

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS IV

MARCELO ANTONIO THEODORO

ANTÔNIO GERMANO RAMALHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Antônio Germano Ramalho, Marcelo Antonio Theodoro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-356-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS IV

Apresentação

A Constituição Federal de 1988 se aproxima dos trinta anos de promulgação, no entanto, a parte que trata dos direitos e garantias fundamentais ainda por muito tempo será foco de permanentes e complexos debates no âmbito da academia do Direito, cujos discursos procuram fundamentos que sejam razoáveis ou proporcionais que expliquem o fenômeno do descumprimento desse conjunto de normas superiores cuja representação tem repercussão no poder da sociedade.

Neste Grupo de Trabalho, algumas dessas questões são reiteradas, sendo que nos casos aqui expostos, são apresentadas performances como resultado de pesquisa em estudos de casos cujas decisões independem da ordem jurisdicional tem importante alcance que possa permitir a aplicação do conjunto dos direitos e das garantias constitucionais.

No ranking da saúde destacam-se trabalhos de excelência pautados na seguinte ordem: pressupostos buscando meios de concretização desses direitos; A reserva do possível e a garantia mínima do direito à saúde; A justiça como guardiã da concretização do direito à saúde; a proposta do reconhecimento e paternidade efetiva nos casos de reprodução assistida heteróloga no Brasil.

Outras linhas se expandem procurando dinamizar o debate sobre esses direitos consagrados pela CFB/88, a exemplo do estudo que aponta o Ministério Público como instrumento de defesa dos direitos humanos; O reconhecimento da comunidade das cidades e seus direitos de fala nos planos de desenvolvimento urbano; Os limites da liberdade de expressão e a prudência dos reclamos na atuação dos movimentos feministas; A necessidade de ampliação de se ampliar a discussão do uso do Habeas Data como remédio constitucional; O processo de (re) educação do apenado através da formação no ensino superior através de estudo de caso; O processo migratório em perspectivas de alternativas laborais e a atenção para a repercussão social.

O leitor terá a oportunidade de se debruçar sobre temáticas pouco usuais ainda nas discussões acadêmicas, mas, que trazem extraordinários benefícios para quem atua na linha de Direito Constitucional e seus desdobramentos, quer sejam de ordem teórica, formal ou de ordem material.

O melhor conselho que podemos oferecer é convidá-los a leitura!

Prof. Dr. Marcelo Antonio Theodoro - UFMT

Prof. Dr. Antônio Germano Ramalho - UEPB

**O POSTULADO DA JUSTA INDENIZAÇÃO NA EXPROPRIAÇÃO DE BENS
IMÓVEIS NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO**

**IL POSTULADO DE UN EQUO COMPENSO IN PROPRIETÀ DI ESPROPRIO IN
LEGGE BRASILIANA E DI DIRITTO COMPARATO**

Maéve Rocha Diehl ¹

Resumo

O artigo tem como assunto a proteção da propriedade privada como decorrência da garantia constitucional da justa indenização na expropriação de bens imóveis. Quanto ao tema proposto, traçaremos considerações acerca do conteúdo e alcance do direito do proprietário do imóvel expropriado de receber a indenização pela perda da imóvel. Primeiramente, trataremos conceitos sobre o tema, além de apresentar suas modalidades e fundamentação legal, após traçaremos considerações sobre a indenização. O método de abordagem utilizado é o dedutivo e a pesquisa é bibliográfica.

Palavras-chave: Direito fundamental, Propriedade, Expropriação, Indenização

Abstract/Resumen/Résumé

L'articolo è soggetto a protezione della proprietà privata a seguito della garanzia costituzionale di un equo indennizzo nel esproprio di beni immobili . Per quanto riguarda il tema , si tratterà considerazioni circa il contenuto e la portata del diritto del proprietario espropriato di ottenere il risarcimento per la perdita di proprietà . In primo luogo , ci porterà concetti in materia, oltre a presentare le sue forme e base giuridica , si tratterà dopo l'esame della compensazione . Il metodo di approccio è deduttivo, e la ricerca è la letteratura .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Direito fundamental, Propriedade, Espropriação, Indennizzo

¹ Doutoranda em Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Docente da Universidade Federal de Santa Catarina e Faculdade de Santa Catarina.

1 INTRODUÇÃO

O postulado da justa indenização é a principal garantia do expropriado, além de ser um pressuposto de legitimação, um requisito de validade da desapropriação e instrumento de proteção da propriedade privada.

A expropriação é um instituto de direito público, no entanto, é de suma importância no direito civil, pois traz consequências relevantes ao patrimônio privado e a vida dos cidadãos em geral, tanto aos beneficiários quanto aos desapropriados.

A matéria apresenta muitos pontos divergentes, principalmente quanto ao tema específico da indenização devida ao expropriado, mais precisamente em relação ao seu alcance e conteúdo.

Neste estudo, iremos procurar retratar aspectos relevantes da doutrina, legislação e jurisprudência referentes ao assunto proposto. Iremos, também, analisar questões pertinentes da desapropriação no direito positivo brasileiro e de outros Estados, principalmente quanto aos tipos de expropriações e a sua respectiva indenização, tendo como referência a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e a Lei Geral das Desapropriações (LGD) - Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, sem olvidar outros diplomas legais, em especial os portugueses.

2 ASPECTOS GERAIS DA EXPROPRIAÇÃO

Quanto a sua definição, a expropriação, no direito brasileiro, é mais conhecida como desapropriação e seu exercício visa a proteção e garantia da propriedade privada.

Desapropriar consiste na perda compulsória do bem, antecedido por decreto expropriatório, proveniente da autoridade administrativa competente, mediante o pagamento de indenização prévia e justa, nos casos de necessidade, utilidade pública ou de interesse social (LISBOA, 2012, p. 205). Porém, em casos pontuais, a perda da propriedade não é antecedida do competente decreto, tornando o ato da Administração Pública ilícito, nestes casos, também deverá ser paga uma indenização ao proprietário que seguirá regime jurídico diferente.

