

**D) Ordenação administrativa  
e intervenção do Estado na  
propriedade**

***D) Administrative order and  
State intervention in property***



# TEMAS POLÊMICOS DA DESAPROPRIAÇÃO MUNICIPAL

---

## CONTROVERSIAL ISSUES ON EXPROPRIATIONS DETERMINED BY THE MUNICIPAL GOVERNMENT

**RICARDO MARCONDES MARTINS**

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de  
Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC-SP.  
ricmarconde@uol.com.br

Data de recebimento: 16.10.2017  
Data de aprovação: 23.11.2017

**ÁREAS DO DIREITO:** Administrativo; Constitucional

**RESUMO:** O estudo tem por objeto os temas polêmicos da desapropriação municipal, mais precisamente, a desapropriação-sanção por descumprimento da função social da propriedade urbana e a possibilidade de desapropriação municipal de bens estaduais ou federais. Para enfrentá-los, examinam-se, à luz da Constituição Federal, o direito fundamental de propriedade e o dever de atendimento da função social. O Município tem o dever de fixar no Plano Diretor o coeficiente de aproveitamento mínimo, para, a partir dele, definir quando se dá o cumprimento da função social da propriedade urbana. Desrespeitado esse coeficiente mínimo, deve ordenar o parcelamento ou a edificação, elevar a alíquota do IPTU e, se subsistir o descumprimento, desapropriar o bem com pagamento em títulos da dívida pública resgatáveis em até dez anos. Após examinar o regime jurídico dessa desapropriação, defende-se a inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 3.365/41 e, pois, a possibilidade de desapropriação municipal de bens estaduais e federais. Examina-se, então, o regime jurídico dessa desapropriação.

**ABSTRACT:** This paper is aimed at analyzing controversial issues surrounding expropriations by the municipal government – more precisely, punitive expropriations based on failure to observe the social function of urban property and the possibility that expropriations of state and federal properties be determined by the municipal government. For such a study to be conducted, one examines, in the light of the Brazilian Federal Constitution, the fundamental right to property and the duty to comply with its social function. The City Government has the duty to establish, in the Zoning Plan, a minimum ratio to define the basis for urban properties' compliance with their social function. Should such minimum ratio be disrespected, the City Government must determine land division or construction, raise the Property Tax (IPTU) rate and, if non-compliance is to be substituted, expropriate the property upon compensation in government bonds redeemable within no more than ten years. Following examination of the legal regime for such type of expropriation, one defends the unconstitutionality of Art. 2, § 2, of Executive Order 3365/41 and

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de propriedade – Função social da propriedade urbana – Desapropriação-sanção – Desapropriação de bens públicos – Coeficiente de aproveitamento.

hence the possibility that expropriations of state and federal properties be determined by the municipal government. Then, one proceeds to analyzing the legal regime of said expropriation.

**KEYWORDS:** Property right – Social function of urban property – Punitive expropriation – Expropriation of public property – Use ratio.

**SUMÁRIO:** 1. Direito de propriedade. 2. Função social da propriedade. 3. Função social da propriedade urbana. 4. Desapropriação e servidão administrativa. 5. Desapropriação-sanção. 6. Desapropriação de bens públicos. 7. Teoria da desapropriação. 8. Referências bibliográficas.

## 1. DIREITO DE PROPRIEDADE

A propriedade, comumente estudada na seara do direito civil, é um instituto do *direito público*<sup>1</sup>. Trata-se de um *direito fundamental*, positivado no artigo 5º, XXII, da CF/88: “é garantido o direito de propriedade”, afirmou o constituinte expressamente. O presente estudo tem por objeto os temas polêmicos da desapropriação municipal, em especial a desapropriação-sanção pelo descumprimento da função social da propriedade urbana e a desapropriação municipal de bens estaduais e federais. Para enfrentá-los faz-se necessário examinar o direito fundamental de propriedade à luz da Constituição Federal. Para tanto, é mister fixar algumas premissas em relação aos direitos fundamentais, a partir de dois conjuntos de teorias.

O primeiro conjunto diz respeito às *teorias do suporte fático*. Existem, basicamente, *duas teorias*: a do *suporte fático amplo* e a do *suporte fático restrito*. Para os partidários da primeira, tudo que for abrangido pelo texto em que o direito fundamental está positivado diz respeito ao suporte fático do respectivo direito. Ao revés, para os partidários da segunda, nem tudo que é abrangido pelo texto integra o suporte fático<sup>2</sup>. Um bom exemplo é a liberdade de manifestação

1. Foi o que reconheceu Celso Antônio Bandeira de Mello: “O direito de propriedade [...] encarta-se, ao nosso ver, no Direito Público e não no Direito Privado” (Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, ano XX, out.-dez. 1987. p. 39).
2. Sobre ambas, vide: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 307-332; SILVA, Virgílio Afonso da.

de pensamento (CF/88, art. 5º, IV): para os partidários da teoria ampla, toda manifestação estaria *prima facie* garantida, podendo essa manifestação ser restringida/limitada por outras normas; para os partidários da teoria restrita, certas manifestações, como a calúnia ou a injúria, não estariam abrangidas pela norma do direito fundamental, independentemente de outras normas. Adota-se, aqui, a *teoria ampla*: o suporte fático do direito fundamental abrange tudo que for *subsumido* ao texto em que ele está positivado.

O segundo conjunto diz respeito às teorias *interna* e *externa* dos direitos fundamentais<sup>3</sup>. Para os partidários da *teoria interna*, a configuração do direito fundamental é uma atividade conjunta do constituinte e do legislador. Este, ao estabelecer *limites* ao direito fundamental, está, na verdade, definindo os contornos do direito. A norma extraída do texto constitucional seria uma norma incompleta; somente a partir da leitura global do ordenamento, das normas constitucionais e legislativas, seria possível estabelecer a norma do direito fundamental. Para a *teoria interna* há *limites* constitucionais e legislativos ao direito fundamental, os quais definem os contornos do respectivo direito. Para os partidários da *teoria externa*, há que se distinguir a norma constitucional que estabelece *prima facie* a proteção do direito fundamental, e as normas constitucionais e legislativas que o *restringem*. São normas autônomas: a que estabelece o direito e a que o restringe. Para a teoria externa há autênticas *restrições* constitucionais e legislativas ao direito fundamental. Adota-se nesta exposição a *teoria externa*: existe a norma constitucional que garante o direito de propriedade e normas constitucionais e legislativas que restringem o direito de propriedade.

O próprio constituinte restringiu o direito de propriedade ao determinar que ela deve atender à *função social* (CF, art. 5º, XXIII), tema retomado adiante. Outrossim, é indiscutível que o legislador possui competência para restringir a propriedade assegurada constitucionalmente, *competência* essa restringida por *três fatores*. Primeiro, existe uma *conformação constitucional do direito propriedade*, decorrente da resposta à pergunta: ao garantir a propriedade, o constituinte garantiu o quê? Perceba-se: apesar de garanti-la, o constituinte não a definiu, o que gera um problema hermenêutico. Não é necessário definir o direito fundamental de liberdade, mas é necessário definir o direito fundamental

---

*Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo; Malheiros, 2009. p. 79 et seq.

3. Sobre ambas, vide: ALEXY, Robert. Op. cit., p. 277 et seq.; SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 127 et seq.

de propriedade. Isso porque ele consiste num *direito institucional*, quer dizer, num direito cuja tutela jurídica exige uma definição jurídica<sup>4</sup>. Quando a Constituição protege um *instituto jurídico* – um conjunto de normas reunido num núcleo típico –, ela se reporta ao conjunto normativo que dá concretude ao referido instituto. Ao garanti-lo, torna impossível sua supressão pelos poderes constituídos. Tratando-se de *direito individual*, nem o constituinte pode efetuar essa supressão, pois configura *cláusula pétrea* (CF/88, art. 60, § 4º, IV). Além da propriedade, a herança (CF/88, art. 5º, XXX) também é típico direito fundamental institucional. Perceba-se a diferença dogmática: para proteger a liberdade, basta a previsão constitucional do direito à liberdade<sup>5</sup>; para proteger a propriedade e a herança, não basta a previsão constitucional da garantida da propriedade e da herança. Há necessidade de uma *definição jurídica* do que seja propriedade e do que seja herança; faz-se necessária, enfim, a *conformação* ou a *regulação do direito fundamental*.

Sobre o tema, há controvérsia na doutrina: para alguns, é perfeitamente possível a *conformação legislativa* do direito fundamental,<sup>6</sup> para outros, toda conformação legislativa é uma *restrição* do direito fundamental.<sup>7</sup> Adota-se aqui uma *terceira posição*: por um lado, conformação não se confunde com restrição; por outro, é vedado ao legislador conformar o direito fundamental. Vale

- 
4. Sobre os *direitos institucionais* vide, por todos: MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 693-694.
  5. Sobre o *direito fundamental à liberdade*, vide nosso *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015. Cap. 2, p. 59 et seq.
  6. Por todos, doutrina Gilmar Ferreira Mendes: “É a ordem jurídica que converte o simples *ter em propriedade*, institui o *direito de herança* e transforma a coabitação entre homem e mulher em casamento. Tal como referido, a proteção constitucional do direito de propriedade e do direito de herança não teria, assim, qualquer sentido sem as normas legais relativas ao direito de propriedade e ao direito de sucessão. Como essa categoria de direito fundamental confia ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do *direito regulado*, fala-se, nesses casos, de *regulação* ou de *conformação* (*Regelung oder Ausgestaltung*) em lugar de *restrição* (*Beschränkung*). É que as normas legais relativas a esses institutos não se destinam, precipuamente, a estabelecer restrições. Elas cumprem antes relevante e indispensável função como *normas de concretização* ou de *conformação* desses direitos” (Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 215).
  7. Por todos, doutrina Virgílio Afonso da Silva: “Regulamentar a forma é restringir às formas permitidas o exercício do direito” (SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 108).

dizer: toda conformação legislativa é de fato autêntica restrição, mas nem toda conformação é uma restrição. A *conformação dos direitos fundamentais institucionais* encontra-se sempre *implícita* no texto constitucional. Para entender essa assertiva deve-se lembrar de que as palavras constitucionais são signos e não ruídos, quer dizer, significam; por conseguinte, seu significado constitucionaliza-se junto com a palavra. Pois bem, e qual é o significado da palavra “propriedade” no texto do inciso XXII do art. 5º da CF/88?<sup>8</sup>

