

ADALBERTO PINTO DE BARROS NETO

**A RETROCESSÃO EM SEDE DE DESAPROPRIAÇÃO NO
DIREITO ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Victor Dias

**BRASILIA
2010**

RESUMO

O que se pretende em primeira instância com o presente trabalho científico é demonstrar que a questão da retrocessão não se exaure apenas em ambiente acadêmico, mas é prolatora de efeitos jurídicos na órbita sócio-jurídica. Contudo, antes de debruçar-se em um estudo envolto de muita acuidade acerca da retrocessão, faz-se mister perpassar pela análise de institutos que não só lhe são correlatos, como também essenciais ao seu entendimento, tais como o direito de propriedade e a desapropriação. A retrocessão nada mais é que um corolário fático da desapropriação e, esta, por sua vez, encontra fundamento no direito de propriedade. A propriedade há muito tempo rompeu com uma tradição de direitos absolutos para dar azo a um direito individual, mas que deve ser exercido com olhos volvidos para o interesse público dominante, o que enseja a intervenção estatal para tanto. Diante deste panorama, a decretação da perda da propriedade pelo procedimento desapropriatório tem como subsídio único a consecução dos anseios da coletividade, conforme a ordem constitucional vigente. Todavia, este interesse público, em alguns momentos, não serve de lastro nem de marco para a atuação do Estado. A propriedade imobiliária de que fora despojado o expropriado não fora utilizada como instrumento de satisfação do interesse social, logo, suscita o questionamento acerca do destino desta propriedade. São nestes termos que surge o instituto da retrocessão, indagando se haverá a necessidade de apenas assegurar ao expropriado uma justa indenização ou se pode este postular a volta do bem ao seu domínio. O presente trabalho monográfico, através de caudalosa pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, objetiva traçar os caminhos juridicamente viáveis para o esclarecimento do referido instituto realçando sua verdadeira natureza.

Palavras-chave: Direito de Propriedade, desapropriação e retrocessão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 O DIREITO DE PROPRIEDADE.....	7
1.1 Histórico da propriedade	7
1.2 Aspectos conceptuais do direito de propriedade.....	12
1.3 A função social da propriedade.	16
2 DESAPROPRIAÇÃO	31
2.1 Evolução do instituto da desapropriação no sistema constitucional brasileiro.	33
<i>2.1.1- A Desapropriação na Constituição de 1988.....</i>	<i>37</i>
2.3 A desapropriação no Decreto-Lei 3.365 de 1941.....	40
2.4 As primeiras bases da retrocessão na Lei das Desapropriações.....	44
3 RETROCESSÃO.....	47
3.1 A retrocessão no âmbito da teoria da nulidade dos atos administrativos	49
3.2 O Destino da propriedade objeto da retrocessão	52
<i>3.2.1 Retrocessão como um Direito Pessoal.....</i>	<i>53</i>
<i>3.2.2 Retrocessão como direito Real.....</i>	<i>57</i>
<i>3.2.3 A Teoria Mista.....</i>	<i>61</i>
3.3 Retrocessão no Atual Código Civil de 2002.....	65
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

Os casos de desapropriação no Brasil tem apresentado números ingentes no últimos anos¹. Em 2006 foram desapropriadas 538,6 mil hectares de terra, no ano subseqüente, 204,5 mil hectares. De antemão, sabe-se que não é forçoso asseverar que a desapropriação é uma das modalidades de intervenção na propriedade que mais ofende o direito do particular. Nesta esteira, acreditar que todos os procedimentos desapropriatórios obtiverem êxito quanto a sua finalidade é, no mínimo, ingenuidade. Qualquer pesquisa jurisprudencial por mais pífia que ela seja acerca de desapropriação, cai por terra qualquer argumento neste sentido.

Apesar do “mar de dissensões” que plasmaram-se no decorrer do tempo, a propriedade galgou um jaez sublime, isto é, convenções internacionais (Carta da ONU dos Direito do Homem e Cidadão), tratados entre Estados, ordenamentos jurídicos internacionais, todos esses documentos e outros mais elevaram-na, enfim, à categoria de Direito Fundamental de primeira geração, conforme preleciona a doutrina moderna.

No Brasil, atualmente, com a superveniência da Constituição Federal de 1988, a propriedade é elencada como direito individual. Pois bem. Não se pode falar que tal direito é absoluto, ilimitado ou incondicionado. Qualquer afirmação nesse sentido é temerária. O direito de propriedade deve ser exercido sob o império do princípio da função social da propriedade, previsto no artigo 184,§ 4º da Carta magna, que, em termos pragmáticos, significa ao adequado aproveitamento do solo urbano. Pergunta-se: Quem possui a atribuição de aferir se há ou não o

¹ Disponível em: <www.brasilatual.com.br> . Acesso em: 22 abr. 09.

adequado aproveitamento da propriedade? Que critérios serão usados? Como mensurá-los? Encontra-se aqui a necessidade do uso legítimo do poder de polícia que Poder Público detém para regular tais situações, caso contrário, abrir-se-ia azo à justiça privada. O Estado, em tais situações, deverá tomar qualquer medida sob os auspícios do interesse público. Maria Sylvia Zanella Di Pietro em lição lapidar ressalta:

Não podem, no entanto, esses poderes ser exercidos ilimitadamente, porque coexistem com direitos alheios, de igual natureza, e porque existem interesses públicos maiores, cuja tutela incumbe ao Poder Público exercer, ainda que em prejuízo de interesses individuais. Entra-se aqui na esfera do poder de polícia do Estado, ponto em que o estudo da propriedade sai da órbita do direito privado e passa a constituir objeto de Direito Público e a submeter-se a regime jurídico derogatório e exorbitante do direito comum.²

O Estado passa a vislumbrar a necessidade iminente de intervir nesse direito, ou seja, na propriedade. E uma das formas de intervenção é a famigerada desapropriação. A Constituição Federal de 1988 determina em seu artigo 5º, inciso XXIV: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvada os casos previstos nesta Constituição”³. Conceituar “interesse social” ou “utilidade pública” já é uma tarefa um tanto árdua, mas saber como se deve proceder quando a desapropriação não atende aos fundamentos e finalidades que a motivaram, é um trabalho muito mais laborioso. Imagina-se, em um caso hipotético, que o Governo do Distrito Federal determinou a desapropriação de um terreno localizado no Plano Piloto, sob o argumento de construir uma escola. Após todo o procedimento, observou-se que o terreno fora utilizado para construção de uma casa de um dos membros da cúpula governamental do Distrito Federal. Há interesse público neste caso? Houve um atendimento ao princípio da supremacia do interesse público constante no ato expropriatório? Foi

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 67

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 67

através de indagações como essas que aflorou no ordenamento jurídico brasileiro a construção jurídica do direito à retrocessão.

A retrocessão, em adiantamento do tema, significa justamente a possibilidade de se devolver a propriedade, cuja destinação não foi aquela declarada no ato expropriatório, às mãos do expropriado.

Contudo, em nosso sistema jurídico- administrativo hodierno, a simples devolução do bem ao antigo proprietário é apenas uma das variegadas facetas que a retrocessão pode apresentar. O que será exposto adiante é um estudo metuculoso e pormenorizado deste instituto vetusto, porém, não unívoco no mundo jurídico. Tribunais e a *communis opinium doctorium* ainda se digladiam sobre o tema sem encontrar um solução pacífica, ou melhor, definitiva. Antes do debruce sobre o instituto da retrocessão em si, um panorama histórico do direito de propriedade será traçado, nas suas mais variadas facetas; seguidamente, a desapropriação será objeto de destrinche científico, realçando todos os seus aspectos de relevância imprescindíveis para o entendimento da retrocessão, porquanto é naquela que o referido instituto encontra fundamento. Por fim, defender-se-á a existência da retrocessão em nosso ordenamento jurídico pátrio como instituo autônomo. O anélito desta pesquisa (que não será uma exegese, mas que também não remanescerá na superficialidade) é cingir todas as teorias acerca da retrocessão; como tem sido aplicada no direito brasileiro; a tendência das futuras decisões; a importância de seu surgimento como forma de escudar e sobrelevar o direito fundamental à propriedade; abarcar todas as situações possíveis em que se erige o direito à retrocessão; e expor as teses já consubstanciadas nos conspícuos decisórios dos Tribunais do Brasil.

1 O DIREITO DE PROPRIEDADE

1.1 Histórico da propriedade

É cordato fazer um breve prólogo histórico da propriedade ressaltando seus momentos mais relevantes, particularmente aqueles que mais contribuíram para a sua construção jurídica hodierna erguida pelo ordenamento brasileiro. Richard Pipes, em seu estudo sobre a propriedade, lembra algumas passagens da Idade Média que encetaram uma prematura noção acerca da propriedade:

Durante 90 por cento ou mais da história humana, quando caça e coleta eram as principais formas de atividade econômica, os direitos de posse concentravam-se no controle tribal do território, que era defendido com unhas e dentes dos intrusos; os direitos de propriedade individual estavam dirigidos principalmente para as armas, as ferramentas e outros objetos pessoais. O gado era sempre tratado como propriedade, geralmente tribal. Com a mudança gradual para a vida sedentária centrada na agricultura, os direitos de propriedade transmitiam-se pela família.⁴

Até aqui o autor construiu uma visão rudimentar da propriedade, mas que se aprimora a medida que vê a intervenção do poder público como força catalisadora do processo de formação conceitual do direito de propriedade, o que faz a seguir:

A autoridade pública – o Estado – era um dos subprodutos dessas mudanças. Embora as origens do Estado no seu surgimento foi a transcrição da organização social baseada no parentesco e de uma economia pré-agrícola para outra baseada no cultivo do solo e do território, amplamente forçada pela pressão do crescimento populacional e o aumento resultante de competição por recursos naturais. Nas sociedades sedentárias politicamente organizadas, a propriedade privada ganha importância, porque o solo cultivado requer um cuidado intenso e contínuo. O movimento em direção do controle exclusivo da terra é quase irresistível por razões tanto econômicas como psicológicas: ele

⁴ PIPES, Richard. **Propriedade e liberdade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 142

ocorre mesmo na Europa feudal onde, teoricamente, a maior parte das terras era possuída condicionalmente.⁵

Vê-se que o autor faz uma amálgama entre Estado e sociedade (organização social) na tentativa de lapidar uma noção mais técnica do direito de propriedade. Na verdade, Pipes explica o desenvolvimento da propriedade através da ocorrência de fatos sociais subsidiados pela força normatizadora impositiva do Estado conforme a seguir o autor complementa este raciocínio:

Uma das funções primordiais do Estado é garantir a segurança da posse. Antes do Estado existia apenas posse, título pelo qual o dono afirma, por meio de reivindicação, um longo período de posse e pelo qual goza do apoio dos costumes e, definitivamente, da força; em uma organização política, essa responsabilidade é assumida pela autoridade pública. A transformação de posse em propriedade prossegue em toda parte com uma força inexorável, devendo-se principalmente à instituição da herança, que serve tanto para o dono como para o possessor, mas trabalha em favor do último porque ele tem um controle físico ininterrupto dos objetos em jogo.⁶

Mas essa noção de propriedade apregoada por Pipes, que revela uma concepção mais rudimentar, sem muito rigor técnico, assola o direito de propriedade como um todo, e não assola a propriedade imobiliária em si. Todavia, não é despreciosa a lição explanada pelo eminente historiador. José Rodrigues Arimatéia, Juiz de Direito de São Paulo, em sua obra intitulada *O direito de Propriedade: Limitações e Restrições Públicas*, faz um metucioso estudo acerca da propriedade imóvel ressaltando suas principais fases históricas. Principia descrevendo a existência da propriedade privada na Grécia Antiga:

Já se falava, pelos indícios que se apresentam, em propriedade individual, pois uma das formas de restrição convencional ao direito de propriedade é a enfiteuse, abolida pelo Código Civil de 2002, mas que teve origem na Grécia, passando a Roma através das províncias helênicas, o que indicador da existência da propriedade privada entre o povo grego antigo. A propriedade individual era

⁵ PIPES, Richard. **Propriedade e liberdade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 150

⁶ PIPES, Richard. **Propriedade e liberdade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 150

concedida ao *pater familias*, mas não para seu uso exclusivo e sim para uso familiar, não se olvidando que toda a família estava sujeita à autoridade incontestável do pai que tinha a seu cargo a preservação da religião familiar.⁷

O Estado mancomunado com a Igreja colaborou para construção dessa noção mística e anímica acerca da propriedade. José Rodrigues continua sua pesquisa demovendo o leitor para a Roma antiga:

A propriedade da terra já era conhecida pelos antigos etruscos e, com o avanço das dezesseis tribos para a região do Lácio, tornou-se, basicamente, o divisor de classes sociais na Roma antiga, pois a ela se ligavam outros direitos, como a propriedade de escravos e os direitos próprios da cidadania romana. Em Roma, desde a sua origem, a propriedade sempre foi individual. Os patrícios eram os grades proprietários de terras e, no outro extremo, localizava-se a plebe, composta por artesãos e negociantes. Essa divisão social, constada no final do período da fundação de Roma, modificou o perfil imposto pelos etruscos, seus fundadores, pois os habitantes iniciais do *spetimontium* eram os patrícios e os clientes. Portanto, no início da civilização romana, só os patrícios eram proprietários de terras. Esta era chamada propriedade *quiritária*, regido pelo *ius civile*.⁸

A maior contribuição desse período para a propriedade privada, nos termos do autor, fora o crescimento da plebe que insuflou a necessidade de uma reorganização agrária:

O crescimento da plebe colocou à prova o monopólio político, social e econômico dos patrícios, que se viram diante da necessidade de promover reformas estruturais, não por iniciativa espontânea, mas por pressões exercidas pela plebe organizada, que se direcionava para dois objetivos: a participação política e o acesso à propriedade da terra.⁹

Na mesma linha de raciocínio, o autor continua na transpassar da história, mas agora volve-se para o período feudal:

⁷ARIMATÉIA, José. Rodrigues **O direito de propriedade: limitações e restrições públicas**. 1.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p.74

⁸ARIMATÉIA, José. Rodrigues **O direito de propriedade: limitações e restrições públicas**. 1.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p. 74

⁹ARIMATÉIA, José. Rodrigues **O direito de propriedade: limitações e restrições públicas**. 1.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p.80

Após a queda do império romano, com a simultânea invasão dos bárbaros, a propriedade da terra adquiriu natureza política, pois dela decorreu a soberania e a nobreza dos senhores feudais e do rei. As terras agricultáveis eram tidas como feudos da realeza e concedidas aos senhores feudais para a exploração perpétua e vitalícia, dividindo-se o domínio em direito e útil, o que chegou até nossos dias como enfiteuse. Importante salientar que, na Idade Média, as limitações e restrições ao direito de propriedade verificavam-se em favor dos reis e dos senhores feudais, enquanto que, a partir do século XIX, estas mesmas limitações e restrições foram impostas em favor do bem comum.¹⁰

Sem adentrar acerca da justeza do direito de propriedade, a concentração da terra nas mãos do rei e do senhores feudais, fato vivenciado nesta época, contribuiu também para a definição do que seja o “bem comum”, termo que surgiu mais tarde no século XIX. Isto é, para promoção da paz social o Estado restringe o uso da propriedade sob o argumento de que conduzirá seu uso de forma mais benéfica e útil à sociedade. O autor termina a abordagem sobre a propriedade no período feudal explicando a sua estrutura:

O feudalismo, vigorante por toda a Idade Média, baseava-se no domínio útil da terra conferida ao senhor feudal. Dentro de um determinado espaço territorial, de sua propriedade, o senhor tinha poderes absolutos, impondo comportamentos, estrutura social, administrando a justiça e controlando a economia predominantemente agrária e de subsistência. O direito era próprio de cada feudo e os tribunais e os tribunais eram compostos por juízes a serviço do senhor feudal.¹¹

Fenecendo esse processo histórico, o Professor José Rodrigues discorre sobre a propriedade no período pós- Revolução Francesa:

Tomando a propriedade como um direito natural, nota-se que a Revolução Francesa extinguiu numerosos institutos vigentes no regime político- social anterior, mas não extinguiu a propriedade privada, tão somente modificou a sua disciplina jurídica. Por ser um direito natural do homem, não se pode extinguir a propriedade privada sem que haja sérias conseqüências na estrutura do próprio Estado, pois este se baseia na natureza gregária do homem e não se pode contrariar a natureza sem experimentar sérias conseqüências. A supressão da

¹⁰ ARIMATÉIA, José. Rodrigues **O direito de propriedade: limitações e restrições públicas**. 1.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p. 84

¹¹ ARIMATÉIA, José. Rodrigues **O direito de propriedade: limitações e restrições públicas**. 1.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p.86

propriedade privada pode até ser efetuada, porém, transitoriamente e por meio da tirania, como aquela verificada nos massacres dos Kulaks (proprietários remediados), na extinta União Soviética.¹²

Em um primeiro momento, pode-se afirmar que a Revolução Francesa esboçou as linhas preliminares da propriedade como direito imanente à dignidade humana. Continuando, o autor escreve:

Justificando esta postura, pode-se invocar o desmantelamento dos Estado erigidos sob a concepção socialista, onde a propriedade privada foi abolida, pois até hoje nenhum Estado Socialista conseguiu sobreviver por pelo menos um século. O sistema feudal, que antecedeu a Revolução Francesa, baseado na propriedade privada e numa estrutura social que a privilegia, ultrapassou séculos, até que foi substituído por outro sistema, com a revolução Francesa, mas este, como já ressaltado, não aboliu a propriedade privada, apenas lhe deu nova disciplina jurídica.¹³

Essa nova disciplina jurídica conseguiu conciliar o direito à propriedade individual (ideal já consubstanciado à época do feudalismo), e o interesse público que passou a ser tutelado com mais austeridade pelo Estado; está-se falando da função social.

