

## DESAPROPRIAÇÕES NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP)

## EXPROPRIATION IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (PPP)

Andre Luiz dos Santos Nakamura\*

**RESUMO:** O presente artigo pretende estudar a forma como devem ser realizadas as desapropriações nas Parcerias Público-Privadas. Iremos abordar a questão da distribuição dos riscos, a mudança decorrente da Lei 12.766/2006 que não mais permite a aplicação da disciplina das desapropriações prevista para os contratos normais de concessão possam ser aplicadas aos contratos de PPPs, as causas de fuga do parceiro privado das desapropriações, a questão do precatório, bem como acerca da desapropriação por zona, como instrumento de grande relevância para a realização de grandes obras de infraestrutura.

**ABSTRACT:** This paper aims to study the expropriation in the public-private partnerships. It discusses the allocation of risks, as well as the changes arising from Law 12.766/2006, which no longer allows the application of rules of expropriation required to general concession agreements to public-private partnerships. It also analyzes the reasons why the private sector lack interest in this partnerships, court order for payment issues and how the expropriation by zone could be an instrument of great importance for the implementation of big infrastructure projects.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desapropriação. Parcerias Público-Privadas (PPP). Bens Públicos. Concessão. Infraestrutura.

**KEYWORDS:** Expropriation. Public-private Partnerships. Public Property. Government Contracts. Infrastructure.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 As Parcerias Público-Privadas (PPP). 2 Desapropriações feitas por concessionários de serviços públicos. 3 O pagamento da indenização pelo Poder Público mediante o repasse de valores na desapropriação judicial executada pelo Parceiro Privado e a compatibilidade com o art. 100 da Constituição Federal (regime dos precatórios). 4 Vantagens da atribuição do custo e da execução das desapropriações ao Parceiro Privado. 5 A execução da desapropriação judicial, na Parceria Público-Privada, deve feita por quem for o responsável pelo pagamento das indenizações. 6 Fatores que podem aumentar os custos das desapropriações de um projeto de infraestrutura. 7 A desapropriação por zona. Conclusão. Referências.

211

## INTRODUÇÃO

Este artigo pretende sistematizar a forma como deve ser realizada a desapropriação no âmbito das Parcerias Público-Privadas (PPP).

É de extrema importância, num projeto de Parcerias Público-Privadas (PPP), que as desapropriações sejam conduzidas de forma adequada e eficiente, sem prejuízos aos cofres públicos, bem como sem ocasionar lesões aos direitos dos expropriados.

Os imóveis necessários aos empreendimentos devem ser entregues aos Parceiro Privado, com a maior brevidade possível, evitando-se atrasos nos cronogramas das obras ou, até mesmo, inviabilização dos projetos. Numa grande obra de infraestrutura se não for obtida a imissão na posse de um único imóvel, todo o projeto pode ser prejudicado, com grandes prejuízos financeiros para o Estado e para a sociedade.

\* Doutorando em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito do Estado na Universidade Paulista (UNIP). Procurador do Estado de São Paulo.

Contudo, não se pode olvidar a necessidade de garantir o direito dos proprietários expropriados em receberem a justa e prévia indenização, visto que o direito fundamental à propriedade deve ser integralmente respeitado, não podendo sofrer restrições indevidas sob o fundamento do interesse público a ser atendido pela obra.

A execução das desapropriações pode ser atribuída, no âmbito das Parcerias Público-Privadas, para o Parceiro Público ou para o Parceiro Privado. O custo das desapropriações também pode ser atribuído a uma das partes do contrato de PPP. A questão que se coloca como mais problemática seria a atribuição da execução da desapropriação para um dos parceiros e a atribuição do risco (custo) para outro.

Se as desapropriações forem executadas pelo Parceiro Privado, mediante reembolso dos valores das indenizações pelo Parceiro Público, existe o risco daquele não buscar, nos processos judiciais, a justa indenização, permitindo pagamentos acima do valor de mercado do bem.