Desapropriação que pode ser explicada como o ato de afastar algo daquilo ou daquele que lhe é próprio (SALLES, 1995, p. 55-56). Entretanto, conforme percebemos na doutrina e na jurisprudência internacionais, influenciadas sobretudo pelo direito alemão, há quem defenda o alargamento do conceito formal, nominado por estes como expropriação em

sentido clássico (*klasische Enteignung*), adotando uma concepção substancial de desapropriação chamada de expropriação de sacrifício¹ (*Aufopferungsenteignung*). Para esses, somada à expropriação tradicional, configurariam expropriações os atos lícitos do Poder Público (atos e regulamentos administrativos, bem como atos legislativos) que, não visando a aquisição de um direito subjetivo de natureza privada, dotado de valor patrimonial, por uma causa de interesse público e sem formalizar a relação expropriatória, terminassem ou modificassem de maneira especial e anormal uma posição jurídica garantida pela Constituição como direito de propriedade, devendo ser acompanhados de indenização (CORREIA, 2010, p. 131-132).

Com relação à definição dos conceitos dos termos especial e anormal, que mencionamos, utilizaremos o referido no art. 2º² do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas (Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro), do direito português.

No direito português, a indenização de sacrifício não possui legislação específica. Apesar de já haver respaldo tanto na doutrina como na jurisprudência, aparece de forma esparsa em alguns diplomas legais, como na já mencionada Lei n.º 67/2007 de 31 de dezembro. Dita lei, no seu artigo 16º, outorga aos particulares o direito de reclamar uma indenização sempre que, por razões de interesse público, lhes sejam impostos encargos ou lhes sejam causados danos especiais e anormais.

Dita interpretação alargada da desapropriação é acolhida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Italiano, tendo recebido o nome de Expropriação Substancial Anômala; igualmente, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Francês; também, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Português; assim como pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, primeiramente no Acórdão *Sporrong e Lönnroth vs. Reino da Suécia*, julgado em 23 de setembro de 1982; e, bem assim, pelo direito internacional (CORREIA, 2010, p. 132-138).

Porém, há os que defendem, v.g. Vieira de Andrade (2011, p. 230) e Miguel Nogueira de Brito (2010, p. 54), que o sacrifício provocado por atos lícitos do Poder Público, que

¹ Vale dizer, por exemplo, se um determinado terreno é atingido por um plano de ordenamento de um parque nacional, e em decorrência deste fato, deixa de ser possível efetuar qualquer tipo de construção, neste caso, o proprietário mantém o terreno, mas não pode dispor dele como bem entender, ficando o seu direito substancialmente limitado, o proprietário deverá ser imediatamente indenizado, por se tratar de indenização pelo sacrifício.

² Art. 2: Para os efeitos do disposto na presente lei, consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito (PORTUGAL, 2007).

acarretam danos singulares e exorbitantes ao patrimônio privado, não integra o conceito de expropriação, uma vez que, se isso ocorrer, negar-se-á a garantia constitucional primeira do particular na expropriação, que é a indenização prévia, além de não estar presente a transferência da propriedade ao beneficiário.

Segundo esta corrente doutrinária, no caso de se configurar a situação fática de desapropriação de sacrifício, a proteção da propriedade privada e conseqüente reparação civil decorrente da limitação de uso da propriedade em virtude do ato do Poder Público deve ser buscado por outra via, neste caso, através do regime geral que regulam a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por atos lícitos (CORREIA, 2011, p. 152-153).

No direito brasileiro, importa salientar a este ensejo o art. 37, § 6º, da CRFB, onde é mencionado que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Trata-se da positivação ao nível constitucional da Responsabilidade Civil Extracontratual Objetiva do Estado no direito brasileiro.

Quanto à legislação portuguesa, há previsão legal a respeito da responsabilidade do Estado, nos moldes do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, contido na Lei 67/2007, especialmente em seu artigo 1º.

No mesmo sentido, Vieira de Andrade (2011, p. 357-359) afirma que

[...] a dimensão simultaneamente subtrativa e apropriativa da expropriação não constitui um aspecto secundário, mas justamente a característica específica que a distingue estruturalmente das situações de responsabilidade indenizatória por ato lícito.

E que “a justa indenização é o momento constitutivo da expropriação, [...] não uma consequência, mas um pressuposto de legitimidade”.

Também, na mesma seara, o conteúdo do art. 37 da LGD na legislação brasileira é fundamental, ao legitimar o prejudicado pela desapropriação de área contígua a buscar perdas e danos do expropriante.

Mister é ainda falar da figura da expropriação indireta, que pode ser definida como o ato administrativo pelo qual o Estado se apropria de um bem particular, sem observância do devido processo legal, ou seja, sem que haja a Declaração de Utilidade Pública (DPU) e a indenização prévia.

A fundamentação legal da desapropriação indireta repousa no o art. 35 da LGD, que dispõe: “Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser

objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos” (BRASIL, 1941).

Conforme assevera José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 798),

Esse dispositivo cuida da hipótese do denominado fato consumado. Havendo o fato incorporação do bem ao patrimônio público, mesmo se tiver sido nulo o processo de desapropriação, o proprietário não pode pretender o retorno do bem a seu patrimônio. Ora, se o fato ocorre mesmo que o processo seja nulo, pouca ou nenhuma diferença faz que não tenha havido processo. O que importa, nos dizeres da lei, é que tenha havido a incorporação.

Neste caso, como não há acordo ou adjudicação judicial, verifica-se um verdadeiro esbulho possessório³. Embora seja nominada como uma modalidade desapropriatória, configura-se num verdadeiro ato ilícito praticado pelo Estado, onde ao expropriado cabe o direito de requerer perdas e danos.

Assim, como não há o devido processo legal de desapropriação, o direito de propriedade do particular é violado sem razão que o justifique, na medida que não se trata de um caso de segurança nacional, calamidade pública ou outro que o valha. A supressão da propriedade na desapropriação indireta jamais poderá ser buscada conforme o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por atos lícitos, como poderá ocorrer na desapropriação de sacrifício, pois o ato do Poder Público na desapropriação indireta é ilícito.

Neste diapasão, afirma Bandeira de Mello (2009, p. 1002) “Se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro, o Princípio da Legalidade, inerente ao estado de direito, é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico lesado”.

Por derradeiro, mencionaremos a figura da tredestinação que significa dar destinação desconforme com o plano inicialmente previsto, ao bem expropriado. No caso da tredestinação há o devido processo desapropriatório.

Este instituto é subdividido da seguinte forma. Tredestinação ilícita, qual seja, aquela pela qual o Estado, desistindo dos fins da desapropriação, não dá ao bem utilidade alguma, transfere a terceiro o bem desapropriado ou pratica desvio de finalidade, permitindo que alguém se beneficie de sua utilização. Esses aspectos denotam realmente a desistência da desapropriação.

