

Jéssica Acocella: Critérios para justa indenização expropriatória

O instituto da desapropriação, sem dúvida, gera, até os dias de hoje, inegáveis benefícios para a coletividade, viabilizando, por exemplo, grandes obras públicas e os cada vez mais imprescindíveis projetos de infraestrutura, sobretudo urbana. Sem essa prerrogativa estatal, seria impensável deixar ao arbítrio privado o fornecimento, a seu critério, dos mais variados bens de interesse coletivo, necessários tanto para o desenvolvimento como para o bem-estar da sociedade.

Na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, a construção do sistema de transportes conhecido como BRT (*Bus Rapid Transit*), que vem sendo implementado em diversas regiões da cidade desde 2011 com a finalidade de melhorar o grave e intrincado problema envolvendo a mobilidade urbana, resultou, apenas no que diz respeito ao Corredor Transcarioca[1], no dispêndio de, aproximadamente, R\$ 300 milhões, somando-se as verbas federais, estaduais e municipais.[2]

Não há, portanto, como se fazer uma defesa absoluta da propriedade privada e uma crítica ingênua à atividade estatal expropriatória, como se dela pudesse definitivamente abrir mão a Administração Pública. Ao contrário, a desapropriação, de limite negativo do direito de propriedade, tem se convertido em um instrumento positivo colocado à disposição do Poder Público para o cumprimento de suas funções de ordenação espacial e conformação da sociedade aos crescentes imperativos de justiça social.

Mas, por outro lado, não é possível negar que o modelo de desapropriação — um dos temas, podemos dizer, mais clássicos do nosso Direito Administrativo —, tal como praticado na atualidade, está em crise, sobretudo em razão da incompatibilidade de importantes normas do regime jurídico até hoje vigente com a atual ordem constitucional. Essa crise manifesta-se, por exemplo, pela demora no pagamento da indenização devida ao particular afetado e pela ainda persistente apropriação pública, em alguns casos, da propriedade privada em desrespeito às garantias do devido processo legal e da *justa e prévia* indenização em dinheiro.

Essa situação acaba por demandar, na ausência de uma ampla reforma do tratamento normativo do instituto (o que se torna, aliás, cada vez mais premente), um esforço maior de interpretação da legislação vigente, que exigirá, em primeiro lugar, sua releitura à luz dos valores e ditames da Constituição de 1988, principalmente tendo em vista que o regime jurídico até hoje aplicável é, predominantemente, anterior à atual ordem constitucional.

A esse respeito, importante notar que o Decreto-lei 3.365, de 21 de junho de 1941, principal norma de regência da matéria até os dias de hoje, foi editado na vigência da Carta Constitucional de 1937, que deu início a uma era de poder conservador e autoritário, instaurando-se um Governo forte e centralizador, cuja legitimidade fundava-se na ideia organicista de que o indivíduo era, essencialmente, uma parte do todo social, realizando-se o bem de cada um apenas na medida em que assegurado o bem comum, cuja superioridade intrínseca sobre as liberdades individuais caberia ao Estado assegurar.[3]

Por essas razões e até que sobrevenha um novo marco legal, a atividade expropriatória demanda continuamente, do operador jurídico, diversas e complexas reflexões e um esforço de compatibilização da legislação anterior a 1988 com os novos paradigmas constitucionais, destacando-se, aqui, a análise que diz respeito ao significado da exigência constitucional de que a compensação financeira devida ao

particular seja *justa*. Isso porque simplesmente pressupor, genericamente, como há muito fazem nossa doutrina e jurisprudência, que a indenização justa equivale ao mero valor de mercado do bem pode não tutelar suficientemente, como veremos a seguir, os legítimos interesses do particular afetado.

Indiscutível é que a chamada *justa e prévia* indenização representa um dos principais elementos do sistema de garantias individuais em face do poder estatal expropriatório. Mas, diante da sua abertura semântica, o que se deve entender como sendo uma indenização *justa*? Isto é, quais valores devem fazer parte da sua composição para que o particular seja integralmente recompensado por todas as perdas e danos individualmente suportados em prol da coletividade?

Como já dito, simplesmente associar valor justo a valor de mercado pode revelar-se insuficiente no caso concreto. E, tendo em vista que o referido decreto-lei não estabelece qualquer critério claro e preciso, mas, tão-somente, que, na fixação do *quantum indenizatório*, o convencimento judiciário deverá se dar com base na “estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufero 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”, resta conferido um amplo espaço de interpretação para o aplicador da norma.