Eis um problema: o constituinte não definiu e, assim, não conformou expressamente o direito de propriedade. Respeitados os contornos estabelecidos no texto constitucional (*postulado da prioridade do texto*), ao garantir o *direito de propriedade*, ele garantiu o que se entendia na época da promulgação da Constituição como direito de propriedade (*postulado da prioridade do significado técnico e postulado da prioridade do significado pretérito*).<sup>9</sup> Por evidente, ao garantir o “direito de propriedade”, o constituinte não garantiu uma expressão oca, vazia, passível de abarcar qualquer significado. Ele garantiu o que se entendia na época por “direito de propriedade”. Daí a pergunta: o que se entendia, em outubro de 1988, por “direito de propriedade”? O Direito brasileiro definia-o no art. 524 do Código Civil de 1916 como o direito de usar, gozar e dispor dos bens que se tem o domínio e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua<sup>10</sup>. Essa definição constitucionalizou-se junto

---

8. Retoma-se aqui o explicado em nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 57 et seq.

9. Por força do *postulado da prioridade do texto* o significado das palavras constitucionais deve ser buscado, primeiro, no próprio texto constitucional. Por força do *postulado da prioridade do significado técnico*, havendo um significado técnico, deve-se presumir, na falta de indicação textual em contrário, que o constituinte usou a palavra no significado técnico e não no significado comum ou natural. Por fim, em virtude do *postulado da prioridade do significado pretérito*, havendo dois significados técnicos para a palavra constitucional, deve-se considerar, na falta de indicação textual em contrário, que o constituinte utilizou a palavra no significado técnico existente quando da promulgação da Constituição. Se, na época da promulgação, havia dois ou mais significados técnicos, faz-se necessário recorrer às fontes históricas para apurar em que sentido a palavra foi utilizada (Cf. nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, cit., p. 57-65).

10. Por todos, esclarece Gustavo Tepedino: “A faculdade de usar (*ius utendi*) consiste em dar à coisa a destinação econômica que lhe é própria, isto é, utilizar-se dela sem alteração de sua substância” (*Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 14: direito das coisas: arts. 1.196 a 1.276. p. 234). Pouco à frente: “o direito de gozar ou usufruir (*ius fruendi*) consiste em extrair benefícios econômicos da coisa, traduzindo-se na percepção, pelo titular, de frutos naturais e civis da coisa, beneficiando-se

com a palavra; trata-se da *conformação implícita* do direito de propriedade, conformação essa que deve ser respeitada pelo legislador – primeira restrição à competência discricionária legislativa para restrição do direito fundamental de propriedade.

A segunda restrição decorre da chamada *lei da ponderação*: uma restrição a um direito fundamental só é justificada à medida que é exigida para satisfação de outro princípio constitucional<sup>11</sup>. Noutras palavras: as restrições legislativas à propriedade devem ser *proporcionais*<sup>12</sup>. A terceira restrição decorre do dever de observância do *núcleo essencial* do direito fundamental. A teoria do núcleo essencial é repleta de controvérsias, sendo a principal a concernente às teorias *absoluta* e *relativa*. Para a primeira, há um núcleo duro, intangível, que, independentemente das circunstâncias fáticas, não pode ser restringido pelo legislador. Pela segunda, os contornos do núcleo essencial dependem da aplicação do postulado da proporcionalidade e, pois, das circunstâncias fáticas e jurídicas<sup>13</sup>. Adota-se a teoria relativa em razão de uma premissa filosófica: a teoria absoluta vai de encontro à relatividade dos valores<sup>14</sup>. O fato de os contornos dependerem das circunstâncias não implica a inexistência de um núcleo, que deve ser respeitado pelo agente normativo quando do estabelecimento de restrições infraconstitucionais. A intervenção na propriedade que afeta o núcleo essencial não é restrição, mas *sacrifício* do direito de propriedade.

O *núcleo essencial* é, pois, o conceito-chave para diferenciar “restrição do direito de propriedade” de “sacrifício do direito de propriedade”, diferenciação

---

de seus produtos”. (Ibidem, p. 235). À frente, conceitua a faculdade de dispor (*ius abutendi*) como “o poder de decidir quanto ao destino a ser dado à coisa”. (Idem). E finalmente, a faculdade de reaver a coisa de quem quer que injustamente a possua ou detenha (*rei vindicatio*) “configura a defesa desse direito”. (Idem). São as *faculdades do proprietário*, hoje expressamente previstas no artigo 1.228, *caput*, do Código Civil vigente (Cf. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI. t. I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil. p. 255-256).

11. Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., Cap. III, p. 167.
12. Sobre o postulado da proporcionalidade vide: CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
13. Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 297-301.
14. Cf. nosso *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 302-303.



de implicações dogmáticas importantíssimas. Enquanto a restrição ao direito de propriedade independe de *indenização*, o sacrifício exige *indenização* em pecúnia. Daí a pergunta: qual é o núcleo essencial do direito de propriedade? Para o Tribunal Constitucional Alemão ele consiste no uso privativo e na disponibilidade sobre o objeto do domínio<sup>15</sup>. A doutrina brasileira, contudo, chegou a uma maior precisão teórica. Com efeito: o núcleo essencial da propriedade é dado pela reunião de duas propostas teóricas, a de Celso Antônio Bandeira de Mello e a de Carlos Ari Sundfeld. O primeiro, em 1982, observou que o núcleo essencial não se refere à significação patrimonial ou econômica da coisa, mas à sua *funcionalidade*<sup>16</sup>. Nas palavras do ínclito administrativista: “entende-se por funcionalidade a aptidão natural do bem em conjugação com a destinação social que cumpre, segundo o contexto em que está inserido”.<sup>17</sup> Carlos Ari, em 1987, sustentou que o núcleo essencial está indissociavelmente ligado à ideia de *exclusividade*. Em suas palavras: “a relação de propriedade tem o condão de afastar terceiros da mesma relação, à qual só poderão ser admitidos pela vontade do titular”<sup>18</sup>. Da combinação de ambas as propostas se estabelecem os contornos do *núcleo essencial* do direito de propriedade: trata-se da *utilização exclusiva e funcional* do bem que se tem o domínio.

## 2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O direito brasileiro sofreu influência da doutrina do ínclito publicista francês Leon Duguit, mas não acolheu sua proposta. Em agosto e setembro de 1911, Duguit proferiu seis conferências na Faculdade de Direito de Buenos Aires, publicadas sob o título “As transformações gerais do direito privado desde o Código de Napoleão”<sup>19</sup>. Na sexta conferência, defendeu a inexistência de um *direito subjetivo* de propriedade: “a propriedade individual deixa de ser

---

15. BVERFG 31, 229 (SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Henning et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 740).

16. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Natureza jurídica do zoneamento: efeitos. *Revista de Direito Público (RDP)*, São Paulo, ano XV, n. 61, jan.-mar. 1982. p. 38-39.

17. *Ibidem*, p. 39.

18. SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 15.

19. DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Trad. Carlos G. Posada. 2. ed. Madrid: Francisco Beltran, [191-].

um direito do indivíduo, para converter-se em uma função social”<sup>20</sup>. A Constituição, no inciso XXII do art. 5º, assegurou o direito de propriedade, ainda que haja o descumprimento da função social<sup>21</sup>. Direitos fundamentais têm natureza de princípios<sup>22</sup>: trata-se de *mandados de otimização* realizáveis de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas<sup>23</sup>. Ao assegurar o direito de propriedade, o constituinte determinou que se projeta, o *mais intensamente possível*, o direito de usar, gozar e dispor dos bens que se tem o domínio e de reivindicá-los de quem injustamente os possua. O próprio constituinte, porém, *restringiu* esse direito: determinou o cumprimento da função social. Esta, percebe-se, não é uma qualidade do direito de propriedade, mas uma *restrição constitucional* ao direito de propriedade<sup>24</sup>.

No direito, o conceito mais difundido de função foi o proposto pela doutrina italiana: *função* consiste no *dever* de tutelar o interesse alheio e no *poder* necessário para se desincumbir desse dever; conceito esse extraído do famoso dicionário de Santi Romano<sup>25</sup> e, na doutrina brasileira, difundido por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>26</sup>. Adotando-se esse conceito, *função social* consiste

20. Ibidem, p. 168.

21. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público, cit., RDP 84/41. O aclamado professor paulista apresenta, nesse notável estudo, argumento irrefutável: a Constituição pune a propriedade urbana e rural que descumpra a função social com a desapropriação em títulos da dívida pública e agrária (CF/88, arts. 182, § 4º, III; 184, *caput*). Ao condicionar a perda da propriedade que descumpra a função social ao pagamento de indenização, o constituinte assegurou o direito de propriedade, independentemente do cumprimento da função social.

22. A palavra princípio é ambígua na Ciência do Direito; atualmente, possui dois significados básicos: a) é a denominação dada aos elementos estruturantes do sistema normativo; b) é a denominação dada aos valores positivados no sistema. Cf. nosso *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010. Cap. 1.2, p. 21-29. Utiliza-se acima a palavra “princípio” no segundo significado.

23. É o aclamado conceito de ALEXY, Robert. Op. cit., Cap. 3, p. 90.

24. Em sentido contrário, sustentam que a função social diz respeito à estrutura do direito e não ao seu exercício: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 273; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 244-248.

25. SANTI ROMANO. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: Giuffrè, 1947, “Doveri, obblighi”, IV. p. 97; “Poteri, potestà”, V. p. 179-180.

26. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. Cap. I, § 54, p. 72. Sobre o tema vide nosso *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, cit., p. 37 et seq.

no dever de tutelar o *interesse social* por meio dos poderes necessários para se desincumbir desse dever. Como bem percebeu Celso Antônio Bandeira de Mello, a *função social* da propriedade possui duas acepções: uma *individual*, atinge as faculdades do proprietário; outra *coletiva*, diz respeito aos objetivos da Justiça social<sup>27</sup>.