³ Apesar da expressão “esbulho possessório” ser bastante utilizada pela doutrina, quando se refere a desapropriação indireta, o uso desta expressão não é tecnicamente correto, pois o esbulho é um ato contra a lei, enquanto que a expropriação indireta é reconhecida pela lei.

Quando for caso de não utilização do bem expropriado, tornar-se-á necessária a aplicação da retrocessão ou reversão⁴, desde que a coisa não haja sofrido modificações substanciais ou definitivas de utilidade pública, caso em que, sopesando o interesse individual com o interesse da coletividade e prevalecendo esse último, a questão é resolvida em perdas e danos, conforme preconiza o art. 35 da LGD.

Não obstante, há a tredestinação lícita, aquela que ocorre quando, persistindo o interesse público, o expropriante dá ao bem desapropriado destino diverso do que planejara no início, conforme entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência brasileiras, neste caso, não cabe nenhum tipo de indenização superveniente decorrente deste fato.

2 PRESSUPOSTOS DE LEGITIMAÇÃO DA EXPROPRIAÇÃO

As expropriações possuem previsão constitucional no direito brasileiro, em conformidade com o art. 5º, inciso XXIV da CRFB, que afirma que a desapropriação deverá seguir o procedimento imposto por lei e que deverá ser precedida de prévia e justa indenização em dinheiro.

Desta forma, conclui-se que os pressupostos de legitimação das desapropriações, são: base legal, com fundamento no Princípio da Legalidade; fim de utilidade pública em sentido amplo, fundado no Princípio da Utilidade Pública; e a justa indenização, com fundamento no Princípio da Justa Indenização.

Entre os pressupostos apontados, elegemos o Princípio da Justa Indenização da propriedade privada como ponto central e objeto das considerações que passaremos a tratar na sequência.

2.1 O PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO

⁴ De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo “retrocessão, em sentido técnico próprio, é um direito real, do ex-proprietário de reaver o bem expropriado, não preposto a finalidade pública”. Numerosos doutrinadores e julgadores consideram a retrocessão um direito pessoal, baseados no art. 519 do CCB, que conferiu direito de preempção ou de preferência ao expropriado para reaver seu imóvel desapropriado que não teve utilização pública, resolvendo a questão com perdas e danos, devido ao fato do art. 35 da LGD afirmar que uma vez desapropriados, os bens incorporados a Fazenda Pública são insuscetíveis de retornar ao domínio provado.

Porém, odiernamente, a jurisprudência e a doutrina majoritária (inclusive do STF), voltou a se posicionar no sentido revestir a retrocessão de direito real, pois, com fundamento no art. 5º, XXIV da CRFB, que configura o direito de propriedade como um direito básico e que só deve ceder a demissão compulsória para a realização de uma atividade pública, firmou o posicionamento que o bem não utilizado deve retornar ao seu ex-proprietário (MELLO, 2009, p. 887-888).

Fernando Alves Correia (2010, p. 202) afirma que “a justa indenização, além de ser um pressuposto de legitimidade, é a principal garantia do particular e um requisito de validade da expropriação”.

Apesar do art. 5º, inciso XXIV, da CRFB consagrar que a desapropriação deve ser obrigatoriamente acompanhada de justa e prévia indenização em dinheiro, deixou para a doutrina e à jurisprudência a incumbência de estabelecer o seu conteúdo.

Grosso modo, de acordo com a Teoria da Substituição⁵, justa indenização determina que o desapropriado deve ser ressarcido de forma plena pelo prejuízo experimentado com a ablação, de modo que fique em condições de voltar a ter, caso seja essa a sua vontade, um bem semelhante ao que lhe foi subtraído. De acordo com a disposição constitucional, a indenização deve buscar ser fidedigna ao valor do prejuízo financeiro causado ao desapropriado, não devendo, porém, ser fonte de enriquecimento sem causa. O reequilíbrio é o que se busca. Isto, apesar de ser notória a ideia de que a justa indenização é perseguida mais em função do dano experimentado pelo desapropriado do que tendo em vista a vantagem alcançada pelos seus beneficiários (SALLES, 1995, p. 460).

A doutrina e a jurisprudência brasileira elegeram o critério valor de mercado (comumente chamado de valor venal) como o mais fidedigno para apurar o montante devido da justa indenização, por considerarem que este abarca diversos fatores importantes na busca da compensação integral. Nele, não são considerados para a apuração do valor, elementos especulativos, acréscimos decorrentes da DPU, valorizações supervenientes da área posteriores a DPU ou lucro resultante da própria desapropriação (CORREIA, 2010, p. 202, 216-217).

Fica evidente que a justa indenização é um conceito abstrato, que não possui contornos objetivos. Porém, de acordo com o que leciona Alves Correia (2010, p. 209-217), podemos retirar deste conceito três referências principais, são elas: a proibição de indenizações irrisórias ou simbólicas; o respeito ao Princípio da Igualdade perante os encargos públicos; e a consideração do interesse público da expropriação⁶.

⁵ Assinala Gonçalves, que a ideia de tornar indene o desapropriado se confunde com o anseio de devolvê-lo ao estado em que se encontrava antes do ato ablativo. Todavia, em numerosíssimos casos é impossível obter-se tal resultado, porque da desapropriação resultou consequência irremovível. Nessa hipótese há que se recorrer a uma situação postiça, representada pelo pagamento de uma indenização em dinheiro. É um remédio nem sempre ideal, mas o único de que se pode lançar mão. Neste diapasão, dispõe, assim, o art. 947 do Código Civil: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente” (GONÇALVES, 2012, p. 374).

⁶ Entre as referências mencionadas, fica evidenciado que as duas primeiras têm como norte a esfera de interesses do expropriado, enquanto que a última tem como finalidade a tutela dos interesses da coletividade, dos não expropriados.

No que toca à proibição de indenizações irrisórias ou simbólicas, para que seja justo o montante devido, deve ser calculado de forma mais objetiva possível, fugindo da abstração, procurando compensar o desapropriado de forma integral.

Quanto ao Princípio da Igualdade perante os encargos públicos, esse pode ser compreendido na perspectiva interna, segundo a qual, quando nos deparamos com situações similares, as indenizações não podem ser diferentes; e na perspectiva externa da desapropriação, que visa estabilizar os cidadãos expropriados e beneficiários, frente ao dever de suportar os encargos públicos.