O reembolso, pelo Parceiro Público, dos valores das indenizações pagas pelo Parceiro Privado, em desapropriações judiciais, não é compatível com o art. 100 da Constituição Federal o qual obriga a Fazenda Pública a realizar todos os pagamentos decorrentes de sentenças transitadas em julgado por meio de precatórios.

A execução e o custo das desapropriações deveriam, preferencialmente, ser de responsabilidade do Parceiro Privado o qual tem melhores condições de viabilizar, com maior rapidez, mediante acordo e por um menor custo, as aquisições dos imóveis necessários aos grandes empreendimentos de infraestrutura.

Atualmente, nos custos estimados para as desapropriações de um grande empreendimento de infraestrutura, devem ser contabilizados não apenas os valores das indenizações devidas aos proprietários dos imóveis expropriados. Os possuidores também têm direito à indenização, bem como, se houver grandes ocupações irregulares, deverá um dos parceiros suportar os custos dos reassentamentos dos moradores.

Nas obras realizadas por meio de Parcerias Público-Privadas, deve-se usar do instrumento da desapropriação por zona para diminuir os custos do expropriante, em proveito de toda a sociedade, evitando-se o enriquecimento sem causa dos proprietários dos imóveis valorizados pelas obras públicas.

## 1 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP)

A Parceria Público-Privada (PPP) não é uma nova espécie de contrato administrativo. Consiste no uso de mecanismos jurídicos, ou seja, regras caracterizando um regime peculiar, que podem ser inseridos em diversas espécies ou gêneros de contratos administrativos<sup>1</sup>, em especial nos contratos de Concessão.

As Parcerias Público-Privadas (PPP) entraram no ordenamento jurídico nacional após a promulgação da Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Foram previstas duas modalidades de contrato de Parcerias Público-Privadas na legislação nacional: a Concessão Patrocinada e a Concessão Administrativa.

O Estado de São Paulo, anteriormente à lei acima, editou uma lei prevendo as Parcerias Público-Privadas: a Lei nº 11.688 de 19 de maio de 2004. Os Estados têm competência suplementar em matéria de contratos administrativos, podendo legislar sobre questões específicas, sem contrariar a lei federal que tem natureza de norma geral, conforme previsão do artigo 22, XXVII, da Constituição Federal.

A Concessão Patrocinada é uma concessão de serviço público, subordinada genericamente às regras da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões), na qual o Poder Público se responsabiliza parcialmente pela remuneração devida ao Concessionário<sup>2</sup>. Não se trata de uma concessão comum, onde eventualmente ocorre a colaboração do Poder Concedente para a manutenção do empreendimento mediante a recomposição da equação econômico-financeira do contrato. Trata-se de uma remuneração contínua e permanente do Poder Concedente em benefício do Concessionário durante todo o contrato<sup>3</sup>.

A Concessão Administrativa se destina à realização de obras públicas seguidas da prestação de serviços e do fornecimento de bens. A Lei 11.079/2004, art. 2º, § 2º, prevê serviços prestados *indiretamente* à Administração Pública. Trata-se da prestação de serviços públicos pelo Parceiro Privado em proveito imediato dos usuários, em que a Administração Pública é a beneficiária indireta. Assim, quando se fala na Administração como usuária

<sup>1</sup> Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. As parcerias público-privadas e sua aplicação pelo Estado de São Paulo. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, p. 525.

<sup>2</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 776

<sup>3</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 777

indireta, está-se pressupondo que os usuários diretos sejam terceiros usuários de serviços públicos, como os estudantes de uma escola pública ou os pacientes de um hospital público<sup>4</sup>.

Quando, pela natureza do serviço público, for possível a cobrança de tarifa dos usuários, deve-se utilizar a Parceria Público-Privada na modalidade de Concessão Patrocinada. Nos casos em que se afigura impossível tal cobrança, como nos serviços de saúde, educação e administração de presídios, deve-se utilizar a Concessão Administrativa<sup>5</sup>.