Pela *acepção individual*, as liberdades do proprietário são restringidas. A propriedade importa na faculdade de decidir pelo livre-arbítrio sobre o uso, gozo, disposição e reivindicação da coisa. O dever de cumprimento da função social proíbe ao proprietário escolher alternativas que contrariem o interesse social. Não se impõe ao proprietário um uso específico, a escolha da *melhor* alternativa. O dever de cumprimento da função social, na *acepção individual*, impede que o proprietário, ao exercer as faculdades inerentes à propriedade, contrarie o interesse social, mas não lhe obriga a tutelar da melhor forma possível esse interesse<sup>28</sup>. Essa *acepção* é o fundamento, por exemplo, da proibição aos atos emulativos, estabelecida no art. 1.228, § 2º, do Código Civil: são proibidos atos animados pela intenção de prejudicar outrem que não gerem nenhuma comodidade ou utilidade ao proprietário.

Por força da *acepção coletiva*, o Legislador e a Administração, no exercício de suas competências discricionárias, estão autorizados a intervir sobre a propriedade privada para realizar os ditames da justiça social (CF, art. 170, *caput*), de modo a cumprir os seguintes objetivos da República brasileira: construir uma sociedade justa, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir a desigualdade social (CF, art. 3º, I e II). Por força da *acepção coletiva*, a função social da propriedade é cumprida com a equânime distribuição da propriedade. Eis o fundamento da *desapropriação por interesse social*, prevista no artigo 5º, XXIV, da CF/88 e disciplinada na Lei Federal 4.132/62.

O constituinte não se limitou a impor ao proprietário o cumprimento da função social. Estabeleceu regras específicas sobre o tema e, ao fazê-lo, diferenciou a *propriedade urbana* da *propriedade rural*. Nos termos do art. 186 da CF/88, a função social é cumprida quando a propriedade, simultaneamente, atende a quatro requisitos: aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações trabalhistas e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores, segundo

27. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*, cit., RDP 84/43-44.

28. Cf. nosso *Teoria jurídica da liberdade*, cit., Cap. II-6, p. 77-78.

critérios e graus de exigência estabelecidos em lei. Referidos critérios e graus foram estabelecidos na Lei Federal 8.629/93. A propriedade rural que não cumpre a função social fica sujeita à desapropriação-sanção prevista no art. 184, a ser empreendida pela União. Ao contrário da desapropriação ordinária, que exige prévia e justa indenização em dinheiro, essa se dá em títulos da dívida agrária resgatáveis no prazo de até 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão<sup>29</sup>. Perceba-se: cabe, prioritariamente, à União legislar sobre a função social da propriedade rural e tutelá-la.

Observa-se que o constituinte afastou a sanção em relação à pequena e média propriedade rural, desde que seu proprietário não possua outra, e à propriedade produtiva (CF/88, art. 185). Nesses dois casos, mesmo que a propriedade descumpra a função social, vale dizer, desatenda aos critérios definidos no artigo 186, ela não pode ser desapropriada mediante pagamento em títulos da dívida agrária. Resta ao Poder Público, nesse caso, a desapropriação por interesse social, prevista no artigo. 5º, XXIV, ou seja, mediante prévia e justa indenização em dinheiro,<sup>30</sup> desapropriação essa que pode ser empreendida tanto pela União, como pelos Estados, como pelos Municípios<sup>31</sup>. De fato: não

- 
29. Sobre a desapropriação-sanção para reforma agrária vide: OPITZ, Silvia C. B.; OPITZ, Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209 et seq.; MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 35 et seq. e 127 et seq.; ROCHA, Ibraim et al. *Manual de direito agrário constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 315 et seq.
30. Nesse sentido, doutrina por todos José Afonso da Silva: “Desde que se pague a indenização em dinheiro, nos termos do art. 5º, XXIV, da CF, qualquer imóvel rural pode ser desapropriado por interesse social para fins de reforma agrária e para melhor distribuição da propriedade rural (art. 185)” (*Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 745).
31. Há, contudo, antigos precedentes do STF, aparentemente em sentido contrário: “Firmou-se a jurisprudência do STF que só não é lícito aos Estados e Municípios a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária” (STF, 2ª Turma, RE 90.602/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 15.03.1983, DJ 03.06.1983, p. 17880; STF, Pleno, RE 88.742 EDv/MG, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 19.11.1981, DJ 05.02.1982, p. 442, RTJ 100-03/1116). A posição da Corte é incompatível com a Constituição atual. Com efeito: foi atribuída à União a competência para a desapropriação por interesse social, para reforma agrária, em títulos da dívida agrária, quer dizer, a desapropriação-sanção. Em nenhum momento a Constituição atribui apenas à União a desapropriação por interesse social, para reforma agrária, em dinheiro. Nada impede, portanto, numa leitura correta do texto constitucional vigente, que Estados e Municípios efetivem reforma agrária, desde que o façam pela desapropriação *ordinária*, mediante prévia e justa indenização em pecúnia.

cabe ao Município efetivar a desapropriação-sanção prevista no artigo 184 da CF/88, mas nada lhe impede de desapropriar ordinariamente a propriedade rural mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Em relação à propriedade urbana, estabeleceu o constituinte, no artigo 182, § 2º, que a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no *Plano Diretor*. Também atribuiu ao Município, no § 4º do mesmo dispositivo, a possibilidade de exigir do proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de sucessivamente: *parcelamento* ou *edificação* compulsório; IPTU progressivo no tempo, e desapropriação-sanção, em títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos. Perceba-se: cabe, prioritariamente, ao Município legislar sobre a função social da propriedade urbana e tutelá-la.

A *contrario sensu* do referido § 4º do art. 182, extrai-se a diretriz de que imóveis urbanos não parcelados descumprem a *função social da propriedade*. Cabe ao Município, nos termos do inciso VIII do art. 30 da CF/88, promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do *parcelamento* e da ocupação do solo urbano. O dispositivo deve ser lido em conjunto com o art. 182, também da CF/88, pelo qual compete ao Município executar a política de desenvolvimento urbano, respeitadas as diretrizes fixadas em lei federal. O *parcelamento do solo urbano* dá-se pelo *loteamento* e pelo *desmembramento*.

### 3. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

No *meio urbano*<sup>32</sup>, faz parte do núcleo essencial do direito de propriedade *edificar* no imóvel que se tem o domínio. Nos termos já expostos, esse núcleo

---

32. Há dois critérios para distinguir o imóvel *urbano* do imóvel *rural*: a) a *localização* e b) a *destinação*. O Código Tributário Nacional adota no art. 29, ao definir o aspecto espacial do ITR, o critério da localização. O art. 4º, I, da Lei Federal 4.504/64 (Estatuto da Terra) e o art. 4º, I, da Lei Federal 8.629/93 acolheram o segundo critério: é rural ou rústico o imóvel destinado à agricultura e pecuária, independentemente de sua localização. Boa parte da doutrina adota o critério da destinação. Por todos: OPITZ, Silvia C. B.; OPITZ, Oswaldo. Op. cit., p. 60. Há precedente do STF em prol do critério da destinação: “Caracteriza-se o imóvel rural por sua destinação ou utilização econômica e não pela localização” (STF, 1ª Turma, RE 102.816/RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 19.06.1987, DJ 06.11.1987, p. 24.441). O critério da localização só subsiste para fins tributários (STF, Pleno, RE 93.850/MG, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.05.1982, DJ 27.08.1982, p. 08180, RTJ 105-01, p. 194).

é caracterizado pela *funcionalidade*. Daí a precisa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “se o Estado vedar edificação em imóvel sediado no interior de um núcleo urbano haverá elidido seu uso funcional, ainda que permita, no mesmo imóvel, utilização agrícola”.<sup>33</sup> O proprietário tem, portanto, um *direito constitucional* a construir em seu imóvel. A *edificação* dá-se no lote, “fração elementar do território urbano”, sinônimo de “unidade edilícia”, quer dizer, “unidade destinada à edificação”<sup>34</sup>. Esse *direito de construir* é restringido por dois conjuntos normativos: pelas *normas edilícias* e pelas *normas urbanísticas*. As *normas edilícias*, relativas ao chamado *direito de construção*, consideram o lote *isoladamente*, referem-se a *aspectos internos* da construção, e têm, em geral, *natureza privada*. Abrangem o chamado *direito de vizinhança*, disciplinado nos artigos 1.277 a 1.313 do Código Civil, que se destina a tutelar a segurança, o sossego e a saúde dos vizinhos<sup>35</sup> e integra o direito civil, de competência privativa da União (CF, art. 22, I). A disciplina da construção, porém, não se esgota no direito de vizinhança. Cabe ao Município editar o Código de Obras e disciplinar a construção, do ponto de vista interno, no meio urbano. As *normas urbanísticas* consideram o lote no *contexto da cidade*, referem-se a *aspectos externos* da construção, como a ordenação do solo, e têm *natureza pública*<sup>36</sup>. Cabe, precipuamente, ao Município, editar o Plano Diretor e a Lei de Zoneamento, e disciplinar a construção, do ponto de vista externo, no meio urbano.

Apesar de assegurado constitucionalmente, o direito de construir, ínsito ao direito de propriedade urbana, é densamente restringido pelas normas edilícias e urbanísticas. O exercício do direito, por isso, é submetido a prévio controle administrativo municipal: para construir, o proprietário deve obter *licença municipal de construção*. Essa, percebe-se, não é constitutiva do direito de construção, mas é constitutiva do exercício do direito<sup>37</sup>. O Município

---

33. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza jurídica do zoneamento: efeitos*, cit., RDP 61/39.

34. Cf. CASTILHO, José Roberto Fernandes. *Disciplina urbanística da propriedade: o lote e seu destino*. 3. ed. São Paulo: Pillares, 2010. p. 40. José Afonso da Silva conceitua-o com “unidade edificável”: “porção de terreno com frente para logradouro público em condições de receber edificação residencial, comercial, institucional ou industrial” (SILVA, José Afonso. *Curso de direito urbanístico*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 334).

35. Cf. CASTILHO, José Roberto Fernandes. Op. cit., p. 28-34. Sobre o direito de construir é referência obrigatória na doutrina brasileira a obra de MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

36. Cf. CASTILHO, José Roberto Fernandes. Op. cit., p. 28-34.

37. Como bem explica Carlos Ari Sundfeld: “O proprietário é legalmente proibido de edificar sem a prévia obtenção de licença. De conseqüente, o ato que faculta o início da

deve restringi-lo tendo em vista o uso adequado do espaço urbano e, pois, a instalação da *infraestrutura urbana* básica. Por isso, não pode permitir que o proprietário construa “sem limites”. As edificações devem ser associadas à rede de infraestrutura urbana: o *sistema viário* (vias pavimentadas, com guias e sarjetas a demarcar o passeio e permitir o direcionamento das águas da chuva), o *sistema sanitário* (água, esgoto, captação e destino de águas pluviais e coleta de lixo), o *sistema energético* (energia elétrica domiciliar, rede de iluminação pública, gás canalizado)<sup>38</sup>.