Em relação ao interesse público da expropriação, nunca se pode exigir que ela (uma vez que consiste num instituto jurídico com aptidão para o desempenho de uma utilidade pública) tenha como parâmetro somente o proveito do expropriado. Como decorrência desta referência, a valorização do imóvel oriunda da expropriação e despesas arcadas pelos beneficiários são descontados do valor da indenização, assim como as benfeitorias realizadas no imóvel, posteriormente a DPU, que não sejam necessárias.

Como resultado da dificuldade encontrada na busca do valor justo da indenização, o legislador brasileiro optou por indicar critérios para auxiliar os magistrados nesta difícil tarefa. Esses critérios, apontados no art. 27⁷, *caput*, da LGD brasileira.

Em vista disso, podemos mencionar o que ocorre nos Estados Unidos da América, onde a indenização também segue a referência “justa”. Para eles, contempla-se o valor justo quando o cálculo para pagamento é feito usando como guia o valor venal do imóvel objeto da desapropriação (BYRNE, 2005, p. 165). O mesmo acontece em Portugal, visto que o art. 23 do Código das Expropriações (Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro) dispõe, em seu n.º 1, que a justa indenização tem como objetivo principal ressarcir o desapropriado, utilizando como base o valor real do bem de acordo com o seu propósito de utilização, na data da DPU, afastando, assim, qualquer tipo de acréscimos ou mais-valias posteriores a expropriação.

Embora defendamos a ideia de que as já mencionadas desapropriações indiretas configuram um ilícito, é certo que também devam ser devidamente indenizadas. A questão que merece discussão repousa no fato de ser o Regime Geral da Responsabilidade Civil mais vantajoso para quem tem o dever de indenizar, pois não impõe que o pagamento seja feito à vista e em dinheiro. Assim, acreditamos que o pagamento deva ser feito de acordo com o Regime Geral da Desapropriação, visto que é considerada modalidade desta.

⁷ Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu (BRASIL, 1941).

Na medida que tal forma é revestida de caráter ilícito, a ideia de justa indenização anteriormente tratada, onde critérios de interesse público da expropriação estão presentes e devem ser levados em consideração, aqui devem ser minorados, sob pena de se cometer uma injustiça, pois não se pode conceber que as desapropriações indiretas sejam indenizadas na mesma proporção das desapropriações lícitas, onde são considerados para fins indenizatórios os danos subsequentes e derivados que sejam efeitos imediatos da desapropriação.

Dessa forma, acreditamos que devam ser somados ao valor indenizatórios da desapropriação indireta os lucros cessantes, danos emergentes e demais danos futuros previsíveis (danos subsequentes ou derivados), não necessariamente que sejam efeitos imediatos da ablação⁸.

Entretanto, quando os atos do Poder Público não sejam ilícitos, não sejam atos desapropriatórios, mas causem os já definidos “danos especiais ou anormais” ao proprietário de algum imóvel (desapropriações pelo sacrifício), esses devem ser ressarcidos com base no Regime da Responsabilidade⁹ Civil Extracontratual do Estado por atos lícitos (ANDRADE, 2011, p. 356).

Importante esclarecer que a indenização por expropriação não corresponde a indenização do Estado em decorrência da responsabilidade civil extracontratual por atos lícitos, visto que elas, possuem fundamento diverso.

O fundamento da indenização por expropriação é o Princípio da Igualdade perante os encargos públicos e o Princípio da Justa Indenização; e o fundamento da Responsabilidade Civil do Estado por atos lícitos, por sua vez, é somente o Princípio da Igualdade perante os encargos públicos.

Oportuno mencionar, que a Constituição Brasileira, quanto ao momento do pagamento da indenização, estabelece que deverá ser prévia. Desta forma, fica explicitado que a transferência efetiva do bem somente ocorrerá em momento posterior ao pagamento. Contudo, o termo “prévia” há que ser entendido como uma “verdadeira fração de segundo”, significa, na prática, que o pagamento deve ser no mínimo simultâneo (CARVALHO FILHO, 2011, p. 745).

⁸ Similarmente, Alves Correia, citando Gomes Canotilho, assevera que “a não existir qualquer diferença de tratamento para a Administração atuar legal ou ilegalmente, o que de modo nenhum poderemos aceitar, pois isso seria eliminar um princípio fundamental do Estado de Direito – o princípio da legalidade formal e material” (CANOTILHO, 1974, p. 289 *apud* CORREIA, 2010, p. 370).

⁹ A expropriação de imóveis por utilidade pública foi a primeira hipótese consagrada de responsabilidade indenizatória do Estado por atos lícitos e, devido a sua expressa previsão constitucional, goza do *status* de “rainha das figuras indenizatórias”.

3 CONTEÚDO DA JUSTA INDENIZAÇÃO

A indenização é exigência que se impõe como forma de buscar o equilíbrio entre o interesse público e o privado; na medida em que o proprietário perde a titularidade sobre o bem, e como consequência deverá receber o valor correspondente em dinheiro (DI PIETRO, 2004, p. 166). O direito à indenização é de natureza pública no Brasil, visto que possui como fundamento a Constituição Federal.

Como vimos, a indenização justa é aquela que corresponde ao valor real e efetivo que corresponde ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio (MELLO, 2009, p. 875).

Para isso devem também acrescer ao venal os danos posteriores ou derivados ao prejuízo pecuniário principal. Estes danos que serão devidos na indenização são impostos pelo Princípio da Igualdade, referente à relação interna da expropriação, já mencionado anteriormente neste estudo.

Assim, no valor da indenização devem ser computadas todas as despesas acarretadas diretamente por ela ao expropriado. Logo, somam-se a ela os seguintes prejuízos: danos emergentes; lucros cessantes; e os danos futuros previsíveis.

Cabe mencionar, que segundo os ensinamentos de Antunes Varela (2000, p. 599), os danos emergentes e os lucros cessantes fazem parte do dano principal.

Já de acordo com o que leciona Oliveira Ascensão (2000, p. 397), a indenização por expropriação nada tem a ver com a responsabilidade civil, e assim sendo, não deve atender a valores extraordinários para aquisição pelo desapropriado de bem equivalente, nem ao menos aos lucros cessantes, na medida que o que deve ser pago é o valor que corresponde unicamente à coisa suprimida.