As duas modalidades de Parcerias Público-Privadas diferem da Concessão comum. Nesta ocorre a transferência do exercício de determinados serviços públicos para o Concessionário que os exercerá *por sua conta e risco*, fazendo jus, somente, à manutenção da equação econômico-financeira do contrato, bem como ao direito de ser ressarcido em razão de fato imputável ao Concedente que onere o contrato.

Na Parceria Público-Privada ocorre a divisão dos riscos entre o Parceiro Público (Concedente) e o Parceiro Privado (Concessionário), conforme previsão do art. 4º VI da Lei 11.079/2004, “inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária<sup>6</sup>”. Ou seja, o conceito tradicional de Concessão, onde o risco do negócio era do Concessionário, foi abandonado no modelo das Parcerias Público-Privadas, onde o Estado, também, é responsável pelos riscos do negócio.

Os contratos de Parcerias Público-Privadas têm seguido o modelo de *Build-Operate-Transfer* (BOT), onde o Parceiro Privado desenha, financia e constrói uma nova infraestrutura sob as regras de um contrato de concessão, operando durante um período predeterminado de tempo; depois do termo final do contrato, o bem é transferido para o setor público. A modelagem BOT é a mais comum nos contratos de Parcerias Público-Privadas formatados no Brasil. Nesses contratos, o Poder Público tem sido responsável pela desapropriação de terras, pela concessão de licenças, pelo *design* do projeto e pelas medidas regulatórias<sup>7</sup>.

<sup>4</sup>Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 312

<sup>5</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 312

<sup>6</sup> FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – AeC*. a. 6, n. 23, Belo Horizonte, jan./mar., 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=34576>>. Acesso em: 23 set. 2014.

<sup>7</sup> NÓBREGA, Marcos. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação: inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. a. 12, n. 45, Belo Horizonte, jan./mar., 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=110795>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

## 1.1 A mudança promovida pela lei 12.766/2006: possibilidade de aportes iniciais ao Parceiro Privado pelo Parceiro Público

Na redação original da Lei nº 11.079/2004, apenas após a disponibilização do serviço objeto do contrato da parceria era permitido o ingresso de recursos públicos nos contratos de Parcerias Público-Privadas. Entretanto, a Lei nº 12.766/2006 previu a possibilidade de aporte de recursos do Parceiro Público ao Parceiro Privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis.

A lei nº 12.766/2006 possibilitou o repasse de recursos públicos para a aquisição da infraestrutura necessária à prestação do serviço, que depois será incorporada ao patrimônio público, em razão da sua reversibilidade. Esta afeta um determinado bem à prestação de uma atividade de interesse público que será revertido à propriedade do Estado Concedente após o término do contrato de concessão. Conforme lição da doutrina<sup>8</sup>, “reversão é a passagem para a propriedade do poder concedente dos bens do concessionários aplicados necessariamente ao serviço e considerados indispensáveis”. E é esse vínculo que está na base da possibilidade de haver o aporte nessas hipóteses.

Havendo disponibilidade de recursos para o Poder Público aplicar em bens que serão revertidos, não haveria por que exigir que a iniciativa privada financiasse sua construção ou aquisição para, depois, o Estado remunerar não só o custo, mas também o capital investido pelo particular. É financeiramente vantajoso, havendo recursos disponíveis, que o Poder Concedente os aplique diretamente na aquisição de bens reversíveis os quais, além de serem afetados à prestação dos serviços, serão revertidos ao Estado ao final do contrato<sup>9</sup>. Anoto que, como houve aporte inicial de recursos do Poder Público para a aquisição de bens, mediante desapropriação, não é cabível qualquer previsão contratual de indenização ao Concessionário por referidos bens.

Antes da lei nº 12.766/2006, a contraprestação da Administração Pública somente se dava após a disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Entretanto, com a possibilidade de aporte de recursos em favor do parceiro privado para a

<sup>8</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 554.