A adequação entre a edificação e a infraestrutura urbana dá-se, entre outros fatores, pelo *coeficiente de aproveitamento* (CA), índice urbanístico que define o potencial construtivo do lote, ou seja, quantos metros quadrados de edificação podem ser levantados no lote.<sup>39</sup> Relaciona, portanto, a área da edificação (ae) e a área do total do lote (al). Quer dizer:  $CA = ae/al$ . De modo que, multiplicado o CA pela área do lote, obtém-se a quantidade de metros quadrados que podem ser nele construídos. O Município deve definir o CA no Plano Diretor. Mais precisamente, deve o Município definir no Plano Diretor o coeficiente de aproveitamento básico, mínimo e máximo.

O *coeficiente básico* define o potencial construtivo gratuito, quer dizer, a edificação que independe de contraprestação pecuniária pelo proprietário. O *coeficiente mínimo* estabelece a obrigação de construir para cumprimento da

---

construção não pode ser meramente declaratório. Sua expedição pressupõe, decerto, haver o Poder Público constatado que, por atender os requisitos da lei, o proprietário tem o direito de ver deferida a licença (se se quiser: tem o direito de construir); nesse aspecto, o ato é recognitivo de direito. No entanto, não é meramente declaratório, mas também constitutivo, visto atribuir ao proprietário faculdade de que não dispunha antes: a de iniciar as obras. Por mais que se queira classificar a licença como ato declaratório, ninguém negará que o proprietário não tem qualquer espécie de direito de iniciar a edificação antes dela” (*Direito administrativo ordenador*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 43).

38. A classificação, tendo em vista às funções que exercem, é apresentada por CASTILHO, José Roberto Fernandes. Op. cit., p. 79. Os *equipamentos urbanos* são arrolados no § 5º do art. 2º da Lei 6.766/79: “a infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação”.

39. Sobre o tema vide a magistral obra de CASTILHO, José Roberto Fernandes. Op. cit., p. 157 et seq. Estabelece o § 1º do art. 28 do Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/01): “coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno”.

função social. O *coeficiente máximo* estabelece a construção possível mediante outorga onerosa do direito de construir<sup>40</sup>. Ao Município, nos termos do art. 182, § 4º, da CF/88, compete exigir do proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, e para tanto deve definir no Plano Diretor o *coeficiente de aproveitamento mínimo*. Definido esse coeficiente, se o proprietário edificar abaixo dele, subutilizará o imóvel e, desse modo, desatenderá o dever de cumprir a função social. O cumprimento do *coeficiente mínimo*, definido no Plano Diretor, é obrigatório, não está no âmbito da liberdade do proprietário. Cumprido o coeficiente mínimo, o proprietário é livre para cumprir o coeficiente básico; pode fazê-lo, mas não é obrigado. Considera-se a edificação relativa ao coeficiente básico ínsita às prerrogativas do proprietário; ela independe de contrapartida. Finalmente, pode o proprietário adquirir potencial construtivo além do potencial inerente ao seu direito de propriedade; trata-se da *outorga onerosa do direito de construir* prevista nos artigos 28 a 31 do Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/01). Nesse caso, a edificação, acima do coeficiente básico e abaixo do coeficiente máximo, depende de contrapartida, nos termos estabelecidos no Plano Diretor.

O Legislador Municipal possui certa *discricionariedade* para estabelecer os três coeficientes<sup>41</sup>, mas não é livre para fazê-lo. Se não estabelecer um coeficiente básico *razoável*, violará o *núcleo essencial* do direito de propriedade. Pode-se, no plano abstrato, fixar a seguinte diretriz: como regra geral (*prima facie*), coeficientes básicos inferiores a um (1) violam o núcleo essencial; a fixação acima de um, porém, depende da *situação fática*. Quanto maior a edificação e o adensamento populacional da área, percebe-se, maior é o impacto no meio urbano. Grandes edificações tendem a importar em grave impacto, por exemplo, no tráfego local e na demanda de transporte coletivo<sup>42</sup>.

Cabe ao Legislador e ao Administrador Municipal impor ao proprietário que cause significativo impacto no meio ambiente artificial que compense esse impacto. A *compensação urbanística*, no caso, dá-se pela contrapartida fixada na

---

40. Cf. CASTILHO, José Roberto Fernandes. Op. cit., p. 221-224.

41. A discricionariedade legislativa para fixação dos coeficientes de aproveitamento é limitada por dois pressupostos formalísticos: a *participação popular* no processo de elaboração do plano urbanístico e a *motivação* que deve explicitar as justificativas técnicas das decisões nele consagradas (Cf. CASTILHO, José Roberto Fernandes. Op. cit., p. 213).

42. Justamente por isso o Estatuto da Cidade condiciona o licenciamento de obras que causem significativo impacto no meio urbano à realização de estudo de impacto de vizinhança e, nele, à apuração da geração de tráfego e demanda de transporte coletivo (Lei 10.257/01, art. 37, V).



outorga onerosa do direito de construir. Pode-se estabelecer uma diretriz para os *grandes centros urbanos*: regra geral (*prima facie*), as edificações acima do coeficiente um (1) devem ser condicionadas à *compensação urbanística* pelo impacto que gerarem no trânsito e na demanda de transporte coletivo<sup>43</sup>. Posto isso, o coeficiente básico deve ser, regra geral, igual a um. Em locais de baixo adensamento, o impacto no trânsito e no transporte coletivo é menor e, por isso, é menor a necessidade de compensação. A fixação dos índices básico e máximo deve levar em consideração a *situação fática*, mais precisamente a rede de infraestrutura urbana local, e o impacto que a construção causará nessa rede.

O proprietário de uma grande gleba<sup>44</sup> no meio urbano não pode, regra geral, simplesmente construir nessa gleba. Deverá efetuar o *parcelamento do solo*. Caso não faça, dificilmente conseguirá cumprir o *coeficiente de aproveitamento mínimo* fixado no Plano Diretor e, pois, respeitar o dever de atendimento à *função social urbana*. O *parcelamento* pode ser feito por *loteamento* ou por *desmembramento*. Nos termos do § 1º do art. 2º da Lei Federal 6.766/79, a subdivisão da gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes, chama-se *loteamento*. Ele forma o *lote*, a *quadra* e a própria *via pública, elementos estruturantes do espaço urbano*<sup>45</sup>. O *desmembramento*, espécie de parcelamento, é mais simples que o loteamento, pois não implica a abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação das já existentes. Tanto o parcelamento como o desmembramento dão origem a lotes urbanos; o primeiro, porém, dá origem também a vias públicas e logradouros, enquanto o segundo aproveita o sistema viário existente<sup>46</sup>.

---

43. Ainda incipiente entre nós, o instituto da compensação urbanística é corrente no direito espanhol. Afirma José S Martín Blanco, em monografia dedicada ao tema: “El ejercicio de la *facultas aedificandi*, como el ejercicio del aprovechamiento y uso urbanístico de los bienes, requieren el previo cumplimiento de las cargas urbanísticas de la propiedad. El *ius aedificandi* no viene otorgado por el Plan sino que es un efecto reflejo de éste, cuya virtualidad solamente se produce a través y previo el cumplimiento de las cargas urbanísticas por el propietario” (*La compensación urbanística*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1985. p. 39).

44. Gleba é a “área de terreno ainda não parcelada e situada em zona urbana ou zona de expansão urbana, assim definidas em lei municipal, com área mínima também legalmente estabelecida” (FERRARI, Celson. *Dicionário de urbanismo*. São Paulo: Disal, 2004. p. 173).

45. Cf. CASTILHO, José Roberto Fernandes. Op. cit., p. 51.

46. *Ibidem*, p. 53.

Por conseguinte, não é correto supor que o parcelamento é *facultativo*. Se o legislador municipal não o impuser, incidirá em omissão inconstitucional. A faculdade referida no § 4º do art. 182 da CF/88 importa, regra geral, num dever.<sup>47</sup> Proprietários de grandes glebas – a extensão possível da gleba também deve ser definida na lei municipal – devem loteá-las sob pena de descumprirem a função social da propriedade. Essa obrigação deve ser disciplina no Plano Diretor, mediante a fixação do coeficiente de aproveitamento mínimo.

Efetuada breve estudo sobre o direito fundamental da propriedade e o dever de cumprimento da função social, pode-se, finalmente, enfrentar o tema objeto deste estudo: os aspectos polêmicos da desapropriação municipal.

#### 4. DESAPROPRIAÇÃO E SERVIDÃO ADMINISTRATIVA

Nos termos já expostos, quando a intervenção estatal afeta o núcleo essencial do direito de propriedade, descaracteriza-se a *restrição*, *limitação* ou *conformação* do direito e caracteriza-se o *sacrifício* do direito. Regra geral, a violação do núcleo essencial dos direitos fundamentais é vedada. Apenas em relação ao direito de propriedade, a Constituição, tendo em vista a supremacia do interesse público sobre o privado<sup>48</sup>, permite a violação. O regime jurídico dos sacrifícios é bem diverso do regime jurídico das restrições: sacrifícios, ao contrário das restrições, exigem indenização.

---

47. Para parcela respeitável da doutrina, a competência legislativa é dotada de *facultatividade* (Por todos: CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 581). Discorda-se: as competências são de exercício obrigatório. Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., Cap. III-9, p. 149. O legislador não edita leis por favor aos cidadãos, mas para cumprir seu dever de concretizar o interesse público. Ao contrário do que pode parecer ao leitor apressado, a Constituição não “faculta” ao legislador municipal a imposição do dever de cumprimento da função social da propriedade. O legislador *deve* exigir o cumprimento. A utilização do signo “facultado” no § 4º do art. 182 explica-se tendo em vista a inegável parcela de discricionariedade legislativa existente no tema. Cabe ao Legislador local, tendo em vista as respectivas circunstâncias fáticas e jurídicas, decidir como imporá, entre várias possibilidades, o cumprimento da função social. O próprio Roque Carrazza, ao efetuar a exegese do art. 156, § 1º, da CF/88, assevera: “Aliás, este *poderá*, como aguisadamente observou Souto Maior Borges, em parecer, equivale a *deverá*. É que, como averbava Rui Barbosa, todo poder encerra um dever. Quando a Constituição confere a uma pessoa política um *poder*, ela, *ipso facto*, lhe impõe um dever” (*Curso de direito constitucional tributário*, cit., p. 93-94).