Imprescindível, portanto, que o administrador e, quando for o caso, o juiz, orientem-se com base em critérios objetivos e racionais, considerando-se que, embora devam ser observados, em princípio, os elementos mencionados na norma, não está obrigado o intérprete a eles se limitar. Ao contrário, outros fatores podem — e devem — ser sopesados na fixação da compensação financeira devida e, dependendo das circunstâncias concretas, poderá revelar-se necessário até mesmo desprezar os critérios legais, levando-se em conta outros mais pertinentes ao caso.^[4]

Sendo assim, e considerando-se o caráter dúplice do instituto — que, ao mesmo tempo em que pressupõe o poder da Administração em sacrificar um direito patrimonial, sem chance de se lhe opor resistência, também consiste em um importante sistema de garantias individuais mínimas em face do Estado, necessárias para contrabalançar a potestade estatal e lhe retirar qualquer nota de arbitrariedade^[5] —, cumpre ao intérprete recorrer ao uso argumentativo da técnica da ponderação, através da qual é possível alcançar uma solução otimizada e conciliadora entre os interesses que se opõem em cada caso e, portanto, capaz de legitimar a decisão expropriatória.

Importante, porém, tendo em vista o amplo espaço de atuação que a atividade ponderativa confere ao intérprete, que alguns parâmetros e limites racionais e seguros, fixados em abstrato, orientem a aplicação do *quantum indenizatório* em cada caso concreto, em prol de uma atividade expropriatória mais justa, isonômica, eficiente e controlável.

Dois critérios, nesse tocante, valem a pena ser citados. De um lado, a isonomia — princípio constitucional que determina que, na sociedade, haja uma equitativa distribuição dos encargos e benefícios entre todos (ou quase todos) os seus membros, de forma que o ônus de determinada utilidade pública fruível pela coletividade em geral não recaia injustamente apenas sobre determinados e poucos sujeitos — nos leva à inafastável conclusão de que a compensação financeira a que tem direito o proprietário deve consistir no principal mecanismo constitucional de repartição, pela comunidade beneficiada, do ônus decorrente da ação pública expropriatória.^[6] E, para tanto, a simples adoção de fórmulas genéricas e simplificadas, que impossibilitam a consideração das peculiaridades concretas do

particular afetado, podem se revelar insuficientes à recomposição do seu *status quo ante*, impondo-se-lhe um empobrecimento indevido ou uma lesão excessiva e intolerável.

De outro, a eficiência — norma de hierarquia igualmente constitucional, que orienta o intérprete no alcance dos melhores resultados, a partir de uma relação econômica de custo-benefício — impõe ao intérprete que adote a solução capaz de coordenar, na maior medida e dentro da maior brevidade possíveis, todos os interesses envolvidos. Daí resulta fundamental que, ainda na fase administrativa do processo expropriatório, dita “amigável”, seja ofertado ao particular valor indenizatório que seja, sob a perspectiva subjetiva, verdadeiramente *justo*. Isso porque, quando a Administração oferta, neste primeiro momento, montante consideravelmente aquém do valor capaz de satisfazer integralmente o particular afetado, incrementa-se a probabilidade de que sua recusa protele a solução do impasse para o, em geral, demorado e custoso processo judicial.

E, com isso, compromete-se a eficiência econômica da medida expropriatória como um todo, haja vista que é postergada, para um segundo momento, a transferência da propriedade privada pretendida e, conseqüentemente, a realização do projeto público planejado. Ou seja, a judicialização da desapropriação envolve um alto custo de oportunidade para o Estado, que poderia ser mitigado com a antecipada resolução amigável da questão indenizatória, pagando-se ao proprietário, na maior medida possível, o valor que, em concreto, é o mais justo.

Não bastasse, ao lado da ineficiência ocasionada pelos custos da demora, essa postergação sujeitará a Administração, ainda, a elevados custos financeiros, notadamente os decorrentes do pagamento de juros compensatórios destinados a compensar a perda antecipada da propriedade (em razão de eventual e provável imissão provisória na posse) até a sua transferência efetiva via sentença judicial definitiva.

Portanto, ao contrário do que se pode pensar em um primeiro momento, o envolvimento de esforços para que o particular seja indenizado, de antemão, de todos os danos por ele sofridos em razão da perda da propriedade, inclusive os de natureza subjetiva, será financeiramente mais vantajoso para o Estado, além de antecipar a satisfação da finalidade pública em jogo.

Esses dois parâmetros nos conduzem, portanto, inevitavelmente à conclusão de que ao lado do que podemos denominar de *componentes objetivos* da compensação, a exemplo do valor do próprio bem e demais parcelas acessórias, tais como juros moratórios e/ou compensatórios, honorários advocatícios e correção monetária, é plenamente sustentável a ideia de que cabe ao aplicador jurídico verificar, à luz do caso concreto, todas as demais lesões de natureza subjetiva efetivamente suportadas pelo particular.