<sup>9</sup> GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O aporte nas Parcerias Público-Privadas: algumas reflexões acerca das inovações instituídas na Lei nº 11.079/2004. *Revista de Contratos Públicos – RCP*. a. 2, n. 2, Belo Horizonte, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=86114>>. Acesso em: 10 set. 2014.

aquisição de bens reversíveis, surgiu o problema da incompatibilidade do Estado pagar a indenização da desapropriação judicial executada pelo Concessionário<sup>10</sup>.

Assim, após a lei nº 12.766/2006 tornou-se possível que, nas Parcerias Público-Privadas, o Poder Público faça o aporte de recursos para que o Concessionário faça os pagamentos das indenizações nas desapropriações necessárias às aquisições dos bens reversíveis necessários aos empreendimentos.

## 2 DESAPROPRIAÇÕES FEITAS POR CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

### 2.1 A competência expropriatória do Concessionário

A desapropriação pode ser realizada pelo Concessionário de serviço público, mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato, conforme previsão do art. 3º do Decreto-lei 3.365/41 (lei das desapropriações). A Lei nº 8.987/95 (lei das concessões – art. 31) prevê que incumbe ao Poder Concedente declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis. Assim, pela disciplina normativa hoje existente, a desapropriação somente pode ser outorgada ao Concessionário, se este for o responsável pelo pagamento das indenizações.

O art. 3º, *in fine*, do Decreto-Lei nº 3.365/41 exige que o particular beneficiário do bem expropriado receba uma autorização estatal específica. Referida autorização tanto pode ser dada por lei (como no caso das concessões de serviço público, onde a Lei nº 8.987/95, art. 31, VI, autoriza o concessionário a desapropriar), ou por decisão administrativa, conforme entendimento da doutrina<sup>11</sup>:

O dispositivo fala expressamente em contrato, guardando paralelo com a forma pela qual as concessões são outorgadas (contrato de concessão), mas há de se admitir que tal autorização também seja dada noutro tipo de instrumento administrativo de

<sup>10</sup> Conforme lição da doutrina, “a seqüência da peculiarização parcial do regime de PPPs exige um plexo pacificador de alterações normativas supervenientes”. (FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – AeC*. a. 6, n. 23, Belo Horizonte, jan./mar., 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=34576>>. Acesso em: 23 set. 2014.)

<sup>11</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Desapropriação em favor de particular: proibição, limites e possibilidades. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. a. 12, n. 47, Belo Horizonte, jan./mar., 2012, p. 85-106.

delegação de função pública, como autorizações, licenças, etc. ou, até mesmo, no ato de declaração de utilidade pública.

Deve-se fazer uma distinção entre a declaração de utilidade pública e a promoção ou execução da desapropriação. “Só o Estado declara, mas outras entidades, autorizadas pelo Estado, podem promover a desapropriação<sup>12</sup>”. A lei, ao permitir que o Concessionário promova a desapropriação, na verdade está indicando que o Estado pode, fundado em lei ou contrato, indicar quem será o responsável pelo cumprimento de todo o procedimento expropriatório, bem como o beneficiário do bem expropriado. O poder de expropriar, entretanto, sempre é do Estado. Conforme lição da doutrina<sup>13</sup>, “a desapropriação traduz um juízo político fundamental, cujo exercício é reservado aos representantes do povo”. No mesmo sentido<sup>14</sup>:

É costume designar comumente como sujeitos ativos do direito de desapropriação, além do Estado, todas as pessoas jurídicas públicas e também particulares, quando são concessionários de uma obra de utilidade pública, mas é oportuno esclarecer que tais sujeitos devem ser entendidos como os beneficiários do bem particular, atingido pela desapropriação, na medida em que lhes é confiada a execução da obra de utilidade pública, em nome da qual o bem expropriado é extraído da esfera patrimonial do antigo proprietário. O *direito de desapropriação*, entretanto, na medida em que envolve o uso do *imperium*, diz respeito e é exercitado pelo Estado e só pelo Estado, seja embora de interesse final de outros sujeitos.

217

A declaração de utilidade pública será editada pelo Poder Público a que se encontrar vinculado o concessionário; este promoverá a desapropriação, em nome próprio; o bem, uma vez expropriado, integrará o patrimônio do concessionário e não do Estado<sup>15</sup>, sendo revertido a este no final da concessão.