A obrigação de indenizar submete-se a dois princípios básicos: a extensão do dano e a forma de cumprimento da indenização (LISBOA, 2012, p. 363).

3.1 DANOS EMERGENTES

Conceitua Antunes Varela (2000, p. 596) os danos emergentes como “a perda ou diminuição de valores já existentes no patrimônio do lesado”.

Compõem os danos emergentes duas classes de prejuízos, quais sejam: o principal, que consiste na supressão da propriedade, cuja indenização é calculada de acordo com o valor

de mercado do bem; e os subsequentes ou derivados¹⁰, que compreendem o conjunto de demais prejuízos diretos e imediatos experimentados pelo expropriado, como por exemplo, os danos extrapatrimoniais¹¹.

O direito a indenização e, conseqüentemente, os danos a serem indenizados devem ter um momento de cessação definido, ou ao menos definível. Para que possamos chegar a esta data, necessitamos primeiramente definir quais são os prejuízos diretos e imediatos da ablação. Não há necessidade de que estes ocorram concomitantemente à expropriação; no entanto, é exigível que haja um nexo de causalidade que os una. Assim, serão indenizáveis os danos subsequentes efetivos e nunca os apenas previsíveis ou possíveis, impedindo, desta feita, que os prejuízos indenizáveis se eternizem no tempo.

No caso de bens imóveis, configuram danos diretos indenizáveis, o imposto de transmissão da propriedade imóvel (ITBI), as despesas de Cartório, da mesma forma, as despesas relativas a mudança de endereço.

Os bens imóveis para fins comerciais apresentam uma peculiaridade. Nesta categoria são devidos ao expropriado uma indenização correspondente à chamada perda do ponto ou fundo de comércio¹². Isso ocorre quando o comerciante, em virtude da desapropriação, é obrigado a alterar seu endereço de comércio, acarretando assim, em alguns casos, a perda ou diminuição de sua clientela¹³.

3.1.1 Danos extrapatrimoniais

Leciona Menezes Cordeiro (2010, p. 513) que os danos não patrimoniais ou morais são os de natureza espiritual. É corrente a ideia de que os danos morais não são indenizáveis e sim compensáveis, em vista do fato de que, por sua natureza, não podem ser mensurados em

¹⁰ Podemos exemplificar danos subsequentes ou derivados de natureza extrapatrimonial os danos morais e os danos à saúde diretos.

¹¹ Danos extrapatrimoniais (também nominados de danos morais), segundo Inocêncio Galvão Telles (2010, p. 378), são prejuízos que não atingem em si o patrimônio, não o fazendo diminuir nem frustrando o seu crescimento. São bens como a vida, a integridade física, a saúde, a correção estética, a liberdade, a honra, a reputação. A ofensa objetiva desses bens tem, em regra, um reflexo subjetivo na vítima, traduzido na dor ou sofrimento, de natureza física ou de natureza moral.

¹² De modo geral, podemos dizer que o ponto comercial é a consolidação de um determinado comércio em determinado local, em decorrência da ocupação de uma atividade comercial de maneira contínua e constante (MAMEDE, 2012, p. 257).

¹³ A 2ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo considerou a perda do ponto como efeito da desapropriação e concluiu que ela enseja a indenização do fundo de comércio, porque “pode levar o comerciante a encerrar a sua atividade ou caracterizar um relevante prejuízo com a montagem do novo estabelecimento”. Todavia, naquele caso, o expropriado obteve “nova e melhor localização” em lugar próximo, pelo que só se obrigou ao pagamento das despesas de mudança e as perdas das antigas instalações. Conforme RDA 121/278 (*apud* SALLES, 1995, p. 466-467).

pecúnia.

Uma questão deveras importante, e que encontramos algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tanto no direito brasileiro como em alguns países que serão referenciados neste trabalho, que repousam no fato de haver ou não direito à reparação pelos danos extrapatrimoniais (morais ou afetivos) decorrentes da desapropriação, principalmente quando nos referimos ao imóvel utilizado para habitação.

No Brasil, tanto a doutrina como a jurisprudência, embora não de forma unânime, não admitem a possibilidade de somar-se ao valor devido ao expropriado, um percentual relativo aos danos extrapatrimoniais. A explicação dada a este fato está pautada na ideia de que, por se tratar de algo de difícil mensuração, torna-se impossível a quantificação em dinheiro, além, é claro, de não haver previsão legal quanto a este aspecto na lei brasileira da desapropriação.

O mesmo entendimento encontramos também tanto em Portugal como na França¹⁴. Em ambos, o valor devido ao expropriado é atribuído tendo como referência somente critérios objetivos (arts. 25º a 28º da Lei nº 168/99, Código das Expropriações), que compõem o valor real, não admitindo desta forma, critérios subjetivos como o valor da afeição (CORREIA, 2010, p. 230).

O artigo 496, nº 1, do Código Civil Português (PORTUGAL, 1967) prevê o ressarcimento de danos não patrimoniais. Este artigo está inserido na secção relativa à responsabilidade extra obrigacional por atos ilícitos, sendo extensivo à responsabilidade extra obrigacional pelo risco, em virtude do princípio formulado no artigo 499º do mesmo diploma legal (TELLES, 2010. p. 382-383).

Como contraponto a este entendimento, podemos citar a legislação de Espanha, além da jurisprudência¹⁵ e da legislação dos Estados Unidos da América. Na primeira, a lei prevê que seja acrescido ao valor final devido ao expropriado o percentual de 5% (cinco por cento) referente ao prejuízo extrapatrimonial suportado pelo desapropriado.

Quanto aos Estados Unidos da América, devido ao caso *Kelo vs. City of New London*, diversos estados procederam mudanças legislativas para aumentar a proteção de seus cidadãos face à expropriações por utilidade pública. Podemos mencionar como exemplo a Lei Missouri House Bill n 1944¹⁶, que traz três critérios para a indenização de bens imóveis, no

¹⁴ Em França, este entendimento é respaldado pelo artigo L13-13 do *Code de l'Expropriation*, segundo o qual “[l]es indemnités allouées doivent couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation” (FRANÇA, 2014).