Prossegue José Rodrigues:

A teoria da função social da propriedade se fez presente entre nós com a constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934, onde foi reconhecido que a propriedade deveria atender a sua função social. A atual Constituição Federativa do Brasil, promulgada em 5 de abril de 1988, dispõe expressamente, no artigo 5º, inciso XXIII, que: *a propriedade atenderá sua função social*. O Código Civil de 2001, na esteira da Constituição República, nos artigos 421 e 1228, parágrafo 1º ao quintoº, consagrou a tória em comento, impondo a sua observância aos contratantes e aos proprietários.¹⁴

¹² ARIMATÉIA, José. Rodrigues **O direito de propriedade: limitações e restrições públicas**. 1.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p.92

¹³ ARIMATÉIA, José. Rodrigues **O direito de propriedade: limitações e restrições públicas**. 1.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p.. 94

¹⁴ ARIMATÉIA, José. Rodrigues **O direito de propriedade: limitações e restrições públicas**. 1.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p. 98

O clímax do processo histórica da propriedade é o surgimento da teoria da função social, e em razão disso, é merecedora de um tópico a parte que será posteriormente tratado.

1.2 Aspectos conceptuais do direito de propriedade

O direito à propriedade sempre foi alvo de discussões infundáveis em todos seus aspectos conceptuais. Vertentes que tangem o viés humanitário ou que apenas alocam-se na zetética jurídica (dogmática), não importa, a propriedade privada sempre saltou aos olhos não só de juristas, mas também de parlamentares ao longo do tempo, com a alcantilada tarefa de regular tal instituto. A filosofia, sob o arguto discurso de Jonh Locke, também imbuiu-se da função de traçar as linhas mestras que regeriam a questão da propriedade nos tempos porvindouros. Para este renomado filósofo que dispensa quaisquer apresentações, o direito de propriedade era um direito natural, advinha do próprio estado de natureza do homem. Este é o ponto nevrálgico de sua teoria. Transcreve-se aqui, em suas próprias palavras:

Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens. Sendo este trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele, pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou, pelo menos quando o que resta é suficiente aos outros, em quantidade e qualidade.¹⁵

Mas esta é uma concepção natural do direito de propriedade, o que será a seguir mais esmiuçado. Antes de mencionar qualquer outra tese mais técnica sobre a propriedade, para um melhor entendimento, deve-se lembrar que a propriedade é, sobretudo, um estado de fato como explica Aroldo Moreira:

¹⁵LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil - e outros escritos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

[...] os homens delimitavam, com precisão, as áreas que consideravam suas e as defendiam com risco da própria vida, exercendo um instinto que existe mesmo nos animais.¹⁶

Perdurou ainda por muito tempo a concepção metafísica da propriedade. O mesmo autor, há pouco citado, explica o teor dessa concepção que enlaçava o homem à terra através de uma relação como que anímica:

Entre a maior parte dos agrupamentos primitivos, os deuses domésticos ou lares ou manes tinham o seu altar assente no solo onde deveriam ficar ad eternum para a adoração pela família, solo que estabelecia vínculo indissolúvel com esta, e ambos, família e solo os deuses protegiam como propriedade sua. É que cada família, tendo os seus deuses e o seu culto, devia ter por estreita correlação a sua terra particular, a sua propriedade, cuja divindade doméstica eram que assegurava o seu direito inalienável e imprescritível a essa mesma propriedade e o seu limite inviolável do domínio, cuja perpetuidade persistia hereditariamente, enquanto persistisse a religião doméstica.¹⁷

Para chegar-se na definição jurídica concisa e completa acerca da propriedade que paira sobre nosso ordenamento atual, é óbvio o raciocínio de que a aspecto metafísico do direito de propriedade, já por ora vetusto, deveria ser solapado da dogmática jurídica. Uma via auxiliadora deste processo fora a filosofia do jusnaturalismo. Imbuindo-se dos ensinamentos de Miguel Reale¹⁸ somente a título de esclarecimento, qualquer preceito que aloca o homem no meio social como força matiz é Direito Natural. A maior contribuição do jusnaturalismo fora demover a concepção do direito de propriedade para o plano terreno, dando-lhe um caráter mais humano, menos místico. Aroldo Moreira, parafraseando o mestre Sílvio Rodrigues, aduz:

[...] a propriedade é inerente à própria natureza do homem sendo condição de sua existência e pressuposto de sua liberdade, e pelo liame do objeto ao sujeito se manifesta uma projeção da personalidade [...]¹⁹

¹⁶ MOREIRA, Aroldo. **A propriedade sob diferentes conceitos**. 1. ed. Rio de Janeiro. Forense. 1996. p. 222

¹⁷ MOREIRA, Aroldo. **A propriedade sob diferentes conceitos**. 1. ed. Rio de Janeiro. Forense. 1996. p.230

¹⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.68.

¹⁹ RODRIGUES, Silva. **Direito das Coisas**.10.ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 364

Visto isso, cabe mais uma assertiva concludente desse raciocínio que vislumbra a propriedade como elemento imanente da natureza humana:

[...] a propriedade privada, e o direito a assegura, refere-se à pessoa humana como uma extensão desta, pois é em primeiro lugar ao homem, à espécie humana em geral, que os bens materiais são destinados pela natureza.²⁰

Esses conceitos da propriedade sob diversos prismas foram, com o passar dos anos, sendo dissecados em seus elementos definidores de modo a moldar-se a uma nova de uma sociedade cada vez mais complexa e repleta de vicissitudes em todos os sentidos. A mistificação e o subjetivismo do jusnaturalismo foram perdendo campo para definições mais normatizadoras de propriedade. Aroldo Moreira em sua exegese sobre a propriedade traça algumas linhas mestras sobre o conceito jusnormativo da propriedade:

A noção de Direito e da norma, como forma expressa mais elevada do ordenamento social, ou como ordenação de valores estáveis, como a propriedade, é compatível com a liberdade, ideal de grandeza e perfeição. O Direito, pela lei, pode limitar a liberdade de cada um na medida necessária à proteção da liberdade de todos, porém, não a suprime, porque precisamente ao limitá-la, e quando a limita, a garante. Do mesmo modo que a lei concilia o direito de propriedade com as exigências do bem comum, longe de mostrar-se inimiga do proprietário, presta-lhe apoio e impede que a posse particular dos bens gere desvantagens e venha, assim, a arruinar-se; não oprime a propriedade, mas defende-a; não a enfraquece, mas reforça-a, pois que ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua propriedade.²¹

Doravante, a propriedade começa ganhar um esteio jurídico como fator essencial para a manutenção da ordem e da paz social limitando direitos, determinando a abstenção de atos e adstringindo a liberdade individual.

²⁰ RODRIGUES, Silva. **Direito das Coisas**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 370

²¹ MOREIRA, Aroldo. **A propriedade sob diferentes conceitos**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 233

Mas nenhuma dessas definições da propriedade galgou jaez tão sublime quanto o conceito jus-social. Aroldo Moreira, mais uma vez, traz uma acertada lição sobre o tema, merecedora de transcrição *ipsis literis*:

De fato, nesse roldão, o conceito de propriedade, em seu conceito original, que, desde de remotas eras, sempre estremeou o poder imanente do proprietário, como instituto em torno do qual gravitavam os demais institutos de direito privado, segundo ainda o paradigma que lhe fora traçado pelo direito romano, vem sendo abalado na sua geratricidade e na sua tipologia, pela prevalência institucionalizante de renovados influxos. Deflagra-se, em verdade, uma ruptura significativa de uma situação historicamente sedimentada, isto é, conceituação individualista, para adotar-se outra predominantemente socialista, produzindo até certo ponto uma fratura no campo ideológico do sistema jurídico, Levando praticamente à sucumbência o individualismo tradicional. Os direitos subjetivos perderam cunho nitidamente egoísta que os caracterizava; limitações mais ou menos extensas lhes foram impostas em nome do interesse coletivo, da ordem pública, dos bons costumes. Nessa colocação, o reação do individualismo jurídico – conforme Orlando Gomes chega ao extremo da negação dos direitos individuais inalienáveis e imprescritíveis, atributos a personalidade, em função dos quais a ordem jurídica deveria disciplinar a conduta do homem na sociedade. Não se quer mais reconhece-los como prerrogativas do indivíduo, senão como concessões da sociedade para que seu exercício se cobre como desempenho da função social. Limitações de toda ordem impõe-se a direitos que outrora se sentiam por absolutos. O direito de propriedade, como concebido atualmente, sofreu nítida transformação, passando o *ius utendi, fruendi et abutendi* para adquirir um perfil de propriedade social.²²

Três elementos fulcrais podem ser extraídos desta acepção de propriedade, quais sejam, a extirpação do subjetivismo que transbordava nas correntes jusnaturalistas; o interesse público sobreposto ao interesse privado; e, por fim, a função social, o principal molde adquirido pela propriedade em todo seu percurso histórico. O vetor principal que contribuiu para o delineamento da função social fora sublevar-se o interesse público como peça basilar à vida em sociedade promovendo uma estrutura capaz de escudar direitos públicos e particulares.

²² MOREIRA, Aroldo. **A propriedade sob diferentes conceitos**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.p. 196

1.3 A função social da propriedade.

O marco da construção jurídica da função social da propriedade liga-se umbilicalmente à quebra da visão egocêntrica do particularismo proprietário conjugada com o paternalismo estatal cada vez mais ascendente. Ivan Chemeris, em sua obra *A função social da propriedade: O papel do judiciário diante das invasões de terras*, contribui para a explanação do tema:

A partir da segunda metade do séc. XIX, as crescentes demandas sociais e o afloramento das contribuições do Estado liberal geram profundas disparidades sociais, que, junto à crescente complexidade das relações econômicas, fazem emergir as contradições entre o interesse na preservação do Estado mínimo e a necessidade de intervenção do Estado na economia de mercado. Surge a Idéia do Estado Social.²³

Esse Estado Social que Chemeris se refere é justamente aquele cujo traço personalíssimo é a intervenção do Estado de modo a dar primazia aos mais fracos. O conhecido Estado Democrático de direito é justamente uma amálgama entre a concepção liberal e social do Estado, isto é, ao mesmo tempo que se garante um direito ao cidadão simultaneamente a força imponível intervencionista do Estado deve regulá-lo. Lênio Streck sobre o Estado Democrático de Direito:

[...] tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.²⁴

²³ CHERMERIS, Ivan. **A função social da propriedade: o papel do judiciário diante das invasões de terras**. 1. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. p. 198

²⁴ LUIS STECK, Lenio. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 56

Sobressaltando a linha do tempo, A constituição Federal de 1988 prevê que a propriedade atenderá a sua função social. Ivan Chemeris ainda afirma:

A modificação que a noção individualista de propriedade vem sofrendo revela que a propriedade não se sujeita somente ao Direito Privado, mas é tratado pelo Direito Público, passando a ser regulada pelo Direito Constitucional. Essa modificação é decorrência do modelo de organização política, adotado pelo constituinte de 1988, ou seja, o Estado Democrático de Direito, no qual se leva em conta, além de liberdade, a igualdade, o pluralismo político, também dando ênfase à justiça social.²⁵

Continua o mesmo autor:

Assim, a função social da propriedade vem densificar e materializar o princípio de igualdade, da cidadania e da dignidade da pessoa humana, primando pelo equilíbrio evocado pelo conteúdo social positivado no Estado Social e democrático de Direito, moldado na Constituição Brasileira, contrapondo-se à desigualdade apregoada por Rosseau, no sentido de minimizá-la. Ainda, segundo Jorge Miranda, “a idéia de função social aparece como uma fonte de restrições quer como novo fundamento para a propriedade e para a iniciativa privadas.”²⁶

Nesta mesma esteira, dialogando com o autor Chemeris, toda essa amálgama entre os ideais sociais e de liberdade deságuam no princípio motor do Estado democrático de Direito, o princípio da dignidade humana. Sobre a dignidade humana e o estatuto proprietário:

O estatuto proprietário passa a ser informado pelo princípio da dignidade humana, de modo que, tanto tópica como abstratamente, uma hierarquização axiológica que primasse pelo patrimônio acima da pessoa humana resultaria na quebra no sistema jurídico do Estado Social e democrático de Direito.²⁷

Mas toda essa pujança jurídica angariada pela função social no decorrer do tempo, possui, com certeza, um marco histórico. Ivan Chemeris ressalta a influência da Igreja

²⁵ CHERMERIS, Ivan. **A função social da propriedade**:o papel do judiciário diante das invasões de terras. 1. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. p. 200

²⁶ CHERMERIS, Ivan. **A função social da propriedade**:o papel do judiciário diante das invasões de terras. 1. ed.. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002.p. 201

²⁷ CHERMERIS, Ivan. **A função social da propriedade**:o papel do judiciário diante das invasões de terras. 1. ed.. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. p. 213

com sua doutrina de cunho social. Prudente transcrever as palavras do autor para o entendimento histórico do tema:

A doutrina clássica do direito natural entende que a propriedade é exatamente um dos direitos naturais. A propriedade significa o direito de todo homem de apropriar-se dos bens que são necessários para si próprio. A apropriação de bens seria um dos direitos naturais do homem, decorrentes simplesmente de uma inclinação da razão e previstos desde que o homem é homem, em razão da natureza que Deus lhe deu. O jusnaturalismo, inspirado em critérios de equidade e justiça, proclamou, posteriormente, que a função social da propriedade é traduzida na necessidade de utilização do bem enquanto instrumento de realização divina.²⁸

Em primeira instância, analisa-se que o jusnaturalismo ajudou a evidenciar valores como justiça e equidade, valores estes que foram albergados pela doutrina cristã como se observa a seguir, conforme o mesmo autor:

A doutrina da igreja segue o parâmetro do direito natural, especialmente a partir do século XIX, da célebre encíclica de Leão XII, de 1891, *Rerum novarum*, que afirma que a propriedade é um direito natural, inclusive a propriedade dos bens de produção. Na doutrina social da igreja, a propriedade é uma garantia de liberdade e dignidade humana, bem como é um instrumento importante de proteção de família. Porém, afirma ter a propriedade uma função social, A propriedade não se destina apenas a satisfazer os interesses do proprietário, a trazer-lhe benefícios; significa, também, uma maneira de atender às necessidades de toda a sociedade. O proprietário seria uma espécie de procurador da sociedade, para gerir os bens que são seus, no seu interesse, mas também no interesse da sociedade, ao atendimento das necessidades sociais.²⁹

Diferente do que possa parecer, vê-se, então, que no século XIX a doutrina cristã já conjugava valores sociais e de liberdade a serem incutidas no exercício do direito de propriedade. Pode-se dizer que, tinha-se já uma noção embrionária do que viria a ser a função social. Conforme expõe o autor, aquele que possuía o domínio da terra deveria volver-se para as agruras e dissabores da sociedade a fim de expurgá-las do seio social. O proprietário, então, como

²⁸ CHERMERIS, Ivan. **A função social da propriedade**:o papel do judiciário diante das invasões de terras. 1. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. p.213

²⁹ CHERMERIS, Ivan. **A função social da propriedade**:o papel do judiciário diante das invasões de terras. 1. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002.p.216

bem disse Chemris, é uma espécie de procurador da sociedade, utilizando a propriedade como um escudo protetor contra as mazelas sociais, como a pobreza e a miséria reinantes.