O fundamento da atribuição do poder expropriatório ao Concessionário é o fato deste ser o responsável pelo pagamento das indenizações. Nota-se que o art. 31 da Lei nº 8.987/95 diz expressamente que “incumbe ao Poder Concedente declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, *caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis*” (grifos nossos). Decorre da disciplina legal que a atribuição do poder expropriatório ocasiona o dever de pagar as indenizações. O poder de

<sup>12</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado Geral da Desapropriação*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 99.

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 605.

<sup>14</sup> D'ALÉSSIO, Francesco. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 4. ed., v. II. Torino: ed. Torinese, 1949, p. 11

<sup>15</sup> Cf. SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 157

expropriar somente é delegado ao Concessionário em razão deste ser o responsável pelo pagamento das indenizações e, por isso, ter interesse em zelar pelo pagamento da justa indenização, já que é dele o risco do negócio e, conseqüentemente, não se sujeitar a pagar indenizações acima do valor de mercado. Assim, concluímos que o fato do concessionário ser o responsável pelo pagamento da indenização é a razão pela qual a lei permitiu a delegação do poder de expropriar sem qualquer fiscalização por parte do Poder Público, decorrendo da disciplina legal ser vedado ao concessionário desapropriar se a indenização for paga Concedente.

Anoto que o Poder Público somente pode delegar ao Concessionário a função de desapropriar os bens necessários ao desempenho das obrigações legais e contratuais decorrentes do contrato<sup>16</sup>. É nula qualquer delegação de poder expropriante sobre bens que não integrem o objeto do contrato de concessão.

## 2.2 A competência expropriatória do Parceiro Privado

218

Não existia uma disciplina diferenciada para as desapropriações nas Parcerias Público-Privadas. Estas eram disciplinadas, de forma subsidiária, pela Lei das Concessões, conforme expressa previsão do art. 3º da Lei 11.079/2004, em especial no que diz respeito às concessões patrocinadas.

A MP 700/2015 alterou a redação do art. 3º do Decreto-lei 3.365/41 e previu a desapropriação realizada nos contratos de parcerias público-privadas<sup>17</sup>.

A lei 11.688/2004 do Estado de São Paulo reza, em seu art.7º, que as parcerias público-privadas determinam para os agentes do setor privado a incumbência de promover as desapropriações decretadas pelo Poder Público, quando prevista no contrato; já § 1º do artigo 8º da referida lei estabelece que compete ao Poder Público declarar de utilidade pública os bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto do contrato, bem como à implementação

<sup>16</sup> “A entidade política competente concede ao concessionário ou delegado do Poder Público a faculdade de desapropriar os bens necessários ao desempenho de suas obrigações legais e contratuais, isto é, à execução do serviço público”. (HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 60.

<sup>17</sup> Decreto-lei 3.365/41. Art. 3º (com da redação dada pela MP 700/2015): *Poderão promover a desapropriação mediante autorização expressa constante de lei ou contrato: I – os concessionários, inclusive aqueles contratados nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, permissionários, autorizatários e arrendatários.*

de projetos associados, podendo promover as requisições e as desapropriações diretamente ou mediante outorga de poderes ao contratado. Percebe-se que a lei paulista das Parcerias Público-Privadas disciplinou as desapropriações da mesma forma como elas ocorrem nos contratos de concessão.