¹⁵ Caso *Kelo vs. City of New London*

¹⁶ Missouri House Bill nº 1944.

caso de expropriações ocorridas após a data de 31 de dezembro de 2006, sendo que, entre eles, vigorará no caso concreto o que resultar no maior valor a ser pago (HOTING, 2009, p. 116-117). O primeiro deles estabelece que o valor devido como justo é o montante considerado como custo de mercado; o segundo, obriga ao ente pagador que, caso o imóvel seja oriundo de direito hereditário, pague ao expropriado o montante referente ao valor justo de mercado acrescido de 125% (cento e vinte por cento); e por derradeiro, o terceiro critério exige que seja pago, caso o imóvel esteja na mesma família há mais de 50 (cinquenta) anos, um valor referente a afeição.

3.2 LUCROS CESSANTES

Os lucros cessantes, nas palavras de Washington de Barros Monteiro (2003, p. 328), correspondem ao montante que o credor deixou de auferir, em virtude do inadimplemento do devedor, de acordo com o estabelecido no art. 402 do Código Civil Brasileiro (CCB). Em matéria de desapropriação, são conhecidos como os danos sofridos pelo particular em decorrência da desapropriação, na medida que correspondem ao valor que o desapropriado não lucrou, tendo em vista a ocorrência daquela.

Assim, no direito brasileiro¹⁷, como os danos emergentes, os lucros cessantes para que sejam indenizáveis não de ser decorrência imediata e efetivos¹⁸ da expropriação. O

In all condemnation proceedings filed after December 31, 2006, just compensation for condemned property shall be determined under one of the three following subdivisions, whichever yields the highest compensation, as applicable to the particular type of property and taking:

- (1) An amount equivalent to the fair market value of such property;
- (2) For condemnations that result in a homestead taking, an amount equivalent to the fair market value of such property multiplied by one hundred twenty-five percent; or
- (3) For condemnations of property that result in any taking that prevents the owner from utilizing property in substantially the same manner as it was currently being utilized on the day of the taking and involving property owned within the same family for fifty or more years, an amount equivalent to the sum of the fair market value and heritage value.

For the purposes of this subdivision, family ownership of property may be established through evidence of ownership by children, grandchildren, siblings, or nephews or nieces of the family member owning the property fifty years prior to the taking; and in addition, may be established through marriage or adoption by such family members. If any entity owns the real property, members of the family shall have an ownership interest in more than fifty percent of the entity in order to be within the family line of ownership for the purposes of this subdivision. The property owner shall have the burden of proving to the commissioners or jury that the property has been owned within the same family for fifty or more years (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1944).

¹⁷ Cabe esclarecer, que no direito português, por exemplo, o dano não necessita ser fruto direto e imediato do ato danoso.

¹⁸ O lucro cessante seria a perda da rentabilidade, a perda do lucro que o expropriado deixa de perceber. Lucros cessantes meramente previsíveis, prováveis ou possíveis seriam todos os demais casos que não podem ser reconduzidos a uma relação direta de causa e efeito com a expropriação. Assim, uma propriedade imóvel rural, nomeadamente uma fazenda com ampla área de lazer (haras, cachoeira etc), explorada com arrendamento de temporada, vem a ser desapropriada parcialmente para a implantação duma pequena central hidrelétrica, mantendo a construção principal, porém perdendo seus principais atrativos turísticos, sofre lucros cessantes

respaldo para essa afirmação repousa no fato da indenização não poder se procrastinar no tempo. Isso não impede que, caso sejam detectados lucros cessantes futuros, esses sejam indenizados, desde que se produza prova que os una com o ato ablativo pelo o nexo de causalidade. Estes, porém, serão reparados via ação própria¹⁹ com fundamento no Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, na medida em que o art. 20²⁰ da LGD determina que não há espaço na Ação de Desapropriação para discussão que não se refira exclusivamente a aspectos processuais ou, no máximo, a impugnação do preço ofertado.

Urge mencionar que o acréscimo dos juros compensatórios ao valor da indenização, que são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença, conforme preconiza a Súmula nº 70 (BRASIL, 1963c) do Superior Tribunal de Justiça (STJ), balançou o entendimento anteriormente exposto. Ditos juros foram originalmente atribuídos para minorar o prejuízo do expropriado em relação a falta de contagem de juros entre a posse administrativa da propriedade e o trânsito em julgado da sentença que fixa o valor da indenização, desfalque este que violava a garantia fundamental da justa indenização (BRASIL, 1978).

Respalhada por uma série de precedentes judiciais²¹, essa figura jurídica ganhou contornos definitivos com a Súmula nº 164 do Supremo Tribunal Federal (STF), de 13 de dezembro de 1963, *in verbis*: “No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência” (BRASIL, 1963b) e posteriormente, com a Súmula nº 618 do STF, de 17 de outubro de 1984, que fixou a taxa de juros compensatórios em 12% (doze por cento) ao ano, tanto para a desapropriação direta quanto para a indireta (BRASIL, 1984).

Entretanto, apesar de haver jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça (STJ), outra corrente da doutrinária defende a ideia de que os juros compensatórios abrangem os lucros cessantes. Neste diapasão, podemos referir o entendimento firmado no Recurso Especial nº 1.005.734/RS (BRASIL, 2012), onde é apontado que os lucros cessantes devem ser indenizados por juros compensatórios, e que estes se destinam a compor aquilo que

apenas previsíveis, prováveis ou possíveis no que toca ao aproveitamento do bem, e não efetivos. Outra hipótese seria a duma indústria farmacêutica expropriada pelo Estado para conter uma epidemia de grandes proporções. Os lucros cessantes não são efetivos, apenas previsíveis, prováveis ou possíveis. Como se vê, é um tema que envolve alguma dose de subjetividade nas conclusões, mas que, em linhas gerais, pode ser resolvido casuisticamente.

Embora não seja possível pleitear tais lucros cessantes na ação de desapropriação, cabe discuti-los em Ação Direta, sendo necessário comprová-los.

¹⁹ Conforme os Acórdãos (todos do Supremo Tribunal Federal) RE n. 35.977/SP (BRASIL, 1972); e AI n. 44.298/SC (BRASIL, 2011).

²⁰ Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta (BRASIL, 1941).