O poder, para a doutrina social da Igreja, deve ter como anélito o “servir”. O direito de propriedade, visto como uma espécie de poder para os dogmas da Igreja, deveria servir a sociedade.

No século XX, a função social passa a ganhar contornos mais definidos e pragmáticos, isto é, passou a figurar como um elemento cogente, integrante de qualquer ordenamento jurídico calcado em um Estado democrático de Direito. Jean Jaques Erenberg, em um estudo sobre a função social da propriedade ensina:

Já na segunda metade do século XX o conceito de função social da propriedade evoluíra, distanciando-se da doutrina de Comte e recebendo influência do constitucionalismo social de Weimar e do México, bem como da Revolução Russa. A Constituição Mexicana, de 1917, ainda em vigor, foi a primeira carta a sistematizar, em seu artigo 123, os direitos sociais do homem, sem, no entanto, romper com o regime capitalista. No mesmo ano se dá a Revolução Soviética na Rússia, instituindo o primeiro regime socialista naquele país, regime esse que se espalhou de forma a tocar um terço da humanidade 40 anos depois.³⁰

O direito de propriedade começa a ser inserto nas Leis Magnas dos Estados como um direito social. As constituições mexicana e russa não normatizam de modo contundente a função social da propriedade, porém já fazem erigir uma noção mais “solidária” do direito de propriedade. A Carta Política da Alemanha (Weimar) de 1919 que de fato conferiu força normativa à função social, como demonstra o autor:

Em 1919 Foi promulgada a Constituição de Weimar, na Alemanha, que arrolava uma série de direitos individuais e sociais dos alemães. Essa Constituição é considerada o primeiro texto constitucional a positivizar o princípio da função

³⁰ EREBERG, Jean Jaques. **Função social da Propriedade Urbana**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008. p.102

social da propriedade. A constituição de Weimar acaba influenciando o constitucionalismo do pós- guerra, inclusive com reflexos na Constituição brasileira de 1934. Entretanto, tanto na Alemanha, como no Brasil, a função social da propriedade, embora positivada em nível constitucional, não teve conseqüências práticas de relevo. Apropriada por regimes autoritárias, mais com o objetivo de justificar a acumulação estatal de riquezas, o conceito da função social da propriedade evoluiu em meio a turbulências sociais até conquistar, no final do século XX, um grau de maturidade teórica que pode permitir uma compreensão mais ampla de seu significado. Resta esperar que o ambiente político e social permita que o princípio opere as transformações para as quais tem potencial.³¹

O autor mencionado traça um panorama histórico vigente no século XX percorrendo pelas primeiras Constituições que se encarregaram de normatizar a função social da propriedade. A partir do marco que fora a Constituição de Weimar, já se tem não mais uma concepção restrita e prematura da função social, e sim, passa a vigorar neste período uma estrutura jurídica impositiva e com força cogente. Ressalte-se, que, adentrar-se-á com mais contundência nos conceitos da função social e no seu enquadramento legal no ordenamento jurídico brasileiro em linhas posteriores. Não obstante, é importante já trazer à lume mais uma lição de Jean Erenberg:

O modelo adotado pela Constituição de 1988 é o capitalista, tanto que, a par de constar do rol de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos (artigo 5º, inciso III), justificando a permanência da idéia de propriedade privada num Estado de bem- estar social. Assim temos que a função social da propriedade é elemento intrínseco do conceito de propriedade, que o formata de maneira a adequar-se ao ideário de tendência socializante e publicizante que permeia a ordem constitucional fundada em 5 de outubro de 1988.³²

O autor apenas faz questão de realçar que o modelo adotado pelo ordenamento constitucional foi o capitalista e não o socialista como se poderia imaginar, visto que o viés social é reinante na concepção de função social da propriedade.

³¹ EREMBERG, Jean Jaques. **Função social da Propriedade Urbana**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008. p.115

³² EREMBERG, Jean Jaques. **Função social da Propriedade Urbana**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008. p.120

Pode-se concluir que a função social da propriedade não pode ser efetivada sem acurar-se do interesse da coletividade, não se podendo mais conceber um exercício de direito dirigido a satisfazer apenas um interesse individual ou particular, não quando se trata de direito de propriedade.³³

Passa a ser impendente agora, fazer um delineamento da função social da propriedade quanto a sua inserção do ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, recorre-se às lições magistrais de Ivan Chemeris:

A concepção de função social no Direito Brasileiro, segundo Benedito Ferreira Marques, não é recente. Já nos tempos das sesmarias, no período colonial em nosso país, havia preocupação com o cumprimento da função social da propriedade, ente as obrigações impostas aos sesmeiros, se inseria a de cultivar a terra, portanto, dando-lhe sentido de aproveitamento econômico.³⁴

É certo, que o mestre Ivan Chemeris refere-se a noções embrionárias da função social no Brasil, desprovida de força judicializante. Contudo, Priscila Ferreira Blanc fornece uma importante aula sobre a função social no histórico das Constituições brasileiras:

As constituições brasileiras de 1824 e 1891 traziam a plena garantia ao direito de propriedade, não havendo qualquer limitação, ressalvadas tão-somente as hipóteses de desapropriação por necessidade ou utilidade social. A primeira constituição a abrigar a idéia da função social da propriedade foi a de 1934 que, em seu art. 113, nº 17, garantia o direito de propriedade, mas vedava seu exercício de forma contrária ao interesse coletivo. Nessa época, João Mangabeira, que participava da comissão de redação de parte do projeto da Constituição, já defendia que o direito de propriedade deveria ser garantido conforme conteúdo e limites definidos em lei específica. Em 1937, seguindo as idéias defendidas por Mangabeira, a Constituição garantiu o direito de

³³ BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano e função social da propriedade**. 1. ed. Curitiba: Juará Editora, 2005. p.336

³⁴ CHERMERIS, Ivan. **A função social da propriedade: o papel do judiciário diante das invasões de terras**. 1. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. p.225

propriedade, deixando a cargo de lei ordinária a definição de seu conteúdo e seus limites, conforme constava do art. 122, n. 14.³⁵

Continua a autora:

Ao vincular o uso da propriedade ao bem-estar social, bem como a autorização dada ao legislador para intervenção no domínio privado em prol de toda a coletividade. A Constituição de 1967, em relação à garantia do direito de propriedade, praticamente transcreveu o em seu art. 153, par. 22, o texto da Carta anterior. A evolução ocorreu no capítulo destinado à ordem econômica e social, onde a função social da propriedade era elencada no art. 160 como um dos princípios a serem utilizados para a realização do desenvolvimento nacional e da justiça social. Entretanto, foi na Constituição de 1988 que o princípio da função social da propriedade recebeu a devida atenção, onde aparece repetido em vários capítulos.³⁶

Observa-se que a função social chega a sua ascensão máxima na constituição de 1988. A sua integração no campo da propriedade na atual Constituição Federal de 1988 originou três efeitos práticos, de acordo com Chemris:

a) Cláusulas pétreas. O primeiro efeito prático é que os direitos e deveres individuais são cláusulas pétreas da Carta brasileira, não admitindo emenda para a sua alteração. De fato, regula a Constituição: Art. 60 (...), §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) IV. Os direitos e garantias individuais. Assim, a conclusão inevitável é que a “função social da propriedade” é cláusula pétrea, não podendo ser alterada ou suprimida da carta, nem ameaçada ou desconsiderada.³⁷

Até aqui há apenas uma declaração de um preceito constitucional constatando que a função social integra o rol dos direitos fundamentais e, portanto, insuscetível de abolição.

b) Aplicação imediata. O segundo efeito prático é que as normas de direitos e deveres individuais têm aplicação imediata. É o oposto do que acontece com as normas de princípio gerais da atividade econômica, que são meramente programáticas e principiológicas da legislação complementar da Constituição.

³⁵ BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano e função social da propriedade**. 1. ed. Curitiba: Juará Editora, 2005. p.169

³⁶ BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano e função social da propriedade**. 1. ed. Curitiba: Juará Editora, 2005. p.170

³⁷ CHERMERIS, Ivan. **A função social da propriedade: o papel do judiciário diante das invasões de terras**. 1. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. p.245

Ordena a Constituição Federal de 1988: Art. 5º (...),§1º, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.(...)³⁸

Corroborando com os argumentos constantes neste item “b” explicado por Chemeris, Ferreira Blanc aduz que:

Não bastassem essas demonstrações da auto-executoriedade da função social da propriedade, lembramos que, com a aprovação do Estatuto da Cidade, já ressaltou regulamentado o capítulo da política urbana onde se insere a função social da propriedade, deixando a então considerada norma programática de ter sua eficácia limitada, passando desde 10.07.2001 a ter eficácia plena.³⁹

E, por último:

c) Obrigação do proprietário de cumprir a função social da propriedade. O terceiro efeito prático a se mencionar é que, inserindo a função social da propriedade no seu art. 5º, entre os “direitos e deveres individuais”, a Constituição criou um dever ao proprietário para que dê aproveitamento adequado do que é seu.⁴⁰

O direito do cidadão de “ter” a propriedade somente se legitima se caso haja o adimplemento da função social, tornando-se um verdadeiro dever imposto ao indivíduo.

Vistos estes pontos principais acerca do histórico da função social e sua inserção nos postulados constitucionais, é importante atentar-se, doravante, a uma noção mais técnica da função social dentro do contexto, é claro, da Constituição de 1988. Adentrando neste tema, pode-se encetar pela divisão constante na Carta Magna sobre a função social na propriedade urbana e na rural.

³⁸ CHERMERIS, Ivan. **A função social da propriedade**:o papel do judiciário diante das invasões de terras. 1. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. p.136

³⁹ BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano e função social da propriedade**. 1. ed. Curitiba: Juará Editora, 2005.P.198

⁴⁰ CHERMERIS, Ivan. **A função social da Propriedade**:O papel do judiciário diante das invasões de terras. 1. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002 p.222

Valendo-se das lições do Vitor Dias para discorrer sobre a função social na propriedade urbana, traçar-se-á aqui um conceito de cidade e sua importância para a coletividade.

Conforme o Autor acima aludido:

A cidade como espaço urbano designa um espaço como extensão limitada, em oposição ao espaço rural circundante, atraindo para si a diversidade fomentadora do desenvolvimento da humanidade em comunidade (genoespaço). O espaço urbano pode ser definido através de suas características demográficas, de morfologia, de suas funções e do seu papel econômico e social. Isto é cidade.⁴¹

Prosseguindo o Professor:

O “direito à cidade” é terminologia de um movimento de retomada do espaço urbano como pertencente ao cidadão, que encontra no espaço público o locus de viabilização democrática da fruição da cidade naquilo que solidariamente lhe é fundamental, a qualidade de vida urbana. Além da necessária contextualização da cidadania, a qualidade de vida urbana faz presente a instrumentalização de seu ideal, por um desenvolvimento equilibrado, em que os meios jurídicos desempenham o papel relevante de concretização das políticas urbanas.⁴²

Entendido o que vem a ser cidade, o espaço urbano, e sua importância para o interesse público, discorrer sobre a função social da propriedade urbana se torna uma tarefa mais fácil. Para isso, transcreve-se as palavras de Jean Erenberg:

O artigo 182 da Carta de 1988 determina, em seu parágrafo 2º, que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação a cidade expressas no plano diretor. Há quem possa entender, à vista de uma interpretação literal e isolada deste dispositivo constitucional, que não incidiria, pura e simplesmente, o princípio da função social da propriedade urbana, ante a inexistência de plano diretor.⁴³

⁴¹ SILVA, Vitor Dias. **Os espaço (urbanos) da cidade**. Disponível em <<http://www.fadisma.com.br>>. Acesso em: 05 de abr. de 09.

⁴² SILVA, Vitor Dias. **Os espaço (urbanos) da cidade**. Disponível em <<http://www.fadisma.com.br>>. Acesso em: 05 de abr. de 09.

⁴³ EREBERG, Jean Jaques. **Função social da propriedade urbana**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008. p.155

O citado parágrafo 2º do artigo 182 da Constituição Federal prevê “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”⁴⁴

Neste contexto, analisa-se que o exercício do direito à propriedade urbana é garantido ao proprietário enquanto este está sob os auspícios do interesse público. As normas constantes na Lei Maior confere uma maior tecnicidade ao conceito de função social na propriedade urbana estabelecendo a exigência de atender aos requisitos constantes no plano diretor. Hely Lopes confere ao plano diretor o seguinte conceito:

[...] conjunto de normas legais e diretrizes técnicas de para o desenvolvimento global e constante do município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local. Deve ser a expressão de aspirações dos munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade-campo. É o instrumento técnico- legal definidor dos objetivos de cada municipalidade e, por isso mesmo, com supremacia sobre os outros, para orientar toda a atividade da administração e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade.⁴⁵

São três os contornos jurídicos básicos do plano diretor, conforme Jean Erenberg:

a) o instrumento jurídico apropriado para instituir o plano diretor é a lei, lei esta de competência do Poder Legislativo municipal; b) o plano diretor deve consistir no instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana; c) a edição de plano diretor é obrigatória para cidades com mais de 20 mil habitantes e facultativa para as demais.⁴⁶

Quanto à função social na propriedade rural na Constituição Federal de 1988 o artigo 186 determina:

⁴⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 set. 09.

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 224

⁴⁶ EREMBERG, Jean Jaques. **Função social da propriedade urbana**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008. p. 254

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.⁴⁷

Sobre a função social na propriedade rural, Ivan Chemreris preconiza:

O regime jurídico da terra fundamenta-se na doutrina da função social da propriedade, pela qual toda a riqueza produtiva tem uma finalidade social e econômica, e quem a detém deve fazê-la frutificar, em benefício próprio e da comunidade em que vive. Essa doutrina, como observa Fernando Pereira Sodero, trouxe novo conceito de direito de propriedade rural, que informa que ele é um bem de produção e não simplesmente um bem patrimonial; por isso, quem detém a posse ou a propriedade de um imóvel rural tem a sua obrigação de fazê-lo produzir, de acordo com o tipo de terra, com a sua localização e com os meios e condições propiciados pelo Poder Público, quem também tem responsabilidade no cumprimento da função social da propriedade agrícola.⁴⁸

O que pode extrair dos ensinamentos de Chemeris e dos dispositivos constitucionais acerca da função social na propriedade rural é que o legislador fora mais além, não só preconizando que a propriedade deva nortear o interesse público mas também que proceda ao adimplemento de normas da legislação trabalhista e ecológica. Mas há um argumento equidistante e insofismável entre a função social na propriedade rural e urbana, qual seja a conciliação entre um direito individual e o bem-estar social. Abonando este argumento, frisa Ivan Chemeris:

Pode-se concluir que há uma preocupação legal de elevação do nível econômico e social da população com a obtenção de maior produtividade e uma melhor distribuição da riqueza; a propriedade não seria apenas um meio para a

⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 set. 09.