48. Sobre a natureza e os efeitos da supremacia, bem como a controvérsia que a envolve vide nosso *Teoria jurídica da liberdade*, cit., Cap. III-4, p. 123 et seq.

Quando o direito de propriedade é suprimido, dá-se a *desapropriação* em sentido estrito. Quando a ablação ou a suspensão de uma das prerrogativas do proprietário afeta o núcleo essencial, sem extinguir o direito, caracteriza-se a *servidão administrativa*. Eis a diferença entre os institutos: ambos consistem em sacrifício, mas enquanto na desapropriação suprime-se o direito de propriedade, na servidão ele é mantido com substancial amesquinamento de uma das prerrogativas inerentes à propriedade<sup>49</sup>. O art. 5º, XXV, da CF/88 estabelece uma exceção: no caso de perigo público iminente, o Poder Público pode usar

---

49. O conceito de servidão administrativa não está pacificado na doutrina brasileira. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, fiel à premissa de que a relação entre o direito privado e o direito público assenta-se não no modelo da transposição, nem no modelo da autonomia total, mas no modelo das categorias jurídicas ou superconceitos (Introdução: do direito privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3), sustenta que o conceito de *servidão administrativa* segue o *conceito geral* de servidão: “direito real de gozo, de natureza pública, instituídos sobre imóvel de propriedade alheia” (*Servidão administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 56). Discorda-se de sua premissa, pois os supostos “conceitos gerais” ou “metaconceitos” foram desenvolvidos pelos privatistas tendo em vista as relações privadas.

Celso Antônio Bandeira de Mello afasta-se, parcialmente, do conceito privado, pois dispensa a figura do prédio dominante para a caracterização da servidão administrativa: “é o direito real que assujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso ou gozo” (*Curso de direito administrativo*, cit., Cap. XVI-69, p. 936). Ele, porém, considera possível servidões que geram direito à indenização e servidões que não geram direito à indenização (Ibidem, p. 938) e, assim, com todo respeito a seu entendimento, viola sua premissa teórica de que conceitos jurídicos só são úteis se se prestam a identificar regimes jurídicos (Ibidem, Cap. VII-9, p. 390). Qual é a utilidade do conceito de servidão se ele aponta para o mesmo regime do conceito de limite ou restrição?

Carlos Ari Sunfeld afasta-se ainda mais do conceito privado e considera as servidões espécies de sacrifícios, de modo muito similar ao conceito aqui proposto. Sem embargo, aparta-a do que chama de *requisição ordinária*, suspensão temporária da fruição do direito mediante prévia indenização (*Direito administrativo ordenador*, cit., p. 112-115). Nesse ponto, discorda-se: toda compressão anormal do conteúdo do direito de propriedade, violadora do núcleo essencial, sem chegar a extingui-lo, configura servidão administrativa. A chamada *requisição ordinária* é, na verdade, servidão. A exceção, prevista no inciso 5º, XXV, da CF/88, é a *requisição administrativa*: suspensão temporária da fruição do direito com indenização ulterior. Vale dizer: requisição administrativa é sempre sacrifício com indenização ulterior. O que Carlos Ari chama de requisição ordinária, em oposição à extraordinária, não é requisição, mas servidão administrativa.

a propriedade privada mediante indenização ulterior. Trata-se da *requisição administrativa*, espécie de sacrifício do direito em que, ao contrário do que ocorre na desapropriação e na servidão, a indenização é ulterior. Observa-se, finalmente, que quando a requisição atinge bem imóvel é chamada de *ocupação temporária*<sup>50</sup>.

Fixados esses conceitos, é mister observar que não se pretende, aqui, apresentar estudo completo da desapropriação, atividade administrativa inerente a toda entidade federativa. Pretende-se examinar eventuais particularidades da *desapropriação municipal*. Em relação a ela, dois temas devem ser enfrentados: a) a desapropriação-sanção por descumprimento da função social da propriedade urbana; b) a desapropriação de bens estaduais e federais.

## 5. DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO

Conforme já exposto, nos termos do art. 182, § 4º, da CF/88, deve o Município fazer respeitar o dever, imposto aos proprietários pela Constituição, de cumprimento da *função social*. Para tanto, o Município deve fixar no Plano Diretor, para cada zona da cidade, o *coeficiente de aproveitamento mínimo*. O proprietário que não cumprir esse coeficiente violará a função social da propriedade, devendo, por isso, ser sancionado. As sanções, estabelecidas no próprio texto constitucional, foram disciplinadas no Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/01, arts. 5º a 9º).

Como regra geral, o cumprimento se dá pela obediência do referido coeficiente. Regra geral, se o proprietário não parcelou a gleba ou nada edificou, tê-lo-á descumprido. Não basta parcelar, deve edificar, e não basta edificar, deve cumprir o coeficiente exigido. Suponha-se que o proprietário construa no imóvel e cumpra o coeficiente mínimo, mas não utilize o imóvel. Se abandoná-lo, perderá a propriedade para o Município, nos termos do art. 1.276 do Código Civil<sup>51</sup>, sendo desnecessária a aplicação das sanções previstas no art. 182 da CF/88.

---

A servidão, sendo sacrifício, segue, nos termos do art. 40 do Decreto-lei 3.365/41, o regime da desapropriação e, por isso, é considerada espécie da desapropriação em sentido amplo.

50. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 115.

51. A perda da propriedade imóvel por abandono não obteve da doutrina brasileira a atenção devida. Estabelece a lei civil, laconicamente, a presunção absoluta de abandono quando, após a cessação dos atos de posse, não forem satisfeitos os ônus fiscais. Ocorrido o abandono, o bem se transfere, após três anos, ao domínio do Município.

A aplicação das sanções foi dificultada pelo constituinte. Não basta a edição do Plano Diretor; impõe-se a edição de uma *lei municipal específica* para a área incluída no Plano Diretor. Na falta desse e na falta da lei específica, não é possível a imposição das sanções. Assim, previsto o coeficiente mínimo no Plano, impõe-se ao Município a edição de lei específica; editada a lei, e verificado que o proprietário não cumpriu o coeficiente de aproveitamento mínimo previsto no Plano, deve o Município notificá-lo para cumprir a obrigação<sup>52</sup>. Nos termos do § 2º do art. 5º do Estatuto da Cidade, a notificação deve ser averbada no cartório de imóveis. A lei obriga que, não encontrado o proprietário ou, no caso de pessoa jurídica, quem tenha poderes de gerência geral ou administração, a notificação deva ser tentada por mais duas vezes. Somente se frustrada a terceira tentativa, pode o Município efetuar a notificação por edital (art. 5º, § 3º, II).

A partir da notificação, o proprietário tem o prazo de um ano para protocolar o projeto no órgão municipal competente e o prazo de dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento. O Estatuto da Cidade admite que lei municipal específica preveja, em caráter excepcional, a conclusão em etapas, desde que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo. O Estatuto não prevê o prazo em que a obra deverá ser concluída, devendo ser fixado pela legislação municipal ou, em sua omissão, pelo ato administrativo de aprovação do projeto<sup>53</sup>. Aliás, a lei municipal não

---

O prazo de três anos é estabelecido tendo em vista a tutela da propriedade privada de domínio incerto. Sobre ela vide nosso *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, cit., Cap. 16.3, p. 558 et seq.

52. Trata-se de ordem administrativa para correção de irregularidade, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 77.
53. A legislação do Município de São Paulo dispensa a fixação do prazo de conclusão no ato administrativo. Prescreve o item 3.7.9 do Código de Obras: “O alvará de Execução prescreverá em 2 anos [ressalvado a execução destinada exclusivamente a movimento de terra, cujo alvará prescreve no prazo de 1 ano] a contar da data da publicação do despacho de deferimento do pedido, se não for devidamente comunicada a conclusão do sistema estrutural de fundação”. Estabelece o item 3.7.9.1: “Concluído o sistema estrutural da fundação, o Alvará de Execução prescreverá em 1 ano se não forem devidamente protocolados comunicados que comprovem o andamento das obras”. Reza o item 3.7.9.2: “Concluída a superestrutura da edificação, o Alvará de Execução não mais prescreverá”. E o item 3.7.9.3: “Poderá ser revogado, atendendo a relevante interesse público, o Alvará de Execução de edificação cuja obra permanecer paralisada por um período superior a 5 anos”. Não se trata, tecnicamente, de prescrição, mas de decadência, caducidade ou desuso (Cf. nosso *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, cit., p. 187).

pode reduzir os prazos fixados na lei federal, mas pode ampliá-los<sup>54</sup>. A obrigação é *propter rem* ou ambulatória, ou seja, transfere-se ao novo adquirente do imóvel, se houver transmissão *inter vivos* ou *mortis causa*, sem interrupção de quaisquer prazos (art. 4º da Lei Federal 10.257/01).

Caso o proprietário não cumpra a ordem administrativa nos prazos referidos, o Município deve elevar as alíquotas do IPTU pelo prazo de cinco anos. A progressividade do IPTU pode ser *não punitiva* (por força da Emenda Constitucional 29/00, que alterou a redação do § 1º do art. 156 da CF/88), ou *punitiva* (por força do art. 182, § 4º, II). Antes da Emenda, a jurisprudência pacificada reputava inconstitucional a progressividade não punitiva (Cf. Súmula 668 do STF).<sup>55</sup>

O Estatuto da Cidade impõe vários condicionamentos à progressividade punitiva. *Primeiro*: o aumento só pode ocorrer por cinco anos. *Segundo*: o valor da alíquota a ser aplicada a cada ano deve estar previsto na lei específica editada para fundamentar a aplicação das sanções. *Terceiro*: o aumento da alíquota não pode exceder a duas vezes o valor referente ao ano anterior. *Quarto*: o aumento da alíquota, nos cinco anos, não pode ultrapassar o limite de 15%. Nada impede o estabelecimento, no quinto ano, de alíquota menor. O § 3º do art. 7º da Lei 10.257/01 proíbe ao Legislador municipal a concessão de isenção ou anistia à tributação progressiva sancionatória<sup>56</sup>.

