferimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, deverá representar o seu valor real ou valor de mercado, ou seja, traduzir numerário tal qual permita ao expropriado adquirir outro imóvel, tanto quanto possível, em iguais condições físicas que a propriedade desapropriada. Porquanto, qualquer valor de indenização que não permita ao expropriado adquirir propriedade fisicamente semelhante à desapropriada, divorcia-se do mandamento constitucional da justa indenização, atingindo por conseqüência o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre esse aspecto, merece crítica, como já mencionado, a escassez de regulamentação constitucional acerca da desapropriação para fins de utilidade e necessidade pública em contraste com o exaustivo tratamento dispensado à desapropriação para fins de interesse social.

Com maior razão, deveria o constituinte se preocupar com a hipótese mais invasiva de desapropriação, ao menos do ponto de vista individual, que é aquela em que a despeito de o proprietário lhe conferir uma função social, prevalece o interesse público na supressão do bem. Ora, uma intervenção de tal monta não pode ser relegada ao arbítrio do poder público que, não raras vezes subverte o interesse público primário em secundário.

Afora isso, percebe-se que o instituto da desapropriação, conforme disposto na Carta Magna, e desde que observados os princípios basilares tanto da administração pública, em particular quanto aqueles que orientam a própria República Federativa do Brasil, é medida estratégica para a construção de uma sociedade menos discrepante e excludente.

12. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. Direito Administrativo 4ª edição revista e atualizada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. (Elementos do Direito, v.2);

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2010;

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001;

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Método, 2008;

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo 26ª edição, revista e atualizada - São Paulo: Malheiros Editores, 2005;

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006.

<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>, acessado em 18/07/2011.

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=44, acessado em 19/07/2011.