⁴⁸ CHERMERIS, Ivan. **A função social da propriedade: o papel do judiciário diante das invasões de terras**. 1. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. p. 288

consecução de interesses particulares, mas, sim um instrumento para assegurar a todos condições de vida digna e de pleno exercício da cidadania.⁴⁹

No capítulo sobre a judicialização da função social da propriedade,

Ivan Chemeris traz uma importante visão acerca da pragmaticidade da função social no plano concreto, isto é, a saída da norma constitucional do texto abstrato para uma eficácia social nas questões agrárias. Contribuindo para a solução desta aresta, Roger Raupp Rios, preleciona que será o caso concreto, as decisões judiciais que se incumbirão de dar uma efetividade prática para o dispositivo legal. Nas palavras do autor:

[...] a identificação nos casos concretos da incidência da norma constitucional da função social da propriedade é tarefa precipuamente atribuída ao labor judicante face aos litígios.⁵⁰

Duas últimas passagens localizadas nas considerações finais do autor Chemeris são dignas de serem transcritas acerca da função social:

Seguindo esse entendimento e considerando que as obrigações de fazer do proprietário, impostas pelo princípio da função social, resultam em interesses difusos da coletividade ou da sociedade, pode-se concluir que a abstenção do proprietário no adimplemento daqueles interesses difusos da comunidade caracterizaria o inadimplemento da obrigação de fazer, podendo levá-lo à perda da posse de um bem da vida. Pois, se o proprietário não cumpre a função e não realiza a função social, desaparece o direito de propriedade. Consequentemente, pode-se entender que a função social, prevista no inciso XXIII, do art. 5º, da Constituição Federal, é um direito subjetivo público, em contraposição à propriedade, prevista no inciso XXIII, do mesmo artigo – aqui, sim, um direito subjetivo individual.⁵¹

E por último o autor conclui:

⁴⁹CHERMERIS, Ivan. **A função social da propriedade**:o papel do judiciário diante das invasões de terras. 1. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. p. 303

⁵⁰RIOS, Roger Raupp. **A propriedade e sua função social na Constituição da República de 1988**. Revista da Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, N°64, 1995. p. 88

⁵¹CHERMERIS, Ivan. **A função social da propriedade**:o papel do judiciário diante das invasões de terras. 1. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. p. 312

Assim, pode-se entender, em contrapartida, que o proprietário tem obrigações impostas pela função social. Se, por um lado, decorre do direito de propriedade a obrigação de vincular os demais indivíduos na condição de sujeitos passivos, pois outro, da função social surge a obrigação de vincular o proprietário, na condição de sujeito passivo aos demais indivíduos na condição de sujeitos ativos. Este vínculo criado pela função social como garantia de interesses difusos, dos demais indivíduos componentes da coletividade, lhes asseguraria a exigibilidade do cumprimento da função social pelos proprietários. Aqueles poderiam exigir destes o cumprimento da função social.⁵²

O que ocorre, na realidade, é uma junção conceitual de tudo que aqui fora exposto sobre a função social, ou seja, uma equivalência de direitos, ao mesmo tempo que se garante um direito individual de propriedade deve-se garantir, concomitantemente, através da posição paternalista estatal, a incolumidade dos interesses coletivos e difusos.

Flávia Maria Leites Fernandes em uma de suas aulas de Direito Administrativo ensina o que seria um conceito mais técnico da função social da propriedade adotando duas interpretações, conforme se vê a seguir:

[...] na primeira, a função social da propriedade praticamente se identificaria com a idéia de poder de polícia do Estado, autorizando o Poder Público a impor restrições ao direito de propriedade em benefício do interesse público. No sentido positivo, o referido princípio autoriza o Poder público a impor obrigações de fazer, a fim de que o imóvel seja utilizado de forma adequada.⁵³

Este revela-se um conceito mais técnico da função social de modo que tenta lhe conferir maior força normatizadora, não deixando o instituto sem efetividade legal e força cogente. A função social, portanto, não deve ser analisada por um ângulo meramente principiológico. De fato, este instituto sobreleva-se em nosso ordenamento como um postulado

⁵² CHERMERIS, Ivan. **A função social da Propriedade: o papel do judiciário diante das invasões de terras**. 1. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. p. 315

⁵³ COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Curso prático de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 556

constitucional, mas, ao mesmo tempo, é dotado de pujança jurídica configurando uma verdadeira manifestação do poder de polícia do Estado na restrição de interesses privados.

Esse retrospecto do direito a propriedade abordando todas as suas nuances faz-se necessário à medida que se estuda institutos mais específicos, ao exemplo da desapropriação. Quando abordava-se a propriedade primeiramente em seu aspecto histórico, viu-se desde já a necessidade da intervenção no Poder Público (monarca) na regulamentação do direito a propriedade como fator essencial a ordem pública. Posteriormente, fora explanado uma concepção filosófica do domínio sobre a coisa imóvel. Nesta esteira, pode-se vislumbrar o direito a propriedade como algo imanente à dignidade humana, esta concepção torna-se uma concretizadora de uma das manifestações do jusnaturalismo. Por fim, trouxe-se ao conhecimento, uma noção técnica procedimental da propriedade, já delineada com contornos mais firmes e esteadas por algum alicerce legal, noção esta que vem positivamente de encontro com o atual Estado de Direito onde há o império da legalidade objetiva. Conclui-se pela confluência destas acepções, o verdadeiro sentido do direito de propriedade que, ao mesmo tempo, cumula a necessidade de ordenação, fiscalização e interferência estatal e o respeito a um direito fundamental. Não seria abusivo dizer que é essa amálgama o ponto fulcral da função social. José Afonso da Silva assevera que:

É em relação à propriedade urbana que a função social, como preceito jurídico-constitucional plenamente eficaz, tem seu alcance mais intenso de atingir o regime de atribuição do direito e o regime de seu exercício. Pelo primeiro cumpre um objetivo de legitimação, enquanto determina uma causa justificadora da qualidade do proprietário. Pelo segundo realiza um objetivo de harmonização dos interesses sociais e dos privativos do seu titular, através da ordenação do conteúdo do direito.⁵⁴

⁵⁴ SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiro, 1995. p. 68.

Portanto, pode-se aferir com a ajuda da lição exposta pelo professor José Afonso da Silva, que não fora frívola a menção a todos aqueles aspectos conceptuais acerca da propriedade, pois foram estes que plasmaram a construção jurídica da função social configurando uma verdadeira balança que sustenta o exercício de um direito individual de um lado, e de outro o interesse da coletividade.

2 DESAPROPRIAÇÃO

Uma das características do atual Estado Democrático de Direito é a possibilidade de intervenção estatal na esfera de algumas garantias individuais para garantir o regular exercício de direitos e promover o bem comum. Uma dessas garantias que podem ser singradas pelo poder estatal é o direito à propriedade. O exercício desse direito poderá ser adstrito sempre que não for adimplido com prudência e temperança, dando margem à intervenção do Estado para limitá-lo e fazer com que se enquadre aos ditames do bem estar social. Em estudo sobre o assunto, Manoel de Oliveira Franco escreve:

Declarar a perda de propriedade em consequência da posse, é um problema político jurídico dos mais controvertidos na ordem sócio- histórica. Até hoje discute-se a intervenção do Estado e as limitações do poder público. Até que ponto o Poder Administrativo pode intervir para regular imposições de natureza coletiva. Até onde o Estado se ativa para tirar do homem aquilo que é seu e já está no seu patrimônio. Os motivos podem não ser discutíveis, mas a vontade estatal sempre o é, pois além da propriedade que violenta, também violenta a liberdade. No fundo, na essência, o material e o moral se confundem, colocando o Estado em choque com o indivíduo.⁵⁵

O autor enfatiza justamente o embate entre o direito individual da propriedade e a legitimidade do poder estatal na sua intervenção. Não se pode olvidar que o Estado não lhe é só atribuído a função de zelar pela ordem jurídica, mas pela ordem fundamental⁵⁶. O Estado vê-se na iminência de efetivar o bem comum, porquanto é uma “associação política de interesses distintos e variados”⁵⁷. É certo que a administração vive em uma relação amistosa e indissociável com o interesse público, de modo que, trazendo estes conceitos para a questão do direito à propriedade,

⁵⁵ OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. **Desapropriação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.335

⁵⁶ OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. **Desapropriação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.340

⁵⁷ OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. **Desapropriação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.342

há de se estabelecer medidas acautelatórias de exceção para o seu exercício quando constituir um verdadeiro atentado contra os interesses da coletividade. Entre essas medidas anômalas encontra-se o instituto da desapropriação cujos pontos principais serão aqui discorridos.

Segundo Hely Lopes Meireles, desapropriação é:

A transferência compulsória da propriedade particular para o poder público os seus delegados, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização e, ainda, por desatendimento a normas do Plano Diretor nesse caso com pagamento em títulos de dívida pública municipal, aprovados pelo Senado Federal.⁵⁸

Para As noções preliminares da desapropriação como história, conceito atual, linha de evolução e sua natureza jurídica serão analisadas conforme as argutas lições de Oliveira Franco.

Quanto ao histórico da desapropriação, suas primeiras linhas remontam o Código Teodosiano. Neste arcaico instrumento, em virtude da soberania estatal já estar arraigada na consciência jurídica romana, nascem os primeiros atos de império, discricionários e coercíveis, prescindindo do consentimento do particular como requisito de eficácia. A desapropriação emerge desta conjuntura. O Estado romano intervinha na ordem da posse privada trazendo para si direitos que até então pertenciam aos particulares.⁵⁹

A desapropriação não apresentara muitas sinuosidades em seu desenvolvimento histórico. Embasou-se, desde sempre, no poderia estatal. As modificações concentraram-se nas questões procedimentais. O direito de “ter”, oriundo de concepções liberais, passou a sofrer limitações, mas em momento algum a desapropriação veio como instrumento arbitrário da

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 95

⁵⁹ OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. **Desapropriação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.351

atuação estatal, apenas obstaculizando à liberdade de iniciativa do homem. Desde sempre, o instituto revela seu caráter conciliador de direitos.⁶⁰

A natureza da desapropriação possui substrato eminentemente social, elemento de persecução do bem-estar geral. Priva-se alguém de seu direito, pois ao redor há um interesse social ingente que não pode ser descurado, sob pena de se subverter a ordem pública. A supremacia do interesse público sobre o particular é a verdadeira força motriz da desapropriação. Isso é o que decorre das palavras de Oliveira Franco:

Torna evidente que o equilíbrio das forças sociais é resultante da harmonia entre direitos opostos. E que, em benefício do bem comum não deve prevalecer nunca o interesse que consubstancia o direito particular. A tese é válida para todas as legislações. O direito individual termina onde começa o da sociedade. A comunhão social não seria possível sem a obrigação individual de sacrificar-se o interesse privado em favor do interesse comum.⁶¹

Essa citada supremacia do interesse da coletividade extroverte um ideal de justiça, uma regra de conduta moral e pública a ser adimplida pelo Estado. Tal assertiva não é difícil de ser vislumbrada quando se diz que a desapropriação é via que apazigua interesses gerais e individuais.

2.1 Evolução do instituto da desapropriação no sistema constitucional brasileiro.

Os prematuros traços acerca da desapropriação nas cartas políticas do Brasil ocorreram, timidamente, na Constituição do Império de 1824. No artigo 179, n. 22, garante o direito de propriedade em toda a sua plenitude, onde prevê também duas possibilidades para sua perda:

⁶⁰ OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. **Desapropriação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 352

⁶¹ OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. **Desapropriação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.355

a) se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, ele será previamente indenizado no valor dela;

b) a lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a exceção.⁶²

O que se observa pela leitura destes dispositivos é uma desapropriação vista em seus primeiros moldes, em seu nascedouro. Digno de ressaltar, é o fato de que nessa antiga Constituição já se preconizava a sobrevalência do interesse público sobre o particular, noção sacra do instituto da desapropriação podendo ser vislumbrado na expressão “bem público”, o que carreado para os termos atuais seria a necessidade ou utilidade pública.

Contudo, fora a lei de 9 de setembro de 1826 que tornou mais fértil o conceito da desapropriação. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho disserta sobre o assunto:

As primeiras regras jurídicas estáveis vieram com a lei de 9 de setembro de 1826, marcando os casos em que terá lugar a desapropriação da propriedade particular por necessidade pública, e utilidade pública, juntamente com as formalidades que a devem preceder.⁶³

Este instituto acima referido servira de norte para os futuros legisladores. A alusão da necessidade pública e utilidade pública já estavam incrustados neste pequeno texto jurídico de apenas oito artigos. Posteriormente, em 18 de março de 1836, fora editada uma segunda lei que passou a regular a desapropriação por utilidade pública ou provincial, segundo o

⁶² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 set. 09.

⁶³ OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. **Desapropriação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 370

artigo 10, parágrafo 3º, do ato adicional à Constituição, de 12 de agosto de 1834.⁶⁴ Ensina Manoel Sobrinho:

Este diploma, o de 1836, estendeu estabeleceu a competência expropriatória às províncias dentro dos mesmos pressupostos legais. Ampliaram-se os casos para abertura de estradas, melhoramentos de portos e canais, ruas, praças, monumentos, aquedutos, fontes e logradouros públicos. Falando de utilidade pública geral, o Decreto n. 353, de 12 de julho de 1845, designa os casos em que terá lugar a desapropriação (ou municipal da Corte), estabelecendo critérios taxativos (art. 1º e parágrafos) procedimentais.⁶⁵

Em 10 de julho 1855 fora editada a lei n. 816 cujos dispositivos mais importantes determinavam a observância do Decreto n. 1664, de 27 de outubro do mesmo ano quantos às medidas expropriatórias. Essa lei trouxe algumas inovações legislativas quanto a essas medidas, como por exemplo a desapropriação em favor de empresários ou companhias incumbidas dos trabalhos, aos quais competia o pagamento indenizatório antes da posse de terrenos e prédios.

Manoel Sobrinho discorre sobre esses primeiros textos:

Na verdade, examinados os diplomas expropriatórios surgidos na Constituição de 25 de março de 1824, só podemos reconhecer em todos eles in tempore bons instrumentos jurídicos capazes de adequar o bem público às soluções públicas e administrativas, assegurando procedimentos rápidos entre as partes envolvidas e os direitos que lhe são correspondentes.⁶⁶

Dando seguimento ao estudo da desapropriação no histórico das Constituições do Brasil, na Carta de 1891 manteve-se o direito de propriedade em sua plenitude conforme seu artigo 72 parágrafo 17:

⁶⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 set. 09.

⁶⁵ OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. **Desapropriação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.385

⁶⁶ OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. **Desapropriação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.392

O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.⁶⁷

Já se vê explicitamente as condicionantes de interesse público e utilidade pública para efeitos de desapropriação. Várias mudanças foram sentidas pelo instituto entre o período de 1824 à 1891, como já se nota.

Em 1903 fora expedido o Decreto de número 1.021 de 26 de agosto, decretado pelo Legislativo, onde dispunha que todas as regras acerca da desapropriação constantes no Decreto 4956 de 9 de setembro de 1903 deveriam ser aplicadas para a União e o Distrito Federal⁶⁸. Este último decreto apenas modificou algumas normas procedimentais e atualizou o *quantum* das indenizações em caso de expropriação.