---

54. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 82.

55. “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/00, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade”. A boa doutrina sempre criticou a posição jurisprudencial, reputando-a atentatória ao princípio da capacidade contributiva. Por todos: CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 98-99. Observa Carrazza, ademais, que nem toda a progressividade não punitiva é fiscal. Só a progressividade prevista no inciso I do § 1º do art. 156 – em razão do valor do imóvel – é fiscal; a progressividade prevista no inciso II – em razão da localização e uso do imóvel – tem natureza extrafiscal e, segundo ele, nada tem a ver com a capacidade contributiva (Ibidem, p. 93-98). A *progressividade não punitiva extrafiscal* (inciso II), ao contrário da *fiscal* (inciso I), depende do Plano Diretor (Ibidem, p. 96).

56. A isenção e a anistia estão previstas no art. 175 do CTN como hipóteses de exclusão do crédito tributário. Em rigor, enquanto a isenção atinge o tributo, a anistia atinge a sanção tributária. Sobre o tema vide, por todos: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 474-497. O legislador federal não apenas impediu que o municipal excluía, na violação da função social da propriedade, o crédito do IPTU, mas também as multas tributárias decorrentes do não

Se o proprietário, apesar do aumento das alíquotas, não der cumprimento a ordem administrativa, o Município, após o quinto ano, continuará cobrando o IPTU pela alíquota cobrada no quinto ano, que, nos termos expostos, jamais será superior a 15%. Há quem considere essa alíquota inconstitucional<sup>57</sup>. Nada mais equivocado: a finalidade é extrafiscal; trata-se de sanção, que visa a dissuadir o proprietário a cessar a omissão ilícita<sup>58</sup>. Caso o proprietário não tenha condições de cumprir a função social, deve alienar seu imóvel. A sanção das alíquotas progressivas é, entre as previstas, a mais factível, pois, para ser implementada, só depende da atuação do Legislador e Executivo municipais.

Somente após descumpridos os prazos estabelecidos na ordem administrativa e somente após elevadas as alíquotas do IPTU por cinco anos consecutivos, é que se abre a possibilidade da *desapropriação-sanção*. Apesar de reverenciada pela comunidade jurídica, tantos são os obstáculos impostos à sua realização que, em termos práticos, dificilmente ela será implementada; raríssimas serão as desapropriações-sanção levadas a termo no território nacional. Vale lembrar que os referidos obstáculos não se apresentam à desapropriação ordinária: a desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social,<sup>59</sup> funda-

---

pagamento. Por evidente, se o contribuinte não recolher o tributo e as multas, deverá ser executado e poderá perder o imóvel, evitando-se, assim, a desapropriação-sanção. Vale lembrar que a cobrança do IPTU e acessórios é uma exceção à impenhorabilidade do bem de família (Lei federal 8.009/90, art. 3º, IV). Consequentemente, se o proprietário de uma grande gleba, nele construir uma pequena edícula e ali residir com sua família, caso não pague o IPTU, com alíquotas progressivas fixadas como sanção ao descumprimento do coeficiente de aproveitamento mínimo definido no plano diretor, terá seu imóvel executado, sendo descabida a exceção da impenhorabilidade do bem de família.

57. É a opinião de Regina Helena Costa: “Ainda que essa alíquota seja utilizada uma única vez, parece-nos que dificilmente um imposto sobre a propriedade com alíquota nessa intensidade possa deixar de ser considerado confiscatório, diante da substancial absorção da propriedade que representará” (COSTA, Regina Helena. Instrumentos tributários para a implementação da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio. *Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 111). E, logo em seguida, complementa: “a manutenção da exigência fiscal pela alíquota máxima além do prazo de cinco anos, caso não seja cumprida a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar o solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado a que se refere o art. 5º da lei, revela-se descabida, pois, indubitavelmente, nesta hipótese o confisco restará consumado” (Ibidem, p. 111-112).
58. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 93.
59. Inexiste diferença dogmática entre a desapropriação por necessidade pública e a desapropriação por utilidade pública. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*. São

mentada no inciso XXIV do art. 5º da CF/88, independe de notificação administrativa e elevação de alíquotas do IPTU.

A sanção está na forma em que a indenização é paga: na desapropriação ordinária é prévia e em dinheiro; na desapropriação-sanção dá-se em títulos da dívida pública com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas. Determina, porém, o art. 182, § 4º, III, da CF/88 que a emissão desses títulos deve ser *previamente* aprovada pelo Senado Federal. Assim, mesmo que descumprida a função social e obedecidos todos os condicionamentos para a desapropriação-sanção – ou seja, efetivada a prévia notificação, com a observância dos prazos legalmente previstos, e a elevação das alíquotas do IPTU por cinco anos consecutivos –, ainda assim, a desapropriação-sanção inviabiliza-se caso o Senado não autorize a emissão dos títulos.

Assegura-se, segundo o preceito constitucional, o valor real da indenização e os juros legais. Ao especificar a asseguarção dos juros legais, a *contrario sensu*<sup>60</sup>, vedou o pagamento dos juros compensatórios pela perda da posse.

---

Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 20. Como bem esclarece Seabra Fagundes, a dicotomia só se explica por razões históricas. (*Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 22). De fato, a Lei 422/1826 distinguia-as da seguinte forma: a verificação da exigência da desapropriação por necessidade seria feita a requerimento do Procurador da Fazenda perante o juiz do domicílio do proprietário; a verificação da exigência da desapropriação por utilidade teria lugar por ato do Legislativo, perante o qual seria levada a requisição do Procurador da Fazenda. Diante dessa legislação, a Constituição de 1891 transplantou para o § 17 do art. 72 a dicotomia, que foi repetida nos textos constitucionais posteriores. Com a revogação da Lei 422, a dicotomia está, hoje, superada. Doutrinariamente, contudo, Seabra Fagundes tenta distingui-las: a necessidade aparece “quando a Administração se encontra diante de um problema inadiável e premente”; a utilidade existe “quando a utilização é conveniente e vantajosa, mas não constitui um imperativo irremovível”.

Já a desapropriação por interesse social possui contornos dogmáticos próprios: o bem ingressa no patrimônio da Administração para ser transferido a terceiros. A finalidade da desapropriação por interesse social, explica Seabra Fagundes, é “solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo em geral pela melhoria nas condições de vida, pela mais equitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais” (SEABRA FAGUNDES, Miguel. Op. cit., p. 23). Como bem afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “nos casos de desapropriação por interesse social, a transferência dos bens a terceiros constitui, em regra, a própria finalidade da medida”. (*Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 190).

60. Sobre o argumento *a contrario* vide nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, cit., Cap. I-7, p. 66-71.



Por isso, é constitucional o art. 8º, § 2º, II, da Lei 10.257/01 que os exclui da indenização. Esse dispositivo também excluiu, acertadamente, as expectativas de ganho e lucros cessantes. De fato, não há razão para assegurá-los no pagamento da indenização, realizado em dez anos. Para todos os efeitos, a relação de propriedade privada cessa com a emissão inicial dos títulos.

Muito mais controverso é o inciso I do § 2º do art. 8º do Estatuto da Cidade. Segundo a doutrina em geral, ao determinar que a indenização “refletirá o valor da base de cálculo do IPTU”, a lei preceitua que seja pago o valor previsto na planta de valores do IPTU.<sup>61</sup> Trata-se de um equívoco muito comum: confundir a *base de cálculo* do IPTU com o *valor cadastral*. A base de cálculo do IPTU é o *valor venal* e este é valor de mercado, vale dizer, o valor do imóvel em condições normais de compra e venda<sup>62</sup>. Trata-se de um imposto sujeito a lançamento de ofício, cabendo ao Município indicar a base de cálculo. Por óbvio, o Município, ainda mais nos grandes centros urbanos, não tem condições de efetuar uma perícia em cada imóvel da cidade para apurar o valor de mercado. Diante dessa impossibilidade, o que faz? *Estima* o valor venal e, como se trata de mera estimativa, quase sempre o faz “para baixo”. Eis o problema: o valor fixado como valor venal na planta de valores para o pagamento do IPTU quase sempre corresponde a um valor *bem inferior* ao valor venal. O que o Estatuto da Cidade determina é que seja pago o valor cadastral e não o valor venal.

Diogenes Gasparini sustenta a constitucionalidade do pagamento do valor cadastral tendo em vista que, ao contrário do previsto no inciso XXIV do art. 5º da CF/88, em que se assegura o valor da “justa indenização”, o inciso III do § 4º do art. 182 assegura o “valor real da indenização”<sup>63</sup>. Daí sua conclusão: valor real não é valor justo. Em sentido contrário, Clovis Beznos sustenta que “o termo ‘real’ significa verdadeiro, concluindo-se, pois, que a indenização

61. Cf. GASPARINI, Diogenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: NDJ, 2002. p. 62-63; BEZNOS, Clovis. Desapropriação em nome da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio. *Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 132-133. Os autores divergem: Gasparini sustenta a constitucionalidade do dispositivo; Beznos a inconstitucionalidade.

62. Por todos, doutrina Valéria Furlan: “Valor venal corresponde ao valor que o bem alcançaria caso fosse posto à venda em condições usuais de mercado, isto é, equivalendo ao preço de uma venda à vista, portanto sem inclusão de qualquer encargo relativo a financiamento, quando vendedor e comprador tenham plena consciência do uso a que pode servir aquele imóvel” (FURLAN, Valéria. *IPTU*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 100).

63. GASPARINI, Diogenes. Op. cit., p. 62-63.

verdadeira nada mais é que a *justa indenização*<sup>64</sup>. Discorda-se de ambos. Nos termos expostos, o valor real não se refere ao “valor cadastral”, mas ao valor que o imóvel, de fato, vale, seu valor “na realidade”, ou seja, seu “valor venal”. Porém, há diferença dogmática entre “justa indenização” e “indenização real”. Caso fosse assegurada a justa indenização, não seria constitucional o afastamento dos juros compensatórios. Estes, porém, pelos motivos expostos, não são devidos<sup>65</sup>.