²¹ Cfr., por todos, RE n. 29.293/MG (BRASIL, 1961b); RMS n. 7.846/PE (BRASIL, 1961c); AI n. 24.805/MG (BRASIL, 1961a); e AI n. 26.947/MG (BRASIL, 1963a).

o expropriado deixou de auferir em razão da expropriação, não sendo cumuláveis entre si, exceto quando incidem sobre bases patrimoniais diversas, sob pena de *bis in idem*. Dito acórdão, negou provimento ao recurso do promotor da expropriação para a exclusão dos lucros cessantes, sob o fundamento que o reservatório de acumulação de água formado por uma barragem construída nas proximidades alagou as plantações contidas na propriedade desapropriada, impedindo a colheita das safras. Com a devida vênia, embora correta a decisão quando reconhece os lucros cessantes ao expropriado, a decisão embasou-se em fundamentos equivocados, porquanto não nos parece serem distintas as bases patrimoniais. Com efeito, o critério do valor de mercado da propriedade não engloba simplesmente o valor do terreno, mas também o valor das acessões (construções e plantações) presentes na propriedade, de sorte que as plantações inundadas integram a mesma base patrimonial e, conseqüentemente, o valor venal do imóvel.

Malgrado o acerto no *decisum*, as premissas adotadas por essa corrente são, em termos gerais, equivocadas. Se, por um lado, a cumulação dos lucros cessantes com os juros compensatórios sobre bases patrimoniais diversas é medida de inteira justiça; por outro lado, não existe justificativa plausível para que os lucros cessantes e os juros compensatórios não sejam cumulados quando recaem sobre o mesmo campo reparatório.

Assim, acreditamos que a interpretação correta é a que entende cabíveis os lucros cessantes independentemente dos juros compensatórios, pois enquanto esses se prestam a remunerar como compensação ou remuneração do capital, de que o proprietário fica privado pela perda da posse da coisa sem o prévio pagamento da indenização, aqueles têm o condão de compensar o proprietário pelos lucros que efetivamente auferiria com a exploração do bem se ainda detivesse sua posse. Logo, a ausência de prejuízo efetivo afasta os lucros cessantes, mas não os juros compensatórios, esses são devidos tenha ou não rentabilidade o bem (BRASIL, 2004).

De acordo com o apresentado, os lucros cessantes não podem ser considerados sinônimos de juros compensatórios, sob pena de inconstitucionalidade por violação do Princípio da Justa Indenização, em virtude de três razões primordiais: quando não ocorre imissão provisória na posse, ainda assim podem incidir lucros cessantes, tal hipótese pode ser retirada do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 35.977/SP (BRASIL, 1972)²²;

²² Recurso em que se apreciou o pedido de acréscimo da verba de lucros cessantes à indenização por expropriação de gado bovino destinado ao abate, naquele caso, a justificativa apresentada pelos recorrentes foi a de que seu gado fora expropriado antes de completar o período normal de engorda, pelo que não pôde atingir o máximo do preço previsível. A decisão unânime da 1ª Turma foi de desprovimento do recurso dos proprietários, alegando, entre outras razões, tratar-se de caso singular em que a indenização do gado já compreendia valor

quando ocorrer imissão provisória na posse, mas a utilização da terra e a eficiência na exploração forem iguais a zero, são devidos juros compensatórios, mas não existem lucros cessantes a indenizar²³; quando se atribuir uma alíquota fixa à indenização dos lucros cessantes, prática ocorrida quando ela (a indenização) é substituída por juros compensatórios, ao invés de proceder a sua determinação pericial, desconsidera-se os diferentes graus de rentabilidade possíveis da propriedade e pode-se levar a compensações aquém ou além do justo, colidindo com a Lei Maior.

Cabe mencionar que, em decorrência do art. 15-A, *caput*, da LGD, caso haja imissão prévia na posse, por consequência de desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social, incluindo casos de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, os juros compensatórios serão de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos. Porém, a eficácia desse dispositivo encontra-se parcialmente suspensa pelo STF, que deferiu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.332-2/DF (BRASIL, 2004b), ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, invocando a Súmula nº 618 do STF, onde os requerentes pediram a suspensão da eficácia da expressão “de até seis por cento ao ano”.

Sabe-se que os juros compensatórios e os lucros cessantes são institutos distintos, e por isso, podem ser exigíveis em relação a mesma indenização, não tratam-se da mesma categoria indenizável. Um poderá ser devido num caso concreto, enquanto que o outro, em relação ao mesmo caso, pode não ser. Tratam-se de coisas diferentes.

3.3 DANOS FUTUROS PREVISÍVEIS

Os danos futuros são aqueles que ainda não são verificáveis no momento exato do pagamento da indenização (COSTA, 2009, p. 597). Estes, por sua vez, podem ser previsíveis e neste caso, segundo a lei civil, serão indenizáveis, mesmo que ainda não tenham ocorrido efetivamente. Conforme entendimento do STJ, o dano futuro é “aquele prejuízo que o sujeito do direito ofendido ainda não sofreu no momento temporal que é considerado” (PORTUGAL, 1994).

superior ao real, o que acobertava, portanto, a reclamada margem de lucro pela futura engorda. Importante que o desfecho do julgamento propriamente dito, é a possibilidade concreta, nele presente, de ocorrência de lucros cessantes sem que exista uma imissão provisória na posse.

²³ Ora, sendo a exploração econômica do bem uma *conditio sine qua non* para se cogitar de lucros cessantes, a propriedade plenamente improdutiva e, por consequência, que não gera renda torna inviável essa pretensão.

Os danos futuros previsíveis são divididos em: certos ou eventuais (COSTA, 2009, p. 597). A diferença entre eles repousa no fato do primeiro ser esperado e do segundo ser de difícil dedução.

No caso da desapropriação, os danos futuros não são ressarcíveis, na medida em que não é possível a sua valoração no momento do pagamento. Isso não quer dizer que não possam ser perseguidos em ação própria (sob o Regime da Responsabilidade Civil), proposta posteriormente, desde que estejam ligados ao dano principal pelo nexos causal.

Há que se referir que, no caso da desapropriação indireta, este tipo de dano é reparável e exigível no momento do pagamento da indenização, visto que trata-se de ilícito praticado pela administração pública. Neste caso, deverá ser indenizado de acordo com o determinado na LGD. Assim, devem ser somados ao valor devido ao expropriado, o que corresponde aos lucros cessantes, danos emergentes e danos futuros previsíveis de qualquer natureza.