Em 16 de julho fora promulgada a Constituição de 1934 com vida política muito passageira durando até 1937, mas não deixou de contribuir para a efetividade da desapropriação. A referida Lei Maior determinava no artigo 113, n. 17:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.⁶⁹

Manteve-se os elementos tradicionais da necessidade e utilidade pública e acrescentou o dever de exercer o direito de propriedade sem singrar o interesse da coletividade. A função social já começa a ser radicada como elemento autônomo na propriedade pouco a pouco.

⁶⁷ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 set. 09.

⁶⁸ OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. **Desapropriação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 399

⁶⁹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 de julho de 1934. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 set.09.

No regime constitucional de 1937 a desapropriação recebera diversas modificações através de leis orgânicas e complementares. Entre elas as mais importantes foram o Decreto- Lei n. 1283 de 18 de maio de 1939 que dispõe sobre o processo das desapropriações e o mais importante Decreto- Lei 3.365, de 21 de junho de 1941 que, por sua vez, prescreve sobre a desapropriação em todo o território nacional. Este diploma em virtude de sua inegável importância será abordado em tópico específico posteriormente, todavia já se pode adiantar que a Constituição de 1946 assim como nas Cartas de 1967 e 1969, os princípios alocados neste último Decreto de 1941 reafirmaram nelas os postulados jurídicos-expropriatórios e mantiveram os mecanismos e procedimentos legais para a desapropriação conforme as distintas situações relacionais.⁷⁰

2.1.1- A Desapropriação na Constituição de 1988.

É necessário, de antemão, transcrever os artigos da Constituição Federal sobre a desapropriação para melhor elucidação do tema. Segue o elenco dos artigos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:XXII - é garantido o direito de propriedade;XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

⁷⁰ OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. **Desapropriação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.245

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.⁷¹

Pela transcrição literal dos artigos constitucionais, vislumbra-se três hipóteses diferentes de desapropriações permitidas: a desapropriação de propriedade que cumpre a função social, a desapropriação da propriedade que não cumpre a função social e a desapropriação de propriedade nociva à coletividade.

A desapropriação de propriedade que cumpre a função social só pode ocorrer em casos de necessidade ou utilidade pública e por interesse social. Os casos de necessidade e utilidade pública estão previstos no Decreto-Lei 3.364 de 1941, que, como se verá mais detalhadamente adiante, continua a ser o estatuto básico das desapropriações. As hipóteses de interesse social estão previstas na Lei nº 4.132 de 10 de dezembro de 1962. Esse tipo de desapropriação, como se vê pela simples leitura dos artigos, exige justa e prévia indenização em dinheiro ao expropriado. A título de esclarecimento, sem embrenhar-se ainda nos dispositivos legais do Decreto-lei 3.365, Ozires Eliel Assan em estudo sobre o tema fornece conceitos

⁷¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 set.09.

basilares do que seja a utilidade e necessidade pública e interesse social para a doutrina. Sobre a necessidade pública:

Surge quando a administração defronta situações de emergência, que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem a transferência urgente de bens e terceiros para seu domínio.⁷²

Seguindo o autor, utilidade pública é:

[...] quando a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente, embora não seja imprescindível.⁷³

Por último, sobre o interesse social o autor escreve:

O interesse social ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico o Poder Público.⁷⁴

A desapropriação de propriedade que não cumpre a função social pode ser efetivado em áreas rural e urbana. A primeira é efetuada para fins de reforma agrária com pagamento em títulos de dívida agrária, enquanto a segunda restringe-se às áreas incluídas no Plano Diretor da cidade que, por sua vez, determinará como e quando se cumpre a função social (artigo 182, §2º).

Por último, tem-se a desapropriação de propriedade nociva que será de menor relevância para os fins deste trabalho científico. Para sua explicação, vale-se agora das lições de Kiyoshi Harada:

⁷² ASSAN ELIEL, Ozires. **Desapropriação**. 1. ed. São Paulo:Agajuris, 1998.p.39

⁷³ ASSAN ELIEL, Ozires. **Desapropriação**. 1. ed. São Paulo:Agajuris, 1998.p.41

⁷⁴ ASSAN ELIEL, Ozires. **Desapropriação**. 1. ed. São Paulo:Agajuris, 1998.p.81

Finalmente, a Carta Política de 1988 introduziu uma inovação prevendo a hipótese de desapropriação de glebas de terras onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, as quais serão destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário (art. 243). Ao contrário de outras hipóteses, esta é uma desapropriação compulsória a cargo de união.⁷⁵

Vistos estes pontos principais da atual Constituição, passa-se agora à análise da desapropriação no Decreto- Lei 3.365, o verdadeiro habitat do aludido instituto e que terá maiores aplicações no objeto de estudo principal, qual seja o direito de retrocessão.

2.3 A desapropriação no Decreto-Lei 3.365 de 1941.

Este último subtítulo do capítulo limitar-se-á em destacar os principais pontos do referido Decreto que de alguma maneira influem no instituto da retrocessão, objeto principal de estudo do presente trabalho.

Prevê o artigo 2º d Decreto-lei 3.365 de 1941 que “Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.”⁷⁶

Ocorrendo, então, a desapropriação por utilidade ou necessidade pública, será efetuada mediante respectiva declaração que individualará o bem a ser desapropriado pelo poder público. Essa declaração de utilidade pública nos termos do artigo 6º da mesmo Decreto-Lei, será feito por decreto do Presidente da República, Governador ou Prefeito. Vale ressaltar que, apesar da Constituição Federal de 1988 reservar a competência à União para legislar privativamente

⁷⁵ HARADA, Kiyohi. **Desapropriação doutrina e prática**. ed. 4. São Paulo: Atlas, 2002.P.336

⁷⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriação por utilidade pública .Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 out. 09.

sobre a desapropriação, a sua declaração compete aos Chefes do Poder Executivo. Há, pois, duas competências distintas para fins diversos, isto é, uma para legislar e outra para declarar⁷⁷.

Continuando, o Decreto sob estudo não especifica o que deve constar na declaração de utilidade pública, porém prevê as conseqüências desse pronunciamento estatal (declaração expropriatória). Em termos gerais, sintetizado a agudeza de raciocínio das lições de Moraes Sales pode-se resumir que a declaração de utilidade pública possui os seguintes efeitos:

a) Com efeito, publicado o decreto correspondente, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração (artigo 7º, da Lei expropriatória), para que possam, assim, proceder aos estudos e levantamentos necessários à desapropriação. Para esse fim, havendo oposição do expropriado, poderá o expropriante recorrer até mesmo ao auxílio de força policial. Deverá, entretanto, agir com a indispensável moderação e dentro dos lindes fixados pela lei para o desenvolvimento da atividade administrativa, poderá ser esta penalmente responsabilizada, cabendo, ainda, indenização por perdas e danos sofridos pelo expropriado.

Outra relevante conseqüência da declaração de utilidade pública diz respeito ao termo inicial do prazo de cinco anos dentro do qual deve ser promovida a desapropriação, sob pena de, não se consubstanciada esta, operar-se a caducidade do decreto respectivo. Efetivamente, a partir da publicação do ato de declaração de utilidade pública no órgão de imprensa oficial, começa a fluir o aludido prazo, que, uma vez decorrido, sem que o Poder Público haja promovido a expropriação, mediante acordo ou judicialmente, acarretará, como se

⁷⁷MORAES SALLES, José Carlos de. A **desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**: institutos afins da desapropriação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.p.665

disse, a caducidade da declaração. Esse efeito é importantíssimo, porque, ocorrida a caducidade, nova declaração de utilidade pública, incidindo sobre o mesmo bem, só poderá ser publicada após um ano (artigo 10 do Decreto- lei 3.365 de 1941).

Importante consequência decorre, ainda, da declaração de utilidade pública, no tocante às benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias. Com efeito, nos termos do parágrafo 1º do art. 26 do Decreto-Lei 3.365 de 1941, “serão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação; as úteis, quando feitas com autorização do expropriante.” O dispositivo legal supratranscrito se ressentia de manifesta impropriedade terminológica ao se referir às benfeitorias feitas “após a desapropriação”. Na realidade, o legislador quis se referir às benfeitorias feitas “após a publicação do ato de declaração de utilidade pública”. A desapropriação só se completa com a passagem do bem para o patrimônio da entidade expropriante, efeito esse que a declaração de utilidade pública não tem o condão de produzir. Não desconhecemos, é verdade, a existência de opiniões nesse sentido. Todavia, tais opiniões encontram-se, hoje, inteiramente superadas, uma vez que a maioria dos juristas se inclina, na atualidade, pelo entendimento de que o momento consumativo da transferência da propriedade se verifica com o pagamento da indenização, havendo, ainda, uma ponderável corrente segundo a qual essa transferência só se opera com a transcrição da sentença proferida no feito expropriatório, em se tratando de imóvel.⁷⁸

Dentre outras consequências, estas supramencionadas são aquelas de maior relevância. Continuando com os pontos mais nodais do Decreto- Lei, este texto legal admite que o ato expropriatório possa ser revogado pelo poder expropriante desde que haja cessado a utilidade declarada. Salles comenta sobre o assunto:

⁷⁸ MORAES SALLES, José Carlos de. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**: institutos afins da desapropriação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.p.675

[...] a declaração de utilidade pública é ato de natureza tipicamente administrativa, sujeitando-se, pois, ao princípio segundo o qual a Administração pode revogar seus próprios atos, desde que destes não se tenham originado direitos subjetivos.⁷⁹

Portanto, conclui-se pelas palavras do autora, que não há direito subjetivo à desapropriação para o indivíduo, mas sim, um direito que se volta em prol da Administração Pública para a efetuação da desapropriação. Ressalte-se, que, quanto à possibilidade da cassação da declaração expropriatória, não se fala em reversão do bem à propriedade do expropriado (a chamada retrocessão), e sim, em apenas revogação de um ato administrativo por não mais subsistir os motivos que justificavam a sua execução, tendo como consequência a cessação dos efeitos que decorreriam do ato expropriatório.

Continuando com os pontos de mais relevância para o objetivo deste trabalho, o artigo 9º do Decreto- Lei prescreve uma vedação ao judiciário para apreciar o mérito da declaração de utilidade pública. José Cretella Júnior comenta o tema:

A auto-executoriedade da declaração expropriativa, decorrente do decreto, permite a movimentação imediata da Administração na consecução dos fins públicos. Caracterizando-se como processo administrativo, o processo expropriatório, na primeira fase, reúne todos os elementos típicos daqueles atos, a principiar pelo traço da executoriedade sem título, que lhe permite, assim que editado, atuar no mundo jurídico e produzir efeitos em si e por si, independentemente da manifestação do judiciário. Se assim não fosse, se a declaração expropriatória necessitasse da titulação judiciária para concretizar-se e produzir efeitos, a ação da autoridade administrativa ficaria paralisada e o Poder Executivo estacionaria.⁸⁰

Portanto, assim como a maioria dos atos administrativos, a declaração de utilidade pública na desapropriação goza da auto-executoriedade, e sobre este atributo é importante lembrar das palavras de José Carvalho:

⁷⁹ MORAES SALLES, José Carlos de. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**: institutos afins da desapropriação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.p. 673

⁸⁰ CRETELA JÚNIOR, José. **Comentários à lei da desapropriação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 315

Auto-executoriedade tem como fundamento jurídico a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público, o que não ocorreria se a cada momento tivesse que submeter suas decisões ao crivo do judiciário.⁸¹

Pode-se concluir, conjugando os ensinamentos de Cretella e José Carvalho, que a proibição do Judiciário para apreciação da declaração de utilidade pública explica-se por conceitos primários do Direito Administrativo como a auto-executoriedade e a impossibilidade do judiciário revogar o ato administrativo, ao contrário do que acontece com a anulação do ato, porquanto o Poder judiciário poderá anular os atos administrativos em caso de desatendimento aos aspectos de legalidade. Isso se fundamenta no princípio da separação dos Poderes da República, a barreira ao judiciário encontra limite na apreciação das questões meritórias da desapropriação. A existência ou não de utilidade pública remonta critérios discricionários, o próprio mérito administrativo, portanto impenetrável pelo exame jurisdicional.⁸²

2.4 As primeiras bases da retrocessão na Lei das Desapropriações

Após a exposição acerca dos pontos de maior relevância da Lei de Desapropriação, insta discorrer sobre o tema esculpido no bojo do artigo 35 do Decreto-Lei que determina:

Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.⁸³

Pela inteligência do artigo conclui-se que, nos termos do Decreto, não há possibilidade de se reivindicar a propriedade do bem pelo particular, uma vez que fora declarado

⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 246

⁸² CRETELA JÚNIOR, José. **Comentários à lei da desapropriação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p.463

⁸³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriação por utilidade pública .Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 out. 09.

⁸⁴ CRETELA JÚNIOR, José. **Comentários à lei da desapropriação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p.480

a utilidade pública do bem, conquanto processo expropriatório seja imbuído de nulidades, restando apenas ao expropriado pleitear uma indenização por perdas e danos. Consumada a desapropriação ainda que o bem não ingresse ao patrimônio público, passa a ter, no mínimo, destinação pública. Cretela Júnior em uma importante passagem de seu livro escreve:

Logo, nada, em princípio, pode o particular fazer para reivindicar seus bens, incorporados inexoravelmente e perenemente ao domínio público, mesmo que a reivindicação se funde em nulidade evidente do processo expropriatório, a não ser na hipótese da retrocessão, ou seja, quando não se dá ao bem a destinação prometida, isto é, quando deixou de haver efetiva desapropriação.⁸⁴

O autor conceitua o instituto da retrocessão como a possibilidade de se “reverter” o bem expropriado à propriedade do particular em caso de não destinação pública, o que difere da situação de se reivindicar a propriedade dos bens arguindo a nulidade do procedimento, ação que é vedada pelo próprio Decreto-Lei. Ainda que se consiga a anulação do ato expropriatório não será possível o retorno dos bens para o expropriado, pois, conforme a letra da lei, resolve-se os direitos do expropriado em perdas e danos. Cretella ainda ressalta algumas hipóteses que, conforme seu entendimento, caberia a reivindicação, quais sejam, em caso de ação rescisória na ação expropriatória quando prolatada por juiz incompetente e nos casos em que a ação de desapropriação for ajuizada contra quem não é o legítimo proprietário⁸⁵. Em tais situações o autor afirma ser possível a reivindicação. Porém, em nenhuma dessas hipóteses resta configurada a situação que ocorre no instituto da retrocessão que ainda vigora em nosso ordenamento pátrio como uma das conseqüências que poderá advir do processo de desapropriação. Moraes Salles afirma sua existência e sua importância em seu estudo sobre a matéria:

⁸⁴CRETELA JÚNIOR, José. **Comentários à lei da desapropriação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p.480

⁸⁵CRETELA JÚNIOR, José. **Comentários à Lei da Desapropriação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.485

Para nós é inequívoco que a retrocessão continua a existir em nosso direito. A confusão que se formou em torno do assunto teve a sua origem no fato de não haver sido a matéria versada no bojo do Decreto- Lei de 21. 6. 1941, pois, de maneira incontestada, está intimamente relacionada com o instituto da desapropriação e deveria, portanto, ter sido regulada na Lei de Desapropriações.⁸⁶

Portanto, valendo-se da ressalva do autor, não há como emaranhar-se no tema da retrocessão sem antes munir-se do entendimento de preceitos basilares da desapropriação, uma vez que a retrocessão é um verdadeiro corolário daquela.

⁸⁶ MORAES SALLES, José Carlos de. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**: institutos afins da desapropriação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.p.496

3 RETROCESSÃO

Passada as lições acerca do direito de propriedade e desapropriação o estudo sobre o instituto da retrocessão se torna tarefa com menos alcantis. A retrocessã pressupõe desapropriação; e não há desapropriação sem propriedade, seu próprio objeto.

