

Breves comentários às recentes alterações do Decreto-Lei nº 3.365/41

A Medida Provisória nº 700, publicada em 09/12/15, alterando dispositivos do DL nº 3.365/41 e normas correlatas, trouxe importantes inovações concernentes à imissão provisória na posse, além de incorporar orientação jurisprudencial pacífica acerca da inaplicabilidade da Súmula 618 do STF à chamada desapropriação sancionadora, o que, em outros termos, já se encontrava no Estatuto da Cidade. Antecipando-se ao pronunciamento definitivo do STF sobre a taxa de juros compensatórios, tratou de fixá-los no limite de 12% a.a.. Enfrentando temas polêmicos, praticamente reeditou a norma do artigo 15-A, § 4º, do DL 3.365/41, com a redação que lhe fora dada pela MP 2183-56, cuja eficácia se encontrava suspensa por força de decisão liminar da corte constitucional. A par disto, tratou de regular o tema da concessão urbanística, alvo de acendradas discussões, particularmente na Cidade de São Paulo, a partir da inserção deste instrumento de política urbana no Plano Diretor Estratégico.

Passaremos a analisar, à vista disso, as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 700/15, sem a pretensão de esgotar o tema, desenvolver doutrina ou dizer algo definitivo acerca de questões controvertidas, animando-nos apenas o propósito de interpretar o sentido e o alcance das inovações.

A Medida Provisória, tratando da regra do artigo 2º, § 2º, do DL nº 3.365/41, suprimiu a expressão “território”, na especificação dos bens que podem ser desapropriados pela União mediante expressa autorização legal, diante da atual configuração federativa brasileira (arts. 14 e 15 do ADCT). O § 2º-A, ao regular a possibilidade de acordo entre os entes federativos, ajuste que dispensa a autorização mencionada no § 2º, dá a entender, considerada a referência a este último dispositivo, que, mesmo assim, bens da administração direta só podem ser desapropriados por entidade federativa hierarquicamente superior. Trata-se de interpretação razoável, pois bastará o acordo para alcançar o objetivo de desburocratização, a que visa a disposição do artigo 2º, § 2º-A, segundo Exposição de Motivos, afastando-se, como lá está, “autorizações redundantes” e “maximizando os ganhos de prazo”.

A MP 700/15, ao dispor sobre o artigo 3º do Decreto-Lei, ampliou o espectro de entes com legitimidade para desapropriar, nele incluindo, na dependência de expressa autorização de lei ou de contrato (passível de registro público – artigo 221, VI, da LF 6.015/73, c.c. o artigo 2º da MP 700/15), permissionários, “autorizatários”, arrendatários, entidades públicas e o contratado para execução de obras e serviços de engenharia mediante contratação integrada, empreitada por preço global e empreitada integral. Cabe frisar que a inovação não contemplou os consórcios públicos. Surge, então, a dúvida acerca do fato de a Medida

Provisória haver revogado a norma do artigo 2º, § 1º, II, da LF nº 11.107/05, pois regulou integralmente a matéria.

O artigo 4º da chamada Lei Geral da Desapropriação, dentre todos, foi o que passou por maiores mudanças, a começar pela divisão em dois dispositivos, que têm o mesmo número ordinal, o segundo deles acrescido da letra “A”. O *caput* do artigo 4º não foi alterado, limitando-se a MP 700/15 ao acréscimo de parágrafo único, no qual se diz que, quando a desapropriação promovida pelos entes mencionados no artigo 3º destinar-se a urbanização e reurbanização, parcelamento ou reparcelamento do solo – cujas diretrizes deverão necessariamente encontrar previsão no Plano Diretor, na legislação de uso e ocupação do solo ou na lei municipal específica (artigo 5º, § 7º, do DL 3.365/41) –, o edital de licitação poderá contemplar a utilização imobiliária por parte do contratado (empreendedor), em favor de quem reverterá a respectiva receita, na conformidade de projeto associado a ser desenvolvido por conta e risco do particular, garantindo-se ao poder público, no mínimo, o ressarcimento do que tiver despendido com indenizações.