O inciso I do § 2º do art. 8º do Estatuto da Cidade determina o desconto do valor incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação para parcelar, edificar ou utilizar o imóvel. José dos Santos Carvalho Filho reputa válida a exclusão, pois impede que o proprietário “se locuplete de sua própria ilicitude”<sup>66</sup>. Clovis Beznos considera-a inconstitucional sob o argumento de que trata de *contribuição de melhoria*, que somente pode ser cobrada como tal. Concorde-se com o último e não apenas por esse argumento. Perceba-se: a Prefeitura notifica o proprietário para cumprir o coeficiente de aproveitamento mínimo. O proprietário tem um ano para apresentar o projeto e, após a aprovação deste, dois anos para iniciar a obra. Nesse período, a Prefeitura faz obras no entorno: alarga vias, instala metrô na proximidade etc. Essas obras, por evidente, valorizam o imóvel. Descontar da indenização essa valorização é criar uma sanção não prevista no art. 182, § 4º, III, da CF/88. Outrossim, não é descabido o desconto apenas em decorrência do argumento *a contrario* – segundo o qual, se o constituinte especificou as sanções, implicitamente vedou a imposição de outras –, mas também pela assecuração do “valor real” da indenização. Ao efetuar esse desconto, deixa-se de pagar o valor venal e, pois, o valor real da indenização, violando-se o dispositivo constitucional. Por tudo isso, é inconstitucional o desconto previsto no Estatuto da Cidade.

Efetuada a desapropriação, que se consuma com a expedição inicial dos títulos da dívida pública, o Poder Público tem o prazo de cinco anos para proceder o adequado aproveitamento do imóvel, vale dizer, para dar cumprimento ao coeficiente de aproveitamento mínimo previsto no plano diretor.

---

64. BEZNOS, Clovis. Desapropriação em nome da política urbana, cit., p. 133.

65. Em sentido contrário, em absoluta coerência com suas premissas, Clovis Beznos admite os juros compensatórios na desapropriação-sanção (BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 126).

66. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*, cit., p. 111.

E a omissão, no caso, configura, na falta de justificativa plausível, improbidade administrativa, por expressa previsão do art. 52, inciso II, da Lei 10.257/01<sup>67</sup>. Pode parcelar ou edificar por si próprio – por um de seus órgãos, quer dizer, pela Administração direta –, por um de seus entes – quer dizer, pela Administração indireta, o que, nesse caso, pressupõe a cessão do bem – ou pela alienação ou concessão a terceiros – vale dizer, por intermédio da iniciativa privada. No último caso, a regra é que seja observado o processo licitatório<sup>68</sup>. Se transferir a propriedade a terceiro, este deve dar cumprimento a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar o imóvel. Contudo, ao contrário do que ocorre na transmissão *inter vivos* ou *mortis causa* prevista no § 5º do art. 5º da Lei 10.257/01, a transmissão prevista no § 5º do art. 8º reabre os prazos para apresentação do projeto e início das obras<sup>69</sup>.

*Quid juris* se o adquirente não der cumprimento à função social da propriedade? Deve o Município, no ato da cessão, prever que caso haja a não observância dos prazos para protocolo do projeto (um ano), início (dois anos da aprovação do projeto) e conclusão das obras (fixado pela lei municipal ou pelo ato administrativo de licença, que, nesse caso, não pode exceder a cinco anos, contados da emissão inicial dos títulos da dívida pública), a cessão será rescindida de pleno direito. Se não houver a previsão, o Município deve reiniciar o procedimento, vale dizer, notificar o proprietário, aumentar as alíquotas do IPTU pelo prazo de cinco anos e, caso tenha optado por alienar o imóvel,

---

67. Em que pese a existência de entendimentos contrários, a *improbidade* administrativa só se configura diante da *desonestidade* do agente. Cf. nosso *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, cit., Cap. 18.4, p. 641-642. Assim, se o Prefeito demonstrar a falta de culpa, descaracterizada estará a improbidade. Apesar de a literalidade do dispositivo indicar o contrário, a improbidade não se restringe ao Prefeito; atinge todo o agente que, por dolo, ainda que eventual, deu causa ao não cumprimento da função social da propriedade no prazo de cinco anos, contados da emissão inicial dos títulos da dívida pública.

68. Duas observações. Primeira: é inexigível a licitação para cessão do bem a ente de Administração Indireta. Segunda: quando caracterizada uma hipótese de inexigibilidade ou de dispensa, é descabida a licitação para alienação ou concessão do bem ao particular. O § 5º do art. 8º da Lei 10.257/01 não impõe a licitação quando caracterizada a inexigibilidade – caso em que a realização do certame é impossível, inviável ou proibida por falta, respectivamente, de pressuposto lógico, fático e jurídico para realização do certame (cf. nosso *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, cit., Cap. 10.2, p. 346-352) – ou a dispensa – caso em que a realização do certame, embora possível, não é imposta pelo Direito (Ibidem, p. 352-359).

69. Cf. GASPARINI, Diogenes. Op. cit., p. 72.

desapropriá-lo. A omissão da cláusula de rescisão, contudo, gera a responsabilização dos agentes públicos responsáveis pela cessão do imóvel.

Finalmente, indaga-se: ocorrendo o descumprimento dos referidos prazos, cabe a retrocessão? José dos Santos Carvalho Filho manifesta-se em sentido afirmativo<sup>70</sup>, sob o argumento de que a retrocessão é inerente a toda e qualquer desapropriação, seja qual for seu fundamento específico. Discorda-se: descabe retrocessão na *desapropriação-sanção*. Se o proprietário não deu cumprimento à função social da propriedade, e não o fez durante o prazo fixado na notificação administrativa e durante os cinco anos de majoração das alíquotas do IPTU, não faz sentido restituir-lhe o imóvel. O fato de o terceiro adquirente ter perpetuado o ilícito não descaracteriza o ilícito praticado pelo proprietário anterior. A retrocessão é, enfim, sem desprestigiar o entendimento contrário, instituto incompatível com a desapropriação-sanção.

## 6. DESAPROPRIAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

Examinada a desapropriação-sanção, privativa do Município, resta examinar a possibilidade de o Município desapropriar bens estaduais e federais. O art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 3.365/41 estabelece que os bens de domínio dos Estados e Municípios podem ser desapropriados pela União e os dos Municípios pelo Estado. *A contrario sensu*, a desapropriação de bens estaduais e federais pelos Municípios seria vedada. Há um acirrado debate na doutrina sobre a validade dessa proibição. Entre os defensores da constitucionalidade, ergue-se Sérgio Ferraz. Em estudo de mão e sobremão, enunciado perante a Constituição de 1969, mas cujos argumentos são perfeitamente extensíveis à de 1988, o notável jurista defendeu que, se por um lado, o Decreto-lei 3.365/41 tem inequívoco caráter complementar da Constituição, por outro, o direito de desapropriar pressupõe uma posição de ascendência do expropriante sobre o expropriado, supremacia essa que inexistente quando se trata de entes públicos<sup>71</sup>.

Em sentido contrário manifesta-se Celso Antônio Bandeira de Mello, em parecer concedido à Prefeitura de Valinhos. Reconheceu o professor paulista inexistir relação de supremacia entre as entidades federativas; estão, umas em relação às outras, numa posição horizontal e não vertical; estão “juridicamente

70. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 117.

71. FERRAZ, Sergio. Desapropriação de bens públicos. In: FERRAZ, Sergio. *Três estudos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 39-40.

colocadas em equilíbrio perfeito, em igualdade completa”<sup>72</sup>. Como desdobramento dessa premissa, o professor assentou: “as prerrogativas públicas que lhes assistem em relação aos administrados não podem, em princípio, ser reciprocamente opostas, dado o absoluto nivelamento em que o Direito os coloca”<sup>73</sup>. A partir dessa premissa, o professor paulista chegou a duas conclusões: primeira, se o bem público estiver adstrito à satisfação de uma necessidade pública, ele é insuscetível de desapropriação, pois um interesse público não sobrepuja o outro, tendo em vista o equilíbrio jurídico deles; segunda, se o bem atingido não estiver proposto à satisfação de uma necessidade pública, não se põe em causa o nivelamento de interesses, pois, nesse caso ocorrerá a confrontação de um interesse público primário sobre um interesse secundário.<sup>74</sup> Noutras palavras, admite-se a desapropriação de bens dominiais federais ou estaduais pelo Município, mas não se admite a desapropriação de bens de uso comum do povo e de bens de uso especial.

Letícia Queiroz de Andrade, em monografia sobre o tema, acolheu parcialmente a posição de Celso Antônio. Para ela, se o bem público é dominical, ele pode ser desapropriado, ainda que o bem seja federal ou estadual e o expropriante seja o Município. Contudo, ao contrário de Celso Antônio, ela não considera que os interesses públicos sejam sempre coincidentes. A depender do grau de promoção do bem-estar social, um interesse pode preponderar sobre o outro<sup>75</sup>. Por força disso, quando o interesse de uma entidade federativa for preponderante, ela pode desapropriar o bem de outra, ainda que este esteja afetado, vale dizer, ainda que seja um bem de uso comum ou uso especial. A autora vislumbra, portanto, a possibilidade de *conflito* de interesses públicos e propõe a *condição finalística* como critério para resolução:

[...] se o bem público atingido pela desapropriação já estiver preposto a uma utilidade pública, a possibilidade jurídica dessa desapropriação dependerá

---

72. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desapropriação de bem público. *Revista de direito público*, São Paulo, ano VII, n. 29, maio-jun. 1974, p. 53.

73. *Ibidem*, p. 53-54.

74. *Ibidem*, p. 56-57. Sobre o interesse público primário e o interesse secundário vide nosso *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, cit., Cap. 2.3, p. 67-73.

75. Nas palavras dela: “a supremacia de um interesse com relação a outro se justifica na medida em que o interesse preponderante propicie maior benefício social que o outro, porquanto a superação de interesses legítimos deve-se à necessidade de prover o bem-estar social, sendo essa a razão pela qual esse interesse merece tratamento jurídico privilegiado” (ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Desapropriação de bens públicos à luz do princípio federativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 94).

de que, na comprovação entre a função que esse bem já desempenha com relação a uma utilidade pública e a função que desempenharia com relação à outra utilidade pública visada pela desapropriação, se verifique que com a desapropriação se estará extraindo desse bem proveito público maior do que o por ele já oferecido<sup>76</sup>.