Passemos a aspectos mais conceituais da retrocessão. Para José Cretella Júnior a retrocessão é: “(...) o direito que tem o expropriado de readquirir o bem ao qual não dera o poder expropriante a finalidade específica para que fora o mesmo desapropriado.”⁸⁷

Não discrepa o conceito acima daquele esposado peã quase totalidade dos tratadistas nacionais. Quando se enceta uma análise histórica da retrocessão, autores como Belizário Antônio de Lacerda preconiza que o referido instituto encontra origem na Constituição Imperial de 1824⁸⁸, cujo artigo 189 proclamava:

É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.⁸⁹

Pela leitura do artigo e pelo o que já foi até aqui dito, vislumbra-se, ainda que de forma mitigada, o instituto da retrocessão. Destarte, pode-se afirmar que a retrocessão tem seu início com desapropriação, eis que o corolário fático desta. Somente com a falta de destinação ou

⁸⁷ CRETELA JÚNIOR, José. **Comentários à lei da desapropriação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p. 556

⁸⁸LACERDA, Belizário Antônio de. **Da retrocessão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 45

⁸⁹ BRASIL. Constituição Política do Império do Brazilda, 25 de março de 1824. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 set. 09.

destinação diversa daquela prevista no decreto expropriatório é que exsurge para o desapropriado o direito de reaver o bem que lhe fora retirado.

Deve-se ainda ressaltar que, o Direito Administrativo não possui uma legislação compilada e sistematizada que diga respeito exclusivamente à retrocessão, o que gera dúvidas atroztes em relação a como se proceder em casos de sua aparição no mundo jurídico. Portanto, como se verá adiante, será o Código Civil que servirá de amparo ao estudo da retrocessão, inclusive quanto às suas teorias regentes. Belizário afirma-se neste sentido:

Todavia, é inviolável o papel auxiliar que o direito civil, como segmento já maduro do direito, exerce sobre os ramos de direito em formação à exemplo do direito administrativo.⁹⁰

Antes de se passar a alguns aspectos mais específicos da retrocessão é bom trazer à lume o sua posição na matéria de anulação de atos jurídicos inválidos. Belizário Lacerda escreve inicialmente:

O ato expropriatório individualizado a faculdade legal de desapropriar, menciona o fim para o qual se desencadeia o processo de desapropriação. Se antes da desapropriação a escolha do que for necessário ou útil à coletividade cabe ao administrador, uma vez declarado de utilidade pública determinado be, aquela autoridade se vincula à finalidade por ela mesma traçada. Daí qualquer desvio de finalidade pública implica em vício de ato administrativo.⁹¹

O que se infere de tal disposição é que a falta de destinação da propriedade para o fim constante no ato expropriatório configura uma das modalidades de vício do ato jurídico quanto a finalidade. Belizário Lacerda preconiza que o expropriado poderá requerer a anulação do ato jurídico revertendo a propriedade para seu domínio; como também, poderá pleitear uma indenização justa. A autor escreve:

⁹⁰ LACERDA, Belizário Antônio de. **Da retrocessão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.74

⁹¹ LACERDA, Belizário Antônio de. **Da retrocessão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.61

A nosso ver tal procedimento pode ser feito concomitantemente com o pedido de reversão ou retrocessão por serem conexos e compatíveis.⁹²

Outrossim, o expropriado poderá postular a anulação ou perdas e danos cumulativamente com o pedido de devolução do bem.

Passada estas linhas gerais (conceito e origem constitucional.) passa-se, doravante, à análise da retrocessão dentro do estudo da nulidade dos atos jurídicos.

3.1 A retrocessão no âmbito da teoria da nulidade dos atos administrativos

Preliminarmente, faz-se impendente uma explanação acerca da teoria geral dos atos administrativos para situar o instituto da retrocessão nesta seara, porquanto o ato expropriatório é ato administrativo como qualquer outro. Para isso, ninguém melhor que José dos Santos Carvalho Filho, autoridade no assunto, para pontuar de maneira concisa e sucinta e sem tergiversar.

São cinco, os elementos de todo ato administrativo: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Como a retrocessão consiste justamente em um vício quanto à finalidade do ato, despicendo seria abordar todos os outros atributos porquanto na irão deflagrar diretamente quaisquer efeitos jurídicos no instituto. Será, portanto, a finalidade, o objeto de análise doravante.

Finalidade consiste nos fins, efeito mediato do ato administrativo. “Para quê” o ato administrativo será produzido. Possui dois aspectos que não se excluem mutuamente:

⁹²LACERDA, Belizário Antônio de. **Da retrocessão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.69

atenderá tanto a uma finalidade pública (sentido lato) quanto àquela especificada em lei (sentido estrito).⁹³

O vício no elemento finalístico consiste na destinação diversa dada ao ato, seja quanto ao interesse público, seja em relação à finalidade prevista em lei. José Carvalho exemplifica:

No elemento finalidade, o vício consiste na prática de ato direcionado a interesses privados, e não ao interesse público, como seria o correto (desvio de finalidade). Ocorre tal vício, por exemplo, quando, entre vários interessados, o agente confere autorização apenas àquele a quem pretende beneficiar. Aqui há a violação também do princípio da impessoalidade.⁹⁴

Esse desvio de finalidade citado pelo autor é o que explicitamente ocorre na retrocessão como já foi explicado, ou seja, o Poder Público dá uma destinação diversa da que consta no ato expropriatório não voltando-se para o interesse público (desvio). Por isso, justifica a preponderância deste atributo na matéria da retrocessão.

Tendo em vista todos esses argumentos corroborados pela doutrina mais seleta, pode-se situar esta matéria no tema da retrocessão. Belizário Lacerda aborda o tema com ingente maestria da seguinte forma:

Como se postular a retrocessão sendo que a coisa não compõe mais o patrimônio do expropriado, que a perdeu com a desapropriação, mercê da anulabilidade do ato que ainda não foi declarada, máxime se a retrocessão nada mais é do que uma reivindicação, a qual pressupõe a propriedade?⁹⁵

⁹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 68

⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 70

⁹⁵ LACERDA, Belizário Antônio de. **Da retrocessão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 96

A indagação do autor fornece uma pré- ordenação procedimental para dar verdadeira efetividade à retrocessão. O que admoesta o autor é que não se pode reivindicar o bem expropriado antes de se anular o ato administrativo que decretou a perda da propriedade. O ato estatal goza de presunção de legitimidade e, por isso, enquanto não declarada a sua anulação, não se pode falar em cessação de seus efeitos. Explica que como a retrocessão, para o autor, nada mais é a volta do bem ao expropriado, esse retorno só se justifica com a decretação da nulidade do ato administrativo por não atender aos interesses da coletividade, anulação provocada pela própria administração, no exercício de sua autotutela, ou pelo judiciário no exercício de sua função típica.

A tese acima exposta deriva da seguinte conclusão de Belizário Antônio:

Desta forma, antes que a administração "spont sua" ou provocada revogue ou anule o ato ou o judiciário chamando a decidir o declare nulo, o ato que até então existia, conquanto inoportuno, írrito e nulo surte todos os seus efeitos como se legítimo fosse. Logo não vemos razão acudir a quem invoca a cabida da ação de retrocessão para haver a coisa oriunda de ato revogável ou anulável.⁹⁶

O que, em síntese, o autor assevera é, que a retrocessão funda-se em uma ato eivado de vício quanto à finalidade, como acima explicado, logo, enseja anulação. Outrossim, o autor explica que não se pode propor, precocemente, uma ação de retrocessão para reaver a posse do bem sem que antes haja a declaração de nulidade do ato administrativo no qual se fundamentou a desapropriação. Antes de se argüir judicialmente a retrocessão torna-se imprescindível o reconhecimento da eiva do ato administrativo, nos termos colocado por Belizário Lacerda.

⁹⁶ LACERDA, Belizário Antônio de. **Da retrocessão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.97

Por derradeiro, antes de trazer à colação a exegese do Professor Manuel Eugênio Marcos Munhoz, citado por Belizário Antônio, faz-se prudente conceituar a teoria dos motivos determinantes, pois o referido autor a utiliza para perfazer sua opinião sobre o tema ora tratado. A teoria dos motivos determinantes estabelece uma inexorável vinculação do ato administrativo aos motivos que serviram de fundamento para sua prática como real requisito de validade. Caso estes fundamentos sejam inexistentes ou inadequados o ato será fulminado de nulidade.⁹⁷

Tendo em vista este aspecto conceptual da teoria dos motivos, traz-se à vista a lição de Manuel Eugênio para a conclusão acerca do assunto:

Tudo se resume, destarte, à aplicação da teoria dos motivos determinantes ao ato administrativo expropriatório. Insubistentes os motivos, de que é sintoma seguro a não utilização do bem ou o seu uso em finalidade que não seja de interesse público, a desapropriação se torna inválida ou ineficaz. A retrocessão é decorrência, não sendo exercitável por meio reivindicação, mesmo porque o expropriado não será o titular do domínio; este só se restabelece com o reconhecimento da ausência de fundamento para a expropriação.⁹⁸

A citação supramencionada aduz que a retrocessão não é só corolário fático da desapropriação, como também é decorrência da própria anulação do ato, não podendo a retrocessão figurar como uma ação autônoma. Por conseguinte, basta a anulação do ato expropriatório para se restabelecer "in totum" a propriedade ao desapossado.

3.2 O Destino da propriedade objeto da retrocessão

Este talvez é o tema mais importante acerca da retrocessão. Até aqui o referido instituto fora destrinchado em sua história, seus antecedentes jurídicos como a desapropriação, e,

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 563

⁹⁸ LACERDA, Belizário Antônio de. **Da retrocessão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 99

por fim, fora evidenciado um dos fundamentos da retrocessão na matéria de nulidade dos atos administrativos. Ainda que de forma velada, fora já suscitada aqui em algumas passagens deste trabalho científico, sobre as hipóteses de destinação da propriedade que, desapropriadas pelo poder público, não foram destinadas ao interesse público. No dogmático jurídica sobre o tema há diversas posições. Uns entendem que há um direito pessoal do expropriado podendo requerer a resolução da aresta em perdas e danos; há ainda quem afirma o caráter real da retrocessão lastreado pelo direito de seqüela, podendo o expropriado perseguir a coisa e restabelecer seu domínio; e, por fim, há ainda aqueles que preconizam que o problema se resolve em uma indenização compensatória conjugado com o direito de reaver a propriedade. Neste subtítulo serão delineadas todas estas vertentes que sobrelevem-se no estudo como verdadeiras teorias da retrocessão, quais sejam, a Teoria Real, Teoria Pessoal e Teoria Mista.

3.2.1 Retrocessão como um Direito Pessoal

Oportunamente foi verificado que a Lei das Desapropriações não cuidou da retrocessão, tendo o legislador, inclusive, afirmado que a matéria continuaria sendo regida pelo Código Civil. Aqui vale fazer uma distinção entre o momento em que o tema será estudado. Com a entrada em vigor do Novo Código Civil, a natureza jurídica da retrocessão, com certeza, terá que ser repensada, uma vez que os Códigos Cíveis de 1916 e 2002 tratam o instituto de maneira diferente. Para que então sejam facilitados o estudo e o entendimento do tema, será explicado o instituto da retrocessão conforme as normas pretéritas e, ao final, em capítulo próprio, será tratado como o referido instituto é visto à luz da legislação atual.

Segundo o Código Civil de 1916, o referido instituto era tratado no art. 1.150 que dispõe:

A União, o estado ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço porque o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou.⁹⁹

Por estar o referido artigo sob a epígrafe "Das cláusulas especiais à compra e venda" – "Da preempção ou preferência", é que a corrente defensora da retrocessão como um direito pessoal entende que o ex-proprietário, que perdeu o seu domínio sobre o bem, não tem o direito de reivindicação e, sim, o direito de preempção, acrescentando, ainda, que o direito de reivindicar o bem deixou de existir na legislação brasileira depois da criação da Lei nº 1.021 de 1903, passando, desde então, a ser tratado como um direito pessoal.

Há doutrinadores que associam, para esse efeito, a preempção legal, de que trata o art. 1.150 do Código de 1916, à preempção convencional, versada no art. 1.149, também do mesmo Código. Há, Segundo tal corrente, o expropriado não é mais o proprietário do bem, não podendo, assim, reivindicá-lo em caso de não utilização ou desvio de finalidade.

No entanto, prudente citar Belizário Lacerda que referindo-se á preempção diz:

No que toca o artigo 1150 do Código Civil, máxime, se atento à sua localização topográfica dentro daquele diploma civil, fácil será verificar o desacerto de sua situação. Pergunta-se pois: O que tem a ver as cláusulas especiais de compra e venda com a desapropriação? Absolutamente nada. Nem mesmo para aqueles que concebem a desapropriação como compra e venda forçada, pois tal concepção prova demais, uma vez que se é venda, não pode ser forçada, e se não for forçado o ato, jamais poderá ser desapropriação.¹⁰⁰

O autor das palavras ora transcritas vislumbra a não aplicação da preempção prevista no Código Civil de 1916 ao instituo da desapropriação, pois se regula por princípios

⁹⁹ BRASIL. Código Civil de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 09.

¹⁰⁰ LACERDA, Belizário Antônio de. **Da retrocessão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 122

próprios e autônomos aplicáveis à Administração Pública. O que há na verdade é uma preponderância do Direito Administrativo sobre a doutrina civilista.

Em termos mais específicos, para os que sustentam a retrocessão como modalidade de direito de preferência, tem forçosamente de lhe emprestar o caráter de obrigação *sui generis*. Isto porque, o descumprimento de qualquer obrigação redundaria em indenização de perdas e danos, de tal modo que nunca a obrigação violada de dar preferência ensejaria como reparação a entrega da própria coisa demandada, isto é, nunca haveria devolução da coisa por não mais o expropriado ser titular do domínio do bem.¹⁰¹

Um ferrenho defensor da retrocessão como tendo a natureza jurídica de direito pessoal é o saudoso Hely Lopes Meirelles, que assim dispõe:

A retrocessão é, pois, uma obrigação pessoal, de devolver o bem ao expropriado, e não um instituto invalidatório da desapropriação, nem um direito real inerente ao bem. Daí o conseqüente entendimento de que a retrocessão só é devida ao antigo proprietário, mas não a seus herdeiros, sucessores e cessionários.¹⁰²

Antes de se adentrar na Teoria Real da retrocessão, faz-se mister, mencionar o que seria uma posição híbrida da retrocessão aventada por Belizário Antônio. Este autor escreve:

A tendência atual do direito d retrocessão é afastar-se da preempção ou preferência capitulados no artigo 1150 do Código Civil, cujo adimplemento deságua na foz comum da indenização por perdas e danos. E por outro lado lançar âncoras na teoria das nulidades do ato administrativo por ausência de motivo e obliteração de finalidade legal. Assim, triunfante o desapropriado na ação anulatória cumulada com pedido de restituição da coisa, subjacente está o direito de propriedade, conquanto sem sequer falar em retrocessão como tal prevista no tradicional art. 1150 do Código Civil.¹⁰³

¹⁰¹ LACERDA, Belizário Antônio de. **Da retrocessão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 134

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 455

¹⁰³ LACERDA, Belizário Antônio de. **Da retrocessão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 224

Como já foi visto anteriormente, tal teoria funda-se na nulidade do ato administrativo sem falar em ação de devolução ou outra do gênero.

A teoria pessoal da retrocessão já fora acatada pelos tribunais superiores, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal, o que fica demonstrado que a discussão acerca das teorias da retrocessão não possui âmbito meramente acadêmico. Assim já decidiu o Pretório Excelso:

Retrocessão. O direito de retrocessão ou preempção legal é meramente pessoal. A única diferença entre a preempção legal e a convencional está em que naquela a condição é a devolução do preço pago e nesta é o pagamento de tanto por tanto.¹⁰⁴

O Eminentíssimo Tribunal já ressalta a diferença entre as forma de direito de preferência e, em seguida, determina o pagamento da indenização ao expropriado, marco da teoria pessoal. O mesmo Tribunal já posicionou-se em favor da mesma teoria outras vezes, como se vê:

Administrativo - Desapropriação - Tredestinação - Desvio de finalidade: perdas e danos- art. 1.150 do CC.Resolve-se em perdas e danos o conflito surgido com o desvio de finalidade do bem expropriado. 2. Evidenciado o desvio de bem que, destinado à construção de uma quadra esportiva, veio a ser cedido para construção de "Loja Maçonica". Infringência ao art. 1.150 do Código Civil. 3. REsp conhecido e provido.¹⁰⁵

É bom apenas ressaltar que este último acórdão é lastreado ainda pelas disposições do Código Civil de 1916.