A título de ilustração, podemos mencionar diferentes modelos jurídicos estrangeiros que buscam conferir, das formas mais variadas, algum grau de proteção a tal componente subjetivo do direito de propriedade. Modelos estes que, de alguma forma, podem inspirar sua implementação também no ordenamento jurídico pátrio.

Na Colômbia, por exemplo, que possui um sistema avançado e inovador de ordenação da ocupação do solo, a indenização pode ter natureza compensatória, reparatória ou restitutiva, de acordo com as especificidades de cada caso, que determinarão a ponderação proporcional e em concreto dos interesses envolvidos. Daí decorre que, conforme esclarecem Juan Felipe Pineda e Catalina Del Castillo à luz do Direito colombiano:

(...) ao serem consultados os interesses do afetado e adquirindo estes uma relevância constitucional especial, como no caso da moradia familiar e de outros direitos analisados na sentença judicial, a indenização pode, tanto em seu montante quanto na sua forma de pagamento, assumir uma modalidade que a leve a cumprir uma função restitutiva. [7]

Ou seja, o cálculo da indenização, em tal sistema, não seguirá uma fórmula genérica, demandando do intérprete a avaliação concreta das necessidades específicas do particular afetado e da comunidade beneficiada. Ora as circunstâncias exigirão uma tutela mais intensa dos interesses pessoais do particular, inclusive extrapatrimoniais, ora resultarão apenas na proteção dos seus interesses financeiros. A opção por uma ou outra alternativa dependerá, assim, da natureza dos valores subjacentes ao exercício do direito de propriedade, podendo variar de valores meramente econômico-financeiros até valores existenciais.

Já a Constituição do Estado norte-americano de Michigan, com a mesma finalidade, mas de forma mais precisa, estabelece expressamente que, quando a propriedade subtraída consistir na principal moradia do expropriado, o valor indenizatório deverá ser equivalente a, no mínimo, 125% do valor de mercado do imóvel, em acréscimo aos demais danos sofridos:

§ 2 Desapropriação; compensação.

Sec. 2. A propriedade privada não deve ser suprimida para uso público sem a justa compensação, assegurada da forma prescrita em lei. Se a propriedade privada consistente na principal residência do indivíduo for suprimida para uso público, o montante da compensação a ser fixado não deve ser inferior a 125% do valor de mercado do bem, somado a outras parcelas determinadas por lei. [8]

Ou seja, a própria norma confere, de antemão, tratamento diferenciado de acordo com a natureza do dano sofrido, considerando mais grave à esfera individual a hipótese em que a desapropriação atinge não apenas interesses patrimoniais do particular, mas, principalmente, seu direito de moradia. Torna, assim, mais objetiva a aferição do dano de cunho subjetivo, conferindo mais segurança e isonomia à atuação do intérprete.

No contexto pátrio, porém, é praticamente consenso, tanto doutrinário como jurisprudencial, que o que se denomina de *valor de afeição* do bem não deve ser levado em conta no momento em que é fixada a indenização expropriatória, por, supostamente, haver real impossibilidade de traduzi-lo economicamente, na medida em que diria respeito tão somente ao foro íntimo do proprietário.

Nessa linha, José Carlos Salles, partindo da premissa de que o “ressarcimento decorrente da

expropriação há de ser palpável, concreto, calculado em bases reais e assentado em dados comumente considerados no mercado mobiliário e imobiliário para os bens da mesma espécie”[9], estabelece uma distinção entre o *valor de afeição* ou *estimativo* do bem e o seu *valor de interesse*, consistente no desfalque patrimonial, de natureza objetiva, sofrido pelo expropriado e o único passível de ser recomposto.

Porém, quando nos deparamos diante dos argumentos contrários à inclusão de qualquer componente subjetivo no *quantum* indenizatório, cabe fazer a seguinte análise: não seria justa apenas a indenização expropriatória que correspondesse ao mesmo valor que o proprietário se disporia a obter em relações livres de mercado? Isto é, em relações em que a propriedade é transferida voluntariamente pelo particular? Caso contrário, não há como negar que o expropriado acaba por sofrer, com a supressão forçada da propriedade, um grave prejuízo financeiro em detrimento de um interesse da coletividade, havendo, com isso, uma desigual repartição dos encargos e benefícios sociais. Em última análise, resta descumprida a determinação constitucional, que, ao estabelecer a *justiça* da indenização, não parece pretender seja conferido ao particular algo menos que o equivalente à integral compensação de todos os danos e prejuízos efetivamente sofridos e à recomposição de sua situação original.