Queiroz de Andrade foi, sem dúvida, a que se aproximou mais da solução que se reputa correta. Ela e Celso Antônio, contudo, incidiram no equívoco de pretender soluções absolutas no plano abstrato. As regras abstratas são, em geral, *prima facie*, exigem confirmação no caso concreto. Acerta a administrativista quando afirma a possibilidade de conflito entre interesses públicos. Se, por um lado, as entidades estão numa posição horizontal, por outro, os *interesses* nem sempre são equilibrados. É a *ponderação* dos interesses, à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto e do ordenamento jurídico como um todo, que indicará qual o interesse deve prevalecer. Basta um exemplo para evidenciar o acerto da tese. Suponha-se que um Município, ao realizar a prestação do serviço de saneamento básico<sup>77</sup>, constate que só é possível a prestação adequada se instalar um equipamento num bem de propriedade da União ou do Estado. Não é correto sustentar que a população do entorno estará condenada a ficar sem serviço de esgotamento sanitário ou fornecimento de água potável, caso o referido bem esteja afetado a uma finalidade pública.

Nem sempre, porém, bens dominicais podem ser desapropriados. É muito comum que a Prefeitura aguarde a conclusão de um longo procedimento para dar destinação pública a um bem dominical, destinação essa muitas vezes de suma importância para a coletividade. É comum que essa destinação exija aprovação de leis, oitiva de órgãos técnicos etc. O fato de o bem ser dominical não é condição suficiente para ser passível de expropriação. Suponha-se que o Estado pretenda desapropriar um bem dominical municipal para ali instalar uma de suas repartições. O Município, seguindo o exemplo dantes apresentado, afirma que pretende ali instalar um equipamento para prestação adequada do serviço de saneamento e que não há como fazê-lo em outro local. É possível desconsiderar a alegação municipal e condenar a população do entorno a ficar

---

76. *Ibidem*, p. 123.

77. O STF reconheceu a natureza local do serviço de saneamento básico (STF Plenário, ADI 2077 MC/BH, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 06.03.2013, DJe-197, Divulg. 08.10.2014, Ement. 02746-01, p. 01). Sobre a titularidade municipal do saneamento básico vide nosso *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, cit., Cap. 12.3, p. 422 et seq.

sem o serviço? Perceba-se: do fato de o bem público ser dominical não se extrai a inexorável possibilidade de ser expropriado.

Pode-se, no plano abstrato, fixar uma *regra de precedência condicionada*<sup>78</sup>, que vale *prima facie*, a depender do caso concreto. Bens públicos dominicais são, regra geral, passíveis de ser expropriados. Essa regra pode ser afastada a depender das justificativas apresentadas pela entidade titular do bem expropriando. À guisa de conclusão, deve-se reconhecer a possibilidade de o Município desapropriar bens federais ou estaduais, caso o interesse tutelado por ele seja mais pesado do que o interesse tutelado pela entidade pública titular do bem. Do mesmo modo, a desapropriação de bem municipal pela União ou pelo Estado pressupõe que o interesse tutelado pelo expropriante seja preponderante ao interesse tutelado pelo Município. O fato de o bem ser dominical é uma razão *prima facie* em prol da prevalência do interesse expropriante, a ser confirmada à luz do caso concreto.

As entidades federativas, na ocorrência de conflitos de interesses, não devem se comportar como se fossem particulares. Elas, por força de sua natureza pública, em rigor, não possuem interesses contrários ao ordenamento vigente. Por isso, caso uma entidade federativa pretenda desapropriar o bem de outra, não deve, de plano, ir ao Judiciário. Deve, sim, propor a desapropriação na via administrativa, e apresentar oferta à entidade titular do bem expropriando, de modo similar ao que faria se se tratasse de um bem privado. A entidade que for notificada age ilicitamente se insistir na persecução de seu interesse, sem examinar o peso do interesse da entidade expropriante. Somente se estiver convencida ou de que seu interesse prevalece ou de que o valor da oferta é insuficiente, estará legitimada a recusar a oferta. Com a impugnação desta, a expropriante deve reexaminá-la, com atenção especial para o fato de que a impugnação não partiu de um particular, dotado de liberdade. Somente se estiver convencida da prevalência de seu interesse e da correção da oferta, deve propor a ação. A regra, portanto, é que a desapropriação de bem público se concretize, em decorrência da natureza pública dos envolvidos, na instância administrativa. A desapropriação judicial deve ser excepcionalíssima.

## 7. TEORIA DA DESAPROPRIAÇÃO

Como afirmado, não se pretende aqui expor toda a teoria da desapropriação<sup>79</sup>. Examinaram-se, apenas, questões específicas da desapropriação

78. Sobre as regras de precedência condicionada vide: ALEXY, Robert. Op. cit., p. 94-103.

79. Sobre a teoria da desapropriação vide nosso *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, cit., Cap. 14, p. 494-526.

municipal. Sem embargo, é mister ressaltar, à guisa de conclusão deste estudo, que a doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm cometendo equívocos atroz na compreensão da teoria da desapropriação. Destacam-se dois deles.

A imissão provisória é uma desapropriação antecipada<sup>80</sup>. De nada adianta ser o proprietário no Cartório de Imóveis se no imóvel já foi construída uma obra pública. Na prática, a perda da propriedade se dá com a perda da posse. Por isso, deve-se pagar ao proprietário, quando da perda da posse, valor mais próximo possível da justa indenização. O art. 15, § 1º, do Decreto-lei 3.365/41, porém, considera suficiente para o deferimento da imissão o depósito do valor indicado na planta do IPTU, ainda que esse valor seja muito inferior ao valor de mercado (*rectius*, valor venal). O STF, em equívoco atroz, considera o dispositivo constitucional (Súmula 652). Impõe-se interpretação conforme à Constituição: a imissão na posse só é válida se condicionada ao depósito do valor integral da indenização fixada em perícia prévia. Se, quando da realização da perícia definitiva, constatar-se que o valor fixado na perícia prévia foi insuficiente, é descabido pagar o saldo por precatório. Como o proprietário já perdeu a posse, deve receber o saldo imediatamente<sup>81</sup>.

Ademais, a afetação é forma autônoma de aquisição da propriedade pelo Poder Público. É possível que a afetação ocorra com boa-fé e com má-fé dos agentes públicos. A transferência da propriedade não se dá com o esbulho, mas com a afetação. Por isso, é perfeitamente possível a reintegração de posse em face da Administração até a construção da obra. Construída esta, o domínio é transferido pela afetação e resta ao proprietário buscar em juízo indenização pela perda da propriedade, ação essa denominada de desapropriação indireta. Quando a afetação se dá com boa-fé do poder público, o valor a ser pago na desapropriação indireta é equivalente ao valor que se pagaria numa ação de desapropriação, ou seja, paga-se o valor do bem no mercado (valor venal), com a única diferença de que os juros compensatórios correm da data em que ocorreu a perda da posse (cf. Súmula 69 do STJ). Num equívoco atroz, a comunidade jurídica entende que a mesma coisa ocorre quando a afetação se dá com má-fé do poder público. Este, que deveria editar decreto de utilidade pública, avaliar o imóvel, apresentar oferta ao proprietário e, caso haja recusa da oferta, propor ação judicial, não faz nada disso, esbulha o imóvel e espera

---

80. Foi o que magistralmente defendeu em primoroso estudo SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*, cit., p. 51. O tema foi aprofundado por BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*, cit., p. 37-51.

81. É o que, com intenso brilho, sustenta: BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*, cit., p. 37-51.



comodamente o ajuizamento da ação indenizatória pelo proprietário. Por evidente, nesse caso, o pagamento apenas do valor venal é equívoco desastroso. Havendo má-fé, a condenação deve abranger não apenas o valor de mercado do bem, mas a indenização pelo dano moral<sup>82</sup>.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Desapropriação de bens públicos à luz do princípio federativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI. t. I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desapropriação de bem público. *Revista de direito público*, São Paulo, ano VII, n. 29, p. 47-60, maio-jun. 1974.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Natureza jurídica do zoneamento: efeitos. *Revista de Direito Público (RDP)*, São Paulo, ano XV, n. 61, p. 34-47, jan.-mar. 1982.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, ano XX, p. 39-45, out.-dez. 1987.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BEZNOS, Clovis. Desapropriação em nome da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio. *Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

---

82. A tese também é magistralmente sustentada por BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*, cit., p. 62-63. A partir dela, sustentamos que na desapropriação indireta decorrente de má-fé do Poder Público, a indenização deve ser paga em dobro. Cf nosso *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, cit., Cap. 14-9, p. 256.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CASTILHO, José Roberto Fernandes. *Disciplina urbanística da propriedade: o lote e seu destino*. 3. ed. São Paulo: Pillares, 2010.
- CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- COSTA, Regina Helena. Instrumentos tributários para a implementação da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio. *Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidão administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do direito privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Trad. Carlos G. Posada. 2. ed. Madrid: Francisco Beltran, [191-].
- FERRARI, Celson. *Dicionário de urbanismo*. São Paulo: Disal, 2004.
- FERRAZ, Sergio. Desapropriação de bens públicos. In: FERRAZ, Sergio. *Três estudos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- FURLAN, Valéria. *IPTU*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GASPARINI, Diogenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: NDJ, 2002.
- MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTÍN BLANCO, José S. *La compensación urbanística*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- OPITZ, Silvia C. B.; OPITZ, Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROCHA, Ibraim et al. *Manual de direito agrário constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SANTI ROMANO. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: Giuffrè, 1947.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Henning et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito urbanístico*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TEPEDIO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 14: direito das coisas (arts. 1.196 a 1.276).

**PESQUISAS DO EDITORIAL****Veja também Doutrina**

- A aplicabilidade do princípio da função social na propriedade pública, de Ananda Santos Pamponet e Lilian de Brito Santos – *RT* 979/129-149 (DTR\2017\1049);
- O princípio da função social da propriedade e sua repercussão na evolução da regularização fundiária urbana no ordenamento jurídico brasileiro, de Cintia Maria Scheid – *RDI* 83/423-454 (DTR\2017\6965); e
- Servidões administrativas (considerações gerais), de Evaristo Silveira Júnior – *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 5/1181-1187 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 2/469-475 (DTR\2012\890).