¹⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERALTF – 1ª Turma (u). RE.N. 18.711. 3/12/1951. Rel.: Nelson Hungria. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 set. 09.

¹⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 1ª Turma (u). RE.N. 18.711. 3/12/1951. Rel.: Nelson Hungria. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 set. 09.

Um argumento que vem a estear a teoria pessoal mas que, da mesma forma, vem a subsidiar a tese híbrida acima postada, é exposto por Moraes Salles com as seguintes palavras:

Obtemperam, ainda, que o expropriado não é mais o proprietário do bem desapropriado, de sorte que, por mais este motivo, não pode reivindicar o bem em caso de não utilização pelo expropriante ou desvio de finalidade do ato declaratório de utilidade pública ou interesse social.¹⁰⁶

Por último, para corroborar com a referida teoria por ora tratada, o Supremo assim já se posicionou:

Desapropriação. Retrocessão. Alienação do imóvel. Responsabilidade solidaria. Perdas e danos. Código civil, art-1150.- transitado em julgado o reconhecimento da impossibilidade de retrocessão do imóvel por já incorporado ao patrimônio público e cedido a terceiros, razoável e o entendimento, em consonância com doutrina e jurisprudência, do cabimento de perdas e danos aos expropriados. Recursos extraordinários não conhecidos.¹⁰⁷

Este julgado expurga qualquer natureza real da retrocessão e impõe a necessidade de pagamento da indenização.

3.2.2 *Retrocessão como direito Real*

Importante, mais uma vez, lembrar que o tema ainda está sendo abordado segundo o Código Civil de 1916. A corrente que defende o instituto da retrocessão como direito real afirma que o expropriário, que perdeu o domínio do bem, tem direito a sua reivindicação, em não sendo o mesmo empregado a uma finalidade pública.

¹⁰⁶ MORAES SALLES, José Carlos de. **A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**: Institutos afins da desapropriação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 714

¹⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 1ª Turma (u). RE. 99571. 9/03/1984. Rel.: Rafael Mayer. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 set. 09.

Seus adeptos contestam a vedação contida no Decreto-Lei nº 3.365/41, argumentando que toda lei deve ser interpretada de acordo com o anseio do legislador quando da sua elaboração. No caso da retrocessão o legislador quis proteger a propriedade que já estiver empregada em obra ou serviço de utilidade pública, ainda que não aquele disposto do decreto expropriatório, de sorte que, desde que efetuada a desapropriação e o bem esteja sendo utilizado legalmente, estará, de modo definitivo, incorporado à Fazenda Pública, insuscetível de ser reivindicado.

A referida corrente também sustenta que a preempção é um instituto típico do direito civil, decorrente de contrato de compra e venda. A retrocessão, ao contrário, é matéria de direito público, consectário da garantia constitucional do direito de propriedade, concluindo, assim, pela prevalência da retrocessão ao lado da desapropriação, instituto igualmente de natureza pública.¹⁰⁸

Zanella Di Pietro explica com muita argúcia a teoria agora tratada:

Essa corrente, como algumas variantes na argumentação, baseia-se no preceito constitucional que assegura o direito de propriedade e que só autoriza a desapropriação, como alienação forçada que é, quando a medida adotada em benefício do interesse coletivo; se o bem não utilizado para qualquer fim público desaparece a justificativa para alienação forçada, cabendo ao ex- proprietário o direito de reaver o bem pelo mesmo preço pela qual foi expropriado.¹⁰⁹

A teoria da retrocessão é calcada no direito de sequela, isto é, no direito do dono de perseguir a coisa. Venosa sobre o deito de sequela:

¹⁰⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.559

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 15. ed. São Paulo: Atlas. 2003. p.458

O chamado direito de sequela é corolário absoluto do direito real; seu titular pode perseguir, ir buscar o objeto de seu direito com quem quer que esteja. O direito pessoal não possui tal característica.¹¹⁰

Conclui o autor:

O termo sequela pretende destacar o aspecto dinâmico do direito real, apresentando-se mais como imagem figurativa do que como fato externo. É, contudo, elemento forte de valoração jurídica de cunho didático. O direito de sequela, faz lembrar também o direito de inerência, domínio ou senhoria sobre a coisa, explicação estática do mesmo fenômeno jurídico.¹¹¹

Segundo lição do ilustre José Carlos de Moraes Salles:

Para nós, a retrocessão é direito real. É direito que incide sobre o bem, no sentido de que o expropriado, expropriário, pode exigir a reincorporação do referido bem ao seu patrimônio, se não houver sido utilizado na finalidade para a qual a desapropriação se realizara. Tal direito se encontra assegurado pelo art.1.150 do CC, segundo o qual a União, o Estado ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou'. Todavia, mesmo que não existisse o preceito contido no art.1.150 do CC, entendemos que a retrocessão seria corolário lógico do direito de propriedade assegurado pelo art.5º, XXII, da CF, uma vez que o inc. XXIV do referido artigo só admite a desapropriação se ocorrer causa de necessidade ou utilidade pública, ou, ainda, de interesse social. Em consequência, incorrendo um desses pressupostos constitucionais, a desapropriação que assim se consumar será manifestamente inconstitucional, ensejando a retrocessão do bem expropriado.¹¹²

A conclusão que se chega ante o citado entendimento doutrinário é no sentido de que no exercício do direito de retrocessão não ocorre nova transmissão de propriedade entre o expropriante e o expropriado.

¹¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo.. **Direito Civil. Direitos Reais**..6. ed. São Paulo: Atlas. 2006. p.321

¹¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo.. **Direito Civil. Direitos Reais**.6. ed. São Paulo: Atlas. 2006. p. 322

¹¹² MORAES SALLES, José Carlos de. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**: Institutos afins da desapropriação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 695

Efetivamente, o que ocorre é a cessação da eficácia da expropriação, em não havendo a utilização do bem expropriado. O direito de propriedade daquele que sofreu a desapropriação ressurgirá e se restabelecerá integralmente.

Depreende-se, assim, da lição de Moraes Salles que, na desapropriação, a transferência do bem é acompanhada de condição resolutiva, ou seja, não sendo o bem expropriado empregado a finalidade para o qual foi desapropriado, extingui-se o direito que se concretizara pela expropriação. Deve-se lembrar que a matéria está sendo tratado à luz do CC de 1916, por ora.

Ainda sobre a Teoria Real da retrocessão se faz necessário citar José dos Santos Carvalho Filho que escreve:

Para os que advogam a tese de que se trata de direito real, o argumento é o de que a Constituição só autoriza a desapropriação se houver pressupostos nela estabelecidos, todos eles sempre retratando a futura execução de atividade de interesse público. Ora, só o Poder Público desiste da desapropriação (*rectius* desiste dos fins a que se destinava a desapropriação), tem o proprietário o direito real de reivindicar a propriedade do bem. Por isso, a aquisição da propriedade pela desapropriação tem caráter resolúvel: não atingindo o fim colimado pelo poder público, resolve-se a aquisição e reingressa o bem no patrimônio do exproprietário. Há também algumas decisões judiciais que consideraram o direito como real.¹¹³

O autor apenas resume o entendimento da Teoria Real sobrelevando o direito de reaver o domínio do bem do expropriado.

¹¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 774

Assim como fora feito no subtítulo que trata sobre o caráter pessoal da retrocessão, será trazido à colação alguns julgados do Supremo Tribunal que esteiam a teoria real do instituto.

O Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu:

Desapropriação - Destinação ao imóvel expropriado diverso do previsto no ato expropriatório - Ação de retrocessão - Procedência - A ação de retrocessão é de natureza real", não se lhe aplicando a prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910/32. A transferência do imóvel desapropriado a terceiro (pessoa privada) constitui-se em desvio de finalidade pública, justificando o direito à retrocessão a ser postulado pelo proprietário expropriado. Nas ações reais, cabe à mulher, quando o autor é casado, pleitear a nulidade do processo mediante a arguição de ausência de outorga uxória.¹¹⁴

Em 2007, o Superior Tribunal de Justiça ratifica categoricamente a natureza real da retrocessão como se vê translucidamente em um de seus julgados:

A jurisprudência desta Corte e do STF adotou corrente no sentido de que a ação de retrocessão é de natureza real e, portanto, aplica-se o art. 177 do CC/16 e não o prazo quinquenal de que trata o Decreto 20.910/32.¹¹⁵

Entretanto, deve-se lembrar que esta afirmação do Superior Tribunal de Justiça não se amolda às novas disposições do Código Civil de 2002 como se verá adiante quando se abordar a retrocessão no Código Civil de 2002.

3.2.3 A Teoria Mista

Há, ainda, uma terceira corrente a respeito da natureza jurídica da retrocessão, considerando-a como um direito de natureza mista, real e pessoal, cabendo ao expropriado a ação

¹¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp 62.506-8 - PR - 1ªT. - Rel. Min. Demócrito Reinaldo - DJU 19.06.95 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 set. 09.

¹¹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 1ª Turma (u). RESP.868655 06/03/2007. Rel.: Eliana Calmon. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 set.09.

de preempção ou preferência, de natureza real, ou, se preferir, perdas e danos. Um forte argumento daqueles adeptos de tal teoria é a natural mudança na situação fática do bem. Pode se tornar problemático um retorno do bem ao patrimônio do expropriado, uma vez que o objeto pode ter sofrido grande valorização ou grande depreciação no seu valor. Dentre os autores que entendem ter a retrocessão natureza jurídica mista está Maria Sylvia Zanella Di Pietro, esta última, afirmando o que segue:

Essa terceira corrente é a que melhor se coaduna com a proteção ao direito de propriedade: em princípio, a retrocessão é um direito real, já que o art. 1.150 do Código Civil manda que o expropriante ofereça de volta o imóvel; pode ocorrer, no entanto, que a devolução do imóvel tenha se tornado problemática, em decorrência de sua transferência a terceiros, de alterações nele introduzidas, de sua deterioração ou perda, da realização de benfeitorias; nesse caso, pode o expropriatário pleitear indenização, que corresponderá ao mesmo preço da desapropriação, devidamente corrigido, com alterações para mais ou para menos, conforme as melhorias ou deteriorações incidentes sobre o imóvel.¹¹⁶

O ilustre doutrinador, Celso Antonio Bandeira de Mello, critica tal posição, afirmando que os doutrinadores em questão descortinaram, com acerto, que o ex-proprietário poderia fazer jus, alternativamente, seja à indenização, seja a recuperar o bem. Porém o citado jurista critica a conceituação da retrocessão como sendo um direito de natureza mista, afirmando que o que existe são dois direitos, um real e outro pessoal, que podem ser alternativamente (e excludentemente) utilizados.¹¹⁷

José Cretella Júnior, sem adentrar nos pormenores da matéria, parece ter jungido-se à teoria mista, pois escreve:

Se pelas vias ordinárias, o expropriado obtém do poder judiciário a anulação do decreto expropriatório, por inexistência de motivo ou por desvio de finalidade, isto é, provocada a inocorrência da necessidade pública, utilidade pública ou

¹¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.552

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. Editora Malheiros, 2006. p. 792

interesse social, ou então, demonstrado que a autoridade expropriante, prolatora do ato, usou, no exercício de seus poderes discricionários, a competência de que se achava revestida para perseguir necessidade, utilidade particular ou interesse particular, contrariando assim o grande princípio informativo do instituto expropriatório- o interesse público prepondera sobre o interesse privado-, nestes dois casos, e só nestes casos, os bens expropriados, mesmo incorporados à Fazenda Pública, voltam para o patrimônio do expropriado, resolvendo-se os direitos do autor em perdas e danos.¹¹⁸

Aduz-se que o referido Doutrino adotara a Teoria Mista pois conjuga a possibilidade das hipóteses do autor de reaver o bem ao domínio do expropriado quanto a solução de seus direitos em perdas e danos.

O autor apenas resume o entendimento da Teoria Real sobrelevando o direito de reaver o domínio do bem do expropriado. Seabra Fagundes ainda nos dá uma importante lição sobre a teoria Real e assim escreve:

Constituindo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública um meio excepcional de aquisição de propriedade privada, mesmo contra a vontade do proprietário, é claro que desaparecendo as razões de utilidade ou necessidade que determinaram essa aquisição violenta e extra-ordinária, deverá o bem desapropriado retornar ao domínio do seu antigo proprietário, que havia sido despojado por um imperativo social. Essa é uma garantia concedida ao proprietário, pois do contrário fácil seria simular a necessidade ou utilidade de obras públicas e lançar mão da propriedade privada pelo meio extremo da desapropriação, para, uma vez conseguida esta, renunciar às mesmas obras e fazê-la reverter ao patrimônio de qualquer outro, com evidente prejuízo da segurança individual. Se há na verdade um interesse coletivo, superior, maior social, a exigir que o indivíduo sofra uma diminuição de seu direito em favor da coletividade a que ele pertence, nada mais justo nem mais equitativo do que a desapropriação. Mas se este interesse não existe senão mascarando transitoriamente interesses subalternos e inconfessável, nada mais abusivo, ilegal, inqualificável do que o exercício de um direito que requer intenções legítimas e honestas.¹¹⁹

O que de fato esta teoria pugna é o argumento de que de tudo se resolverá em perdas e danos pelo simples fato da disposição do artigo 1150 do Código pretérito (1916) que

¹¹⁸ CRETELA JÚNIOR, José. **Comentários à lei da desapropriação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p.453

¹¹⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **Da desapropriação no Direito Constitucional Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 548

trata do direito de preferência. Ora, ensina Orlando Gomes não há o que se falar em preferência em sede de retrocessão, pois inexistente outro contrato de compra e venda. E ainda explica, o instituto da preferência aplica-se aos contratos enquanto na retrocessão não há tal previsão.¹²⁰

Não ocorre, no exercício do direito de retrocessão, uma nova transmissão da propriedade entre expropriante e expropriado, ocorre sim, a cessação da eficácia da expropriação, mediante a resolução da propriedade do expropriante em consequência do fato de não haver dado ao imóvel seu destino regular. O direito de propriedade do expropriado emerge opulente e intacto quando inexistente interesse público na desapropriação.

Essa teoria não possui muita aceitação pelos tribunais brasileiros, porém em alguns julgados dispersos, já fora, ainda que de forma exacerbadamente tímida, objeto de decisão do Superior Tribunal de Justiça como se observa:

A retrocessão é o instituto por meio do qual ao expropriado é lícito pleitear as consequências pelo fato de o imóvel não ter sido utilizado para os fins declarados no decreto expropriatório. Nessas hipóteses, a lei permite que a parte, que foi despojada do seu direito de propriedade, possa reivindicá-lo e, diante da impossibilidade de fazê-lo (*ad impossibilia nemo tenetur*), venha postular em juízo a reparação pelas perdas e danos sofridos.¹²¹

Como se nota, apesar de não seguir a risca a teoria mista (pois esta determina que fica à escolha do expropriado a devolução do imóvel ou a indenização), o referido julgado congrega as naturezas real e pessoal da retrocessão.

¹²⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 394

¹²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 1ª Turma (u). RESP.86812027/11/2007. Rel.: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 15 ago.09.