Veja-se, assim, que não se trata de desapropriação por zona, mas da possibilidade de exploração comercial (inclusive para revenda), objeto de projeto específico, do todo ou de parte da obra a que deu lugar a desapropriação. Embora a norma do artigo 4º, parágrafo único, do DL 3.365/41 valha-se do termo “edital de licitação”, dando a entender, assim, que se cuida de prerrogativa constituída em favor daquele que se sagrou vencedor no certame, acreditamos que a disposição também se aplica a todos que se acham autorizados a promover as medidas de execução do decreto de desapropriação, contanto que o poder público, responsável pela indenização, seja reembolsado. A expressão “no mínimo”, que consta da redação do artigo 4º, parágrafo único, do DL 3.365/41, indica que o poder público também poderá exigir contrapartidas de expressão econômica imediata ou mediata (obrigação de pagar, obrigação de dar, de fazer ou de não fazer).

A MP 700/15, nesse ponto, toca em um tema delicado, alvo de acesa polêmica, que diz respeito à concessão urbanística. Embora a concessão de uso de bem público seja um instituto bastante conhecido no direito brasileiro, tanto quanto a desapropriação para revenda (artigo 4º da LF 4.132/62), encontrando previsão, ambas, como instrumentos de política urbana, no Estatuto da Cidade (arts. 4º, V, g e h; 8º, § 5º), determinados setores da sociedade alertam para o risco de privatização do espaço público sem a necessária contrapartida do ponto de vista de um ganho social. A nosso ver, a MP 700/15 é um amálgama de diversas concepções de urbanismo, ciência social aplicada, resultado de perspectivas jurídicas diferentes acerca da correlação de forças entre o mercado e a demanda por uma gestão democrática da cidade.

O artigo 4º-A, *caput*, do DL 3.365/41, com as alterações promovidas pela MP 700/15, reportando-se à norma do artigo 47, VII, da LF 11.977/09, passa a dispor que, no caso de imóveis objeto de assentamentos irregularmente e coletivamente ocupados, em sua predominância, por população de baixa renda, de forma mansa e pacífica, há mais de cinco anos, ou de ocupação, irregular e coletiva, de imóveis situados em Zona Especial de Interesse Social – ZEIS, predominantemente por população de baixa renda, tanto quanto nas hipóteses de ocupação, nestas mesmas circunstâncias, de imóveis da União, Estados, Distrito Federal e Município, declarados de interesse social para implantação de projeto de regularização fundiária, a desapropriação não será feita sem as necessárias medidas compensatórias (aluguel social, inserção dos ocupantes em projeto habitacional, indenização ou compensação econômica outra), com a ressalva, contida no § 1º, de que as ocupações de “áreas vazias”, localizadas em ZEIS, que se destinem à produção habitacional, nos termos do Plano Diretor ou de lei municipal específica, não caracterizam, para efeito de medidas compensatórias, assentamentos sujeitos a regularização fundiária de interesse social.

A exceção aberta pela Medida Provisória, até onde enxergamos, visa a desestimular invasão de áreas já destinadas ao desenvolvimento de projetos habitacionais criados para atender a população de baixa renda, evitando-se, assim, o que aconteceu recentemente em diversos Estados da Federação, quando forças de segurança da União tiveram de intervir para a desocupação de prédios construídos com recursos de programa habitacional. Este seria o sentido, portanto, da expressão “área vazia”, utilizada na regra legal.

O artigo 5º do DL 3.365/41, ao estabelecer as hipóteses de utilidade pública que justificam a desapropriação, ganhou um quarto parágrafo, no qual foi inserida importante alteração: tanto os bens desapropriados com essa finalidade quanto os direitos decorrentes da respectiva imissão na posse (supõe-se, a imissão prévia) poderão ser alienados a terceiros, locados, cedidos, arrendados, outorgados em regime de concessão de direito real de uso, de concessão comum ou de parceria público-privada, e, ainda, “transferidos como integralização de fundos de investimento ou [do capital de] sociedades de propósito específico”. Esta inovação decorre de importantes alterações promovidas pelos artigos 3º e 4º da MP 700/15, que mais adiante passaremos a analisar.