A complexidade da determinação de cada um dos componentes da indenização, seja de que natureza forem, não pode ser justificativa para que os mesmos sejam simplesmente deixados de lado pelo intérprete em prol da mera adoção de métodos de valoração justificados tão somente em razão de sua simplicidade e praticidade. Ora, mesmo elementos menos tangíveis podem ser sistematicamente objetivados, seja pela nossa doutrina, seja pela atuação administrativa reiterada ou, ainda, por meio de posicionamentos jurisprudenciais consolidados, mediante a concepção prévia e abstrata de critérios racionais e precisos que possam refletir o valor de afeição do bem sob determinadas condições concretas, conferindo-se tratamento equânime a particulares que se encontrem em posição semelhante. Voltando ao exemplo da Constituição do estado do Michigan, conferir ao particular que perde, junto com a propriedade, seu direito de moradia (que corresponde, em geral, a um direito intrínseco à subsistência do indivíduo e à sua capacidade de autodesenvolvimento), um percentual adicional como forma de recompor o dano envolvido, poderia configurar uma legítima forma de tutela.

E, acrescente-se mais uma vez, na medida em que sejam respeitados os interesses particulares ainda na fase administrativa, ofertando-se de antemão montante que inclua o valor de afeição que decorre da relação estabelecida entre o proprietário e o bem, tende-se a alcançar a solução antecipada do impasse e, conseqüentemente, a mais breve e eficiente obtenção da finalidade pública pretendida.

Mister, portanto, que a desapropriação seja repensada para além de sua concepção tradicional como forma de aquisição originária da propriedade privada pelo Estado, através do uso de seu poder de império, em nome da suposta existência de um interesse público que sempre prevalecerá sobre os meros interesses particulares.

Ao contrário, a atuação estatal expropriatória, consistindo em uma interferência drástica e extrema sobre a propriedade individual — de forma que acaba sempre correndo os graves riscos do autoritarismo e do abuso estatal —, deve buscar na vontade constitucional, em cada caso, seu fundamento e seus critérios de legitimidade, de forma que sejam realizados ao máximo os distintos bens jurídicos em jogo. Isto é, ao mesmo tempo em que sejam alcançados os objetivos públicos planejados, não seja gravemente sacrificada a esfera de direitos do indivíduo, cuja tutela dá-se, indiscutivelmente, de forma prioritária em

nossa ordem constitucional.

[1] A cidade do Rio de Janeiro contará, inicialmente, com a implantação de quatro corredores, formando eixos de transporte integrados, denominados de BRT Transcarioca, BRT Transbrasil, BRT Transoeste e BRT Transolímpico.

[2] Informação obtida em: <<http://www.brtbrasil.org.br/index.php/brt-brasil/cidades-com-sistema-brt/rio-de-janeiro/brt-transcarioca>>. Acesso em 17 nov. 2014.

[3] BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 82.

[4] É o que expõe com clareza Washington de Barros Monteiro, quando afirma que “Na decisão, basear-se-á a autoridade judiciária nos critérios preconizados pelo art. 27, do Dec.-lei 3.365, que, todavia, não são inflexíveis e rígidos, podendo, por isso, ser abandonados, já que a indenização tem de ser justa, real, compreensiva dos legítimos interesses do expropriado”. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 179.

[5] Justamente ao tratar dessa natureza dúplice da desapropriação, o professor espanhol De la Cruz Ferrer a qualifica como “uma instituição que como nenhuma outra reflete a peculiaridade desse ramo do Direito, situada no equilíbrio entre as prerrogativas da Administração e as garantias dos cidadãos, ocasionando as consequentes modulações jurídicas das instituições”. FERRER, de la Cruz J. Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 45, p. 71, 1985.

[6] É o que expõe, na Espanha, GARCÍA DE ENTERRÍA, quando afirma que a desapropriação não altera o *status* geral da propriedade, por não acarretar a perda do conteúdo econômico da situação sacrificada, conteúdo que é tão somente substituído pelo seu equivalente pecuniário, de forma que “a carga pública que a extinção da propriedade supõe não recaia sobre a pessoa do afetado, mas seja repartida entre toda a coletividade, através do sistema fiscal que nutre os fundos de que a indenização procede”. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. vol. II. Madrid: Editorial Civitas, 1999. p. 220.

[7] PINILLA PINEDA, Juan Felipe; VILLEGAS DEL CASTILLO, Catalina. Las alternativas del derecho urbano colombiano para la obtención pública de suelo: entre las formas expropiatorias tradicionales y las nuevas formas de gestión del suelo. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto da desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 151.

[8] Texto da norma disponível em <
[http://www.legislature.mi.gov/\(S\(jgpxne55bzbyo145fnd2ulzv\)\)/mileg.aspx?page=GetObject&objectname=mcl-Article-X-2](http://www.legislature.mi.gov/(S(jgpxne55bzbyo145fnd2ulzv))/mileg.aspx?page=GetObject&objectname=mcl-Article-X-2)>. Acesso em: 30 mai. 2013.

[9] SALLES, José Carlos de Moraes. A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 453.

Date Created

05/12/2014