4 CONCLUSÃO

O postulado da justa indenização é com certeza o aspecto mais importante no instituto da desapropriação, além de ser a garantia da propriedade privada. Tanto a Constituição brasileira a quanto a Constituição portuguesa, asseguram e elegem como direito fundamental o direito à propriedade privada. No entanto, ambas determinam que esta pode sofrer restrições quanto a seu uso, gozo e disposição, por ordem de determinações de interesse privado como de interesse público.

A propriedade possui uma expressão simultaneamente econômica e outra social. Assim, a doutrina fala de uma dupla função da propriedade: uma função pessoal e privada, evidenciada na liberdade econômica de seu titular; e uma função social e pública, que, sem desconsiderar a discricionariedade do proprietário, orienta-a ao bem comum. Porém, a função social não é um elemento exterior ao direito de propriedade privada; ela é, ao contrário, um componente inseparável e densificadora de seus contornos, impondo ao proprietário obrigações negativas, obrigações positivas e obrigações modais. Logo, a regra é sua não sujeição a qualquer dever indenizatório.

A desapropriação consiste na tomada compulsória da propriedade por ordem do Poder Público em razão de utilidade pública. Em decorrência disso, e devido a proteção e garantia da propriedade privada, deve ser o desapropriado devidamente indenizado.

O conteúdo desta indenização é a grande dificuldade que se impõe ao direito, visto que a sua mensuração decorre de entendimento doutrinário e jurisprudencial no direito brasileiro como no português.

O ato desapropriatório, por ser compulsório, traz consequências importantes na vida do desapropriado, e em virtude deste fato, deve ser adequadamente indenizado.

Após este estudo, acreditamos que o expropriado seja merecedor da mais ampla reparação, incluído no valor indenizatório os danos emergente, lucros cessantes e danos futuros previsíveis. Outro aspecto que cremos ser imprescindível e que deve sem dúvida fazer parte da indenização são os danos extrapatrimoniais, que atualmente, na jurisprudência brasileira como na portuguesa não são reconhecidos.

Não há como se admitir, que principalmente em casos de imóveis habitacionais, este dano não seja reparado. O direito se realiza quando serve de instrumento de justiça social, que no caso da desapropriação, é decorrente da mais justa e plena indenização.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 140, n. 3969. Coimbra: Coimbra, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil Reais**. 5. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 maio 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.365**, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 14 maio 2016.

BRASIL. **Lei Federal n. 10.257**, de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 13 maio 2016.

BRASIL. **Lei n. 4.132**, de 10 de setembro de 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14132.htm>. Acesso em: 11 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.005.734/RS (1ª Turma). **Diário da Justiça**, 05 de março de 2012. Rel. Min. Teori Albino Zavascki.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 445.843/SP (2ª Turma). **Diário da Justiça**, 16 de novembro de 2004a. Rel. Min. Eliana Calmon.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 24.805/MG (2ª Turma). **Diário da Justiça**, 28 de setembro de 1961a. Rel. Min. Villas Bôas.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 26.947/MG (2ª Turma). **Diário da Justiça**, 14 de novembro de 1963a. Rel. Min. Hahnemann Guimarães.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 44.298/SC (1ª Turma). **RTJ**, 48/377. 2011. Rel. Min. Victor Nunes Leal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.332-2/DF (Plenário). **Diário da Justiça**, 02 de abril de 2004b. Rel. Min. Moreira Alves.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 29.293/MG (2ª Turma). **Diário da Justiça**, 19 de janeiro de 1961b. Rel. Min. Afrânio Costa.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 35.977/SP (1ª Turma). **Diário da Justiça**, 20 de novembro de 1972. Rel. Min. Luiz Gallotti

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 89.211/PR (2ª Turma). **Diário da Justiça**, 24 de novembro de 1978. Rel. Min. Djaci Falcão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso no Mandado de Segurança n. 7.846/PE (Plenário). **Diário da Justiça**, 27 de abril de 1961c. Rel. Min. Ribeiro da Costa.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 164**. 1963b. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0070.htm>. Acesso em: 18 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 618**. 1984. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0070.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 70**. 1963c. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0070.htm>. Acesso em: 18 jun. 2016.

BRITO, Miguel Nogueira de. **Propriedade Privada**: entre o privilégio e a liberdade. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

BYRNE, J. Peter. Condemnation of low-income residential communities under the takings clause. **UCLA Journal of Environmental Law & Policy**, n. 23, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português II**. Direito das Obrigações. Gestão de Negócios, Enriquecimento sem causa, Responsabilidade Civil. TOMO III. Coimbra: Almedina, 2010.

CORREIA, Fernando Alves. A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 140, n. 3966, 2011.

CORREIA, Fernando Alves. Anotação ao Acórdão do 2º Juízo do Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), de 18 de outubro de 2012, Processo nº 01597/06. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Ano 141, n. 3977. Coimbra: Coimbra, 2012.

CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. Coimbra: Almedina, 2010. v. II.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. São Paulo: Atlas, 2004.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Missouri House Bill n. 1944**. Disponível em: <<http://www.eminentdomain.mo.gov/documents/HB1944T.pdf>>. Acesso em: 25 abril de 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Kelo vs. City of New London**, 545 U.S. 469, jun. 2005.

FRANÇA. **Code De L'Expropriation Pour Cause D'Utilité Publique**. 2014. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 14 maio 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOTING, Shaun. The Kelo Revolution. **University of Detroit Mercy Law Review**, n. 86, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil 2**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOTÍCIAS JURÍDICAS. **Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa**. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lef.html>. Acesso em: 14 maio 2016.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 25 de abril de 1976**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 48.051**, de 21 de novembro de 1967. Disponível em: <<http://www.dre.pt/cgi/dr1s.exe?t=dr&cap=1-1200&doc=19672184%20&v02=&v01=2&v03=1900-01-01&v04=3000-12-21&v05=&v06=&v07=&v08=&v09=&v10=&v11='Decreto-Lei'&v12=48051&v13=&v14=&v15=&sort=0&submit=Pesquisar>>. Acesso em: 7 nov. 2015.

PORTUGAL. **Lei 168**, de 18 de setembro de 1999. Código das Expropriações. Disponível em: <www.estradasdeportugal.pt/.../14-empresendimentos?...233%3Alei-168-9>. Acesso em: 15 jun. 2015.

PORTUGAL. **Lei 67/2007**, de 31 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/responsabilidade-civil>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso de Revista n. 084734**, 11 de outubro de 1994. Rel. Sousa Inês.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TELLES, Inocência Galvão. **Direito das Obrigações**. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1.