O artigo 5º, § 5º, do DL 3.365/41 prevê que as medidas objeto do § 4º, acima mencionadas, aplicam-se aos casos de desapropriação para urbanização, reurbanização, parcelamento ou reparcelamento do solo, de que trata a norma do artigo 4º, parágrafo único, do DL 3.365/41, desde que a destinação prevista seja assegurada no respectivo plano. O § 6º,

por sua vez, interfere com a questão do abuso ou desvio do ato de desapropriação, tanto quanto com o tratamento do direito de retrocessão e do direito de preferência.

De fato, não raras vezes, sobretudo na Cidade de São Paulo, o poder público, desapropriando área que desde sempre se revelava desnecessária à implantação do melhoramento ou à construção, finda a obra, relega-a ao mais completo abandono, o que, em tese, configura improbidade administrativa. De acordo com a norma do artigo 5º, § 6º, do DL 3.365/41 caberá ao poder público, primeiramente, dar outra finalidade à área cuja destinação venha a se tornar prejudicada (por desinteresse ou inviabilidade do projeto). Apenas na hipótese em que malograda se mostre qualquer outra utilização do bem poderá a administração aliená-lo, respeitado o direito de preferência do desapropriado. Trata-se, na verdade, de regra já inscrita no artigo 519 do Código Civil, esta, sim, inovadora, se considerada for a disposição correspondente do Código Civil de 1916 (art. 1.150). Importante acentuar que subsiste a vedação do artigo 5º, § 3º, do Decreto-lei, de forma tal que não se aplica a regra do § 6º no caso de desapropriação realizada para implantação de parcelamento popular destinado às classes sociais de menor renda.

Tampouco inova a Medida Provisória nº 700, de 08/12/15, ao tratar do artigo 7º do DL 3.365/41, acrescentando, apenas, que não só as autoridades administrativas podem ingressar no imóvel, a partir da declaração de utilidade pública, mas também seus representantes. De outra forma, a Medida Provisória, nos artigos 3º e 4º, trouxe importante mudança no que concerne à natureza jurídica dos direitos decorrentes da imissão provisória na posse concedida em favor dos entes federados, dos delegados do poder público, e dos direitos decorrentes das respectivas cessões ou promessa de cessão, que passaram à condição de direito real (alterou-se, assim, a regra dos arts. 1.225 e 1.473, ambos do C. Civ., bem como a norma do art. 22, § 1º, da LF 9.514/97, dispositivo que trata do objeto da alienação fiduciária). Na regra do artigo 26, § 3º, da Lei Federal nº 6.766/79, que cuida do parcelamento do solo urbano, não houve propriamente mudança, limitando-se a MP 700/15 a atualizar a referência ao artigo 134, II, do Código Civil de 1.916 (no atual Código, artigo 108).

De acordo com a norma do artigo 26, § 3º, da Lei Federal nº 6.766/79, os entes federados e as entidades delegadas poderão outorgar os direitos decorrentes da imissão provisória na posse por instrumento particular, com força de escritura pública (o que afasta a aplicação da norma do art. 108 do C.Civ., como de resto já havia feito o Estatuto da Cidade, no art. 48, I), no caso de parcelamentos populares. Operou-se, em decorrência do novo *status* da imissão provisória na posse, uma série de alterações na Lei de Registros Públicos (6.015/73), não só no que concerne ao registro da aquisição originária resultante da adjudicação do imóvel

desapropriado, como também no que diz respeito ao registro do ato de prévia imissão na posse (que passou a ser direito real).