3.3 Retrocessão no Atual Código Civil de 2002.

Inicialmente, é bom frisar que o Novo Código Civil, estranhamente, manteve a inserção de dispositivo legal referente ao instituto da retrocessão em seu corpo legal. A crítica é feita levando em consideração que, por ser o referido tema matéria de ordem pública, talvez melhor ficasse colocada na legislação sobre a desapropriação. Aliás, como a regra impõe obrigações ao Poder Público, seu assento em código de direito privado pode provocar alguma perplexidade. Entretanto, como hoje o tema encontra-se, igualmente, no Código Civil, será este o foco principal da abordagem aqui feita.

Com a entrada em vigor do Novo Código, alguns aspectos de grande relevância, referentes ao instituto da retrocessão, devem ser revistos.

O novo diploma legal tratou o tema de forma distinta daquela tratada pelo Código Civil de 1916. Segundo dispõe o Art. 1150 do Código Civil de 1916: “A União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não seja destinado para que se desapropriou”¹²². Já o art. 519, do Novo Código Civil de 2002, artigo correspondente ao art.1.150, do Código pretérito, estatui:

Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.¹²³

De pronto, observa-se nítidas diferenças no tratamento do instituto. O Código de 2002, com maior apuro técnico e doutrinário, já dispõe que o valor a ser pago será “o preço

¹²² BRASIL. Código Civil de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 09.

¹²³ BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set.09.

atual da coisa”¹²⁴. Ou seja, se houver uma maior valorização do bem em função das benfeitorias realizadas, a norma já determina que as mesmas sejam levadas em consideração.

Assim como, se houver um depreciação do bem, igualmente, será levado em consideração quando do arbitramento do seu valor.

Outra consideração a ser feita é o fato de que o Novo Código admite expressamente destinação diversa do bem, desde que de interesse público, ou seja, obras ou serviços de natureza pública. O que sempre fora ressaltado por Di Pietro, ao apregoar que mesmo ausente a correspondência entre a finalidade inserto no ato expropriatório e a destinação do bem, se esta última for envolta de utilidade pública, não há que se falar em retrocessão.¹²⁵

Questão tormentosa é a referente à não inserção, no Novo Código, da obrigatoriedade de oferecimento do bem ao expropriado, quando não tiver sido atendido o destino para que se desapropriou, assim como fazia o Código Civil de 1916, em seu art.1.150, “A União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado(...)”¹²⁶. É possível que, com essa omissão, o entendimento dos tribunais convirja para a tese da retrocessão como direito pessoal, uma vez que o art. 519, Código Civil de 2002, apenas assegura ao desapropriado o direito de preferência, pelo preço atual da coisa. Segundo entendimento do antigo Código, na ação de retrocessão, o autor, dizendo-se senhor da coisa, pede que o réu seja condenado a entregar-lhe o bem, por força do domínio, direito real, porque injustamente o

¹²⁴ BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set.09.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 15. ed. São Paulo: Atlas. 2003. p.187

¹²⁶ BRASIL. Código Civil de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 09.

detém.¹²⁷ Contudo, ainda assim, o Código Civil de 2002 não fixou uma tese definitiva acerca da natureza da retrocessão que ficará ao alvedrio da doutrina e jurisprudência atuantes como ficara demonstrado no subtítulo anterior deste trabalho.

O art. 520, do Código Civil hodierno, preceitua que o direito de preferência não se pode ceder nem passa aos herdeiros, ou seja, ele é direito personalíssimo, inábil de transmissibilidade, não podendo ser objeto de cessão, nem tampouco de transmissão causa mortis. Provavelmente, tal dispositivo legal será aplicado ao instituto da retrocessão, em sendo considerado o mesmo um direito pessoal, ainda que seja a retrocessão uma preempção de natureza legal e não convencional¹²⁸. A norma do art.519, do novo Código, é clara ao dispor que “(...) caberá ao proprietário o direito de preferência (...)”¹²⁹. Diz-se provavelmente pois a questão ainda não fora submetida a uma decisão inexorável pelos tribunais brasileiros. Lembrando que o instituto da retrocessão apesar de ser um instituto vetusto na legislação brasileira sua solução ainda faz insuflar decisões judiciais dicotômicas.¹³⁰

¹²⁷ ALMEIDA, Mariana Caribé de. Disponível em: < www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/.../19657-19658-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 dez. 09.

¹²⁸ ALMEIDA, Mariana Caribé de. Disponível em: < www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/.../19657-19658-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 dez. 09.

¹²⁹ BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set.09.

¹³⁰ BARCHET, Gustavo. **Direito Administrativo**, 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.733

CONCLUSÃO

Como exhaustivamente exposto, a retrocessão, por emergir de uma construção jurídica formada a partir de nuances e critérios da desapropriação, não possui nenhuma posição jurisprudencial ou doutrinária dominante ou de efeito indelével. Isto é, é instituto secundário, subjacente. Não é tema novo por já ter sido alvo de discussão nos tribunais há décadas atrás. Também não é pacífico, pois não houve discussão suficiente ao ponto conceder-lhe tratamento unívoco entre os doutos e legisladores.

A retrocessão é resultado de uma série de injunções doutrinárias (nulidades, elementos do ato administrativo, teoria dos motivos determinantes, etc.). Esboçar as teorias real e pessoal como forma de justificar o fenômeno da retrocessão, desaguará em entendimento exíguo. Entretanto, percorrer por todos aspectos do ato administrativo, entender o instituto da desapropriação e estudar acerca da evolução do direito proprietário trará respostas convincentes. O poder público deve estar sua atuação conforme os preceitos de legalidade, sendo esta atuação dissonante, mecanismos legais serão acionados para a imediata correção. Se um ato administrativo, por exemplo, é eivado de nulidade, seja porque não atendeu a uma forma que lhe era essencial, ou por ter sido praticado por agente não investido da função pública, para que haja tangência permanente ao interesse público, sobreleva-se a necessidade da decretação de sua nulidade (ressalvado o caso de convalidação). Situando este quadro no continente da retrocessão, se o ato que motivou a desapropriação não atendeu a seu fim precípuo, logo, houve desvio de finalidade, o que possibilitará, ou não (conforme tese adotada), o retorno do bem ao expropriado, surgindo como consectário lógico, a retrocessão.

Belizário Antônio comunga da tese acima referida dizendo:

A tendência atual do direito d retrocessão é afastar-se da preempção ou preferência capitulados no artigo 1150 do Código Civil, cujo adimplemento deságua na foz comum da indenização por perdas e danos. E por outro lado lançar âncoras na teoria das nulidades do ato administrativo por ausência de motivo e obliteração de finalidade legal. Assim, triunfante o desapropriado na ação anulatória cumulada com pedido de restituição da coisa, subjacente está o direito de propriedade, conquanto sem sequer falar em retrocessão como tal prevista no tradicional art. 1150 do Código Civil.¹³¹

Há uma negativa velada do autor sobre o próprio instituto da retrocessão.

Todavia, viu-se a esta altura, a existência real da retrocessão como instituto inserto (ainda que implicitamente) no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda sob o império do Código Civil de 1916, Moraes Salles já anunciava a retrocessão como tema detentor de contornos jurídicos concretos:

Para nós é inequívoco que a retrocessão continua a existir em nosso Direito. A confusão que se formou em torno do assunto teve a sua origem no fato de não haver sido a matéria versada no bojo do Decreto-Lei 3.365 de 21.6.1941, pois, de maneira incontestada, está intimamente relacionada com o instituto da desapropriação e deveria, portanto ter sido resguardada na Lei de Desapropriações. Por outro lado, a má colocação da matéria no Código Civil, situada que foi entre os dispositivos que tratam da preempção ou preferência, ao invés de figurar logo após o art. 590 que versa sobre a desapropriação, muito contribuiu para agravar essa confusão.¹³²

A discussão acerca da existência ou não da retrocessão já remanesce frívola.

Não fosse assim, os tribunais brasileiros não se debruçariam sobre o tema, na tentativa de posicionar quanto a natureza jurídica do instituto.

¹³¹ LACERDA, Belizário Antônio de. **Da retrocessão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 241

¹³² MORAES SALLES, José Carlos de. **A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**: Institutos afins da desapropriação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 642.

Prosseguindo, como fora apresentado no presente trabalho, surgiram algumas posições divergentes acerca da natureza da retrocessão, cuja discussão acarretará efeitos jurídicos diversos. Será traçado um panorama geral acerca destas correntes sem divagar no tema exaustivamente abordado.

Três teses básicas foram levantadas acerca da retrocessão: a que entende ser ela um direito pessoal; outra que sobreleva seu lado de direito real; e, por derradeiro, aquela que junte esses dois aspectos, tanto real quanto pessoal.

Na primeira corrente filiam-se Hely Lopes Meirelles, Clóvis Beviláqua e Orlando Gomes. Esses renomados autores justificam suas posições com base no artigo 1.150 do Código de 1916 e o artigo 519 do atual Código Civil de 2002. Consideram-na um direito pessoal, vez que foi reconhecido ao expropriado o direito de preempção ou preferência pelo preço atual da coisa, caso não tenha o destino para o qual foi desapropriada, ou não tiver sido utilizada em obras e serviços públicos. Outro argumento que concorre para se considerar a retrocessão como direito pessoal é o artigo 35 do Decreto-Lei 3.365/1941, cuja redação final prevê que qualquer ação julgada procedente resolver-se-á em perdas e danos. Apenas corroborando com o que fora dito, Orlando Gomes defende:

Prescreve a lei que se não for dada à coisa desapropriada a destinação para que se desapropriou, o poder expropriante é obrigado a oferecer o imóvel desapropriado ao ex-proprietário, pelo preço da desapropriação. Chama-se retrocessão a volta do bem ao patrimônio do ex-proprietário quando ocorre pelo exercício desse direito.¹³³

Os que comungam da tese de que a retrocessão tem a natureza de direito real, como Moraes Salles, Bandeira de Mello e Seabra Fagundes (todos citados neste trabalho), alegam

¹³³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 5.ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 334

que o princípio da supremacia da Constituição veda à legislação infraconstitucional dar tratamento contraditório àquele dispositivo em normas constitucionais relativas ao direito de propriedade, já que a perda da garantia que lhe é conferida constitucionalmente somente para ser autorizada para o atendimento a uma finalidade pública. Assim sendo, nas palavras de Carlos Pinto Coelho Motta:

É na Constituição Federal que a retrocessão deita raízes e recebe a essência jurídica que a sustém. Mesmo se estiver ausente no código Civil o preceito, a figura da retrocessão teria existência no direito brasileiro, pois é consequência jurídica do mandamento constitucional garantidor da inviolabilidade da propriedade.¹³⁴

Na mesma esteira o Juiz federal Edílson Pereira Nobre Júnior ressalta inclusive a posição do STF:

(...) outrora vassalo da tese do direito pessoal passou desde o RE 64.559- SP (RTJ 57/46, Relator Min. Eloy da Rocha), a compreender a retrocessão como direito real. Primeiramente, sob o fundamento já narrado, da inaplicabilidade do art. 1156 ao art. 1.150 do Código Civil. Depois, continuou a pervagar o mesmo caminho, porém com apego ao realce constitucional do *jus proprietatis*.¹³⁵

E por último fora suscitada a tese eclética, ou mista, cujo argumento reúne tanto a tese do direito real quanto do direito pessoal. Essa corrente aduz que, em determinadas hipóteses, cabe ao expropriado o direito de pleitear tanto uma indenização quanto a devolução do bem. Di Pietro entende que:

A retrocessão, em princípio, é um direito real, podendo ocorrer no entanto, de o bem expropriado, no estado em que se encontra, em razão de alterações nele realizadas, ou, em face de sua deterioração ou perda, não mais atender às

¹³⁴ COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2004. p. 775

¹³⁵ REVISTA DA ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL, nº 45. Maio/junho. 1995. p.60-71.

expectativas do antigo proprietário, permitindo-lhe pleitear o ressarcimento por perdas e danos.¹³⁶

Não obstante todas as considerações tecidas, a corrente que deve ser aplaudida é aquela que utiliza o argumento de ordem constitucional, uma vez que o Código Civil, novo ou velho, não tem o mérito de infringir a norma constitucional, que só permite a desapropriação por motivo de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social. Ou seja, uma vez não demonstrada a utilização do bem de acordo com os ditames da Constituição Federal, o direito de propriedade do expropriado se restabelece em sua totalidade, com o direito à reivindicação do imóvel.¹³⁷

Ainda que se enalteça a corrente que preza pela pujança constitucional ainda fica sem solução jurídica o fato de uma propriedade não ter sido utilizado para o fim que se propunha inserto no decreto expropriatório. Portanto, entende-se que o artigo 519 do Código Civil veio a assegurar ao expropriado apenas o direito de preferência, instituto próprio do Direito obrigacional. Ademais o artigo 35 do famigerado Decreto- Lei 3365 de 1941 subsidia tal disposição do novo Código. Ressalte-se que apesar da possibilidade da volta do bem ao expropriado não se dá em face do seu direito de seqüela, figurado ínsita ao Direito Real, mas em face de um artifício eminentemente pessoal. Apenas subsidiariamente, conforme o artigo 519 do Código Civil, haverá implementação por perdas e danos.

O estudo da retrocessão se faz não só imprescindível no direito como também independente para dirimir conflitos formados em torno da propriedade.

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Silvy Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.180

¹³⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiro, 1995. p. 68.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mariana Caribé de. Disponível em:

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/.../19657-19658-1-PB.pdf>>

ARIMATÉIA, José. Rodrigues **O direito de propriedade: limitações e restrições públicas**. 1.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

ASSAN ELIEL, Ozires. **Desapropriação**. 1. ed. São Paulo:Agajuris, 1998.

BARCHET, Gustavo. **Direito Administrativo**, 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano e função social da propriedade**. 1. ed. Curitiba: Juará Editora, 2005.

BRASIL ATUAL Disponível em <<http://www.brasilatual.com.br>>

BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Código Civil de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 de julho de 1934. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, 25 de março de 1824. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriação por utilidade pública .Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CHERMERIS, Ivan. **A função social da propriedade: o papel do judiciário diante das invasões de terras**. 1. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002.

COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Curso prático de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRETELA JÚNIOR, José. **Comentários à lei da desapropriação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

ERENBERG, Jean Jaques. **Função social da Propriedade Urbana**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **Da desapropriação no Direito Constitucional Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

HARADA, Kiyohi. **Desapropriação doutrina e prática**. ed. 4. São Paulo: Atlas, 2002.

LACERDA, Belizário Antônio de. **Da retrocessão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil - e outros escritos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

LUIS STECK, Lenio. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. Editora Malheiros, 2006.

MORAES SALLES, José Carlos de. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência: institutos afins da desapropriação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MOREIRA, Aroldo. **A propriedade sob diferentes conceitos**. 1. ed. Rio de Janeiro. Forense. 1996.

OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. **Desapropriação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PIPES, Richard. **Propriedade e liberdade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REVISTA DA ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL, nº 45. Maio/junho. 1995.

RIOS, Roger Raupp. **A propriedade e sua função social na Constituição da República de 1988**. Revista da Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, Nº64, 1995.

RODRIGUES, Silva. **Direito das Coisas**.10.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiro, 1995.

SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiro, 1995.

SILVA, Vitor Dias. **Os espaço (urbanos) da cidade**. Disponível em <<http://www.fadisma.com.br>>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 1ª Turma (u). RESP.86812027/11/2007. Rel.: Luiz Fux. Disponível em:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 1ª Turma (u). RESP.868655 06/03/2007. Rel.: Eliana Calmon. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 set.09.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp 62.506-8 - PR - 1ªT. - Rel. Min. Demócrito Reinaldo - DJU 19.06.95 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 set. 09.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 1ª Turma (u). RE. 99571. 9/03/1984. Rel.: Rafael Mayer. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 set. 09.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 1ª Turma (u). RE.N. 18.711. 3/12/1951. Rel.: Nelson Hungria. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 set. 09.

VENOSA, Sílvio de Salvo.. **Direito Civil. Direitos Reais**..6. ed. São Paulo: Atlas. 2006.