A nova regra do artigo 5º, § 4º, do DL 3.365/41 – que se aplica, igualmente, aos casos de desapropriação para urbanização, reurbanização, parcelamento ou reparcelamento do solo (§ 5º) –, do artigo 176-B da LF 6.015/73, dos artigos 1.225 e 1.473, ambos do Código Civil, bem como as alterações promovidas nos contratos de alienação fiduciária (art. 22, § 1º, IV e V, da LF 9.514/97) e na Lei do Parcelamento do Solo Urbano (art. 26, § 3º) deixaram suficientemente claro que de nada valerá a alegação de domínio em favor do proprietário do imóvel desapropriado, no caso de prévia imissão do poder público na posse do bem, contraposto que se vê agora o direito de propriedade a um direito real de posse, que pode ser transferido a terceiro, inclusive para o desenvolvimento de programas habitacionais de interesse social, sob responsabilidade dos órgãos ou entidades da Administração Pública.

Tudo isso confirma a necessidade de se estabelecer, desde logo, o valor da prévia e justa indenização, a prestigiar o acerto da orientação da Corte Paulista no que toca à imprescindibilidade do laudo preliminar. Promover justiça social também inclui o respeito à casa onde habita o homem, ao imóvel em que trabalham inúmeras pessoas, dali retirando o seu sustento. Bem por isto, a agilização do processo de desapropriação – objetivo da MP 700/15, segundo a Exposição de Motivos – não pode atropelar os direitos consagrados na Constituição da República, anulando atributos do direito de propriedade (usar, gozar e dispor) sem justa compensação antecipada. A aceleração da economia, o estímulo ao investimento dos setores privados nas obras de infraestrutura – também perseguidos pela Medida Provisória –, tampouco se pode fazer com tamanho sacrifício.

A atual regra do artigo 15-A, *caput* e § 1º, do DL 3.365/41, ao cuidar dos casos de imissão prévia na posse em desapropriação fundada na necessidade ou utilidade pública, tanto quanto no interesse social, objeto das disposições da LF 4.132/62 (diploma legal editado em cumprimento à regra do art. 147 da CF/46, consagradora do princípio da função social da propriedade, hoje contemplado na norma dos arts. 5º, XXIII, e 170, III, ambos da CF/88), dispõe no sentido de que, diante de divergência entre o valor da oferta feita em juízo e o valor fixado na sentença, expressos em termos reais, o juiz poderá fixar juros compensatórios de até 12% a.a. sobre o valor da diferença, incidentes desde a imissão na posse, vedada a aplicação de juros compostos (vale dizer, o percentual incidirá sempre sobre o valor singelo da diferença), desde que efetivamente comprovada a existência de dano resultante de lucros cessantes. É preciso analisar esta disposição, entretanto, à luz da norma do artigo 100, § 12, da Constituição Federal (com a redação da EC 62/09), segundo a qual a fluência dos juros

compensatórios cessa a partir da expedição do requisitório (regra que não se ajusta, portanto, às empresas públicas, às sociedades de economia mista, nem às concessionárias de serviço público em geral, às quais, acrescenta-se, ainda se aplicam as Súmulas 12 e 102, ambas do STJ).

Também são devidos juros compensatórios de até 12% a.a., desde o esbulho ou desde a indevida interferência na propriedade, nas ações de indenização por apossamento administrativo e nas ações de indenização fundadas em restrições decorrentes de atos do poder público, conforme o artigo 15-A, § 2º, do DL 3.365/41. As restrições ao exercício do direito de propriedade, no plano do Direito Público, acham-se configuradas tanto na requisição quanto na ocupação temporária, na servidão administrativa, nas limitações administrativas e no tombamento. No caso de servidão administrativa, há entendimento, cristalizado no STJ (Súmula 56), no sentido de que incidem juros compensatórios, do que discorda parte da doutrina¹.

Na servidão existe apenas restrição a dois dos elementos constitutivos da propriedade (uso e gozo), ônus que não se confunde, decerto, com perda de qualquer daqueles atributos, muito menos com perda da propriedade, que não se vê incorporada ao domínio público. A esta altura, argumentando em favor da incidência dos juros compensatórios, que se daria a partir da indevida interferência, poder-se-ia dizer que eles visam apenas a ressarcir o proprietário diante da perda antecipada da posse, considerados os frutos que deixou de perceber. Sucede que a servidão administrativa tampouco implica perda da posse do imóvel, mas simples dever de suportar determinado ônus que recai sobre o bem.

De qualquer forma, tudo indica que o texto ora examinado está tratando mesmo da servidão administrativa (ainda que a regra do artigo 15-A, § 2º, do DL 3.365/41 faça menção a ações de “indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público”, quando é certo que o artigo 40 trata das ações de constituição de servidão). A uma, porque o argumento segundo o qual as restrições existentes na servidão administrativa não implicam perda da posse também se aplica tanto à limitação administrativa como à requisição e ao tombamento. A duas, porque a MP 700/15 suprimiu, ao tratar do tema na norma do artigo 15-A, § 2º, a expressão “em especial aqueles destinados à proteção ambiental”, que constava do texto do artigo 15-A, § 3º, típica hipótese de limitação administrativa. E, por último, porque a indenização dos prejuízos derivados da requisição e da ocupação temporária, outras formas de restrição do direito de propriedade, embora teoricamente justificável (art. 37, § 6º, da CF), não

¹ José Carlos de Moraes Salles, *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, 5ª ed., SP, RT, 2006, p. 794 e 795.

é objeto da ação judicial prevista no DL 3.365/41, em que apenas matérias relativas ao preço (desapropriação de áreas contíguas, direito de extensão, fundo de empresa) comportam exame.

Admitindo, pois, que a MP 700/15 está se referindo à ação de constituição de servidão administrativa – no que revemos nossa posição² –, é bem de considerar que os juros compensatórios incidem sobre a diferença entre a oferta (incluída eventual complementação) e o valor fixado na sentença, descontados os 80% da quantia depositada, se já tiver ocorrido o levantamento (ADIn 2332-2).

A regra do artigo 15-A, *caput* e § 1º, primeira parte, do DL 3.365/41 não se aplica, entretanto, às hipóteses do artigo 182, § 4º, III, e 184, ambos da Constituição Federal (conforme disposição expressa do artigo 15-A, § 1º, segunda parte, do DL 3.365/41, com a redação da MP 700/15), modalidades de “desapropriação sancionadora” resultante do descumprimento da função social da propriedade, no que a MP 700/15 se manteve fiel ao espírito que orientou a edição da Súmula 618, não aplicável à desapropriação extraordinária. Este também o sentido da norma do artigo 8º, § 2º, II, do Estatuto da Cidade.

Diga-se, por derradeiro, que a MP 700/15 praticamente reeditou a norma do art. 15-A, § 4º, do DL 3.365/41, cuja eficácia se encontrava suspensa em decorrência de liminar concedida, por maioria de votos, pelo STF (ADIn 2332–DF, Rel. Min. Moreira Alves, 05.09.2001), assim decidindo a corte constitucional sob o fundamento de que a limitação normativa configurava aparente ofensa à garantia da justa indenização, por repercutir no preço do imóvel vendido após a desapropriação indireta (ou após a restrição administrativa, ora acrescentamos).

Importante dizer que a regra do artigo 15-A, *caput*, §§ 1º, 2º e 3º, do DL 3.365/41, com a redação que lhe deu a MP 700/15, é objeto de ADIn (5446), na qual o partido Solidariedade invoca a existência de inconstitucionalidade formal e de inconstitucionalidade material, postulando a concessão de liminar.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Professor Assistente-Doutor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

² Luiz Sergio Fernandes de Souza e Marcelo Franzin Paulo, *Notas sobre a desapropriação de imóveis*, SP, IPAM, 2015, p. 88.