Em relação às desapropriações para urbanização ou reurbanização foi disciplinada, em âmbito federal, uma especificidade nos contratos de PPP. O art. 49 da Lei 12.876 de 24 de outubro de 2013 incluiu um parágrafo único ao art. 4º do Decreto-Lei no 3.365/41 autorizando, na desapropriação destinada à urbanização ou à reurbanização realizada mediante concessão ou parceria público-privada, o edital de licitação prever que a receita decorrente da revenda ou utilização imobiliária integre projeto associado por conta e risco do concessionário, garantido ao poder concedente, no mínimo, o ressarcimento dos desembolsos com indenizações, quando estas ficarem sob sua responsabilidade. Entretanto, a MP 700/2015 revogou referida disposição legal, dando nova redação ao Parágrafo único do art. 4º. Este prevê que quando a desapropriação executada pelos autorizados a que se refere o art. 3º destinar-se a planos de urbanização, de renovação urbana ou de parcelamento ou reparcelamento do solo, previstos no Plano Diretor, o edital de licitação poderá prever que a receita decorrente da revenda ou da utilização imobiliária integre projeto associado por conta e risco do contratado, garantido ao Poder Público responsável pela contratação, no mínimo, o ressarcimento dos desembolsos com indenizações, quando estas ficarem sob sua responsabilidade. Apesar de se referir a uma hipótese específica (desapropriação destinada à urbanização ou à reurbanização por meio de concessão e PPP), tal previsão indica um princípio a ser seguido, qual seja, o de que o Poder Público deve ser ressarcido pelo Parceiro Privado dos valores pagos para as aquisições imobiliárias no âmbito das PPPs, quando não houver a reversão dos bens expropriados.

No âmbito de uma PPP, o poder de expropriar pode ser delegado ao Parceiro Privado em lei ou contrato, desde que ele seja o responsável pelo pagamento das indenizações. Entretanto, como na parceria é possível que o Parceiro Público faça aportes ao Parceiro Privado para a aquisição de bens reversíveis, pode ocorrer a situação de o Concessionário ser o expropriante e não ser o responsável pelo pagamento das indenizações, o que não se admite, visto que o fundamento para a delegação da competência de executar as desapropriações ao Concessionário é fato de que este, por ser o responsável pelo pagamento da indenização, zelar pelo pagamento do preço justo.

A lei nº 12.766/2006, ao prever a possibilidade do aporte inicial de recursos pelo Parceiro Público ao Parceiro Privado, deveria ter disciplinado a forma como se dariam as execuções das desapropriações, quando houvesse o referido aporte. Após a promulgação da Lei nº 12.766/2006, ficou sem sentido e sem fundamento, caso haja o aporte para a aquisição de bens mediante desapropriação a ser executada pelo Parceiro Privado, a remissão à disciplina das desapropriações realizadas no âmbito dos contratos de concessão, onde o custo das indenizações é sempre do Concessionário.

Na concessão tradicional, o risco do negócio é do Concessionário, razão pela qual este irá zelar pelo pagamento da indenização justa e combaterá em juízo eventual condenação em valor acima do mercado. Na Parceria Público-Privada, se houver a atribuição do Poder de Expropriar ao Concessionário e o pagamento da indenização ao Parceiro Público, aquele poderá não ter interesse em lutar, perante o Judiciário, pelo pagamento do justo valor, afinal, o valor não será por ele desembolsado. Ademais, tal situação pode abrir oportunidades para fraudes, ensejando acordos entre peritos judiciais, expropriados e Concessionários para sobrevalorizarem os imóveis em prejuízo aos cofres públicos<sup>18</sup>.

Assim, após a edição da lei 12.766/2006, a remissão à disciplina da lei nº 8.987/95, no que se refere às desapropriações, restou prejudicada, visto que os custos da aquisição dos imóveis podem ser objeto de aporte inicial pelo Parceiro Público, razão pela qual pode não subsistir o fundamento da delegação da competência expropriatória ao Concessionário.

<sup>18</sup> A existência de fraudes em perícias judiciais em ações de desapropriação visando causar danos aos cofres públicos já ocorreu no Estado de São Paulo: PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. SERRA DO MAR. AÇÃO RESCISÓRIA. PROVA PERICIAL FALSA. FALTA DE CORRESPONDÊNCIA ENTRE O OBJETO PERICIADO E O LAUDO PRODUZIDO. FORTES INDÍCIOS. APURAÇÃO NO ÂMBITO DA AÇÃO. NOVA PERÍCIA. DEFERIMENTO. 1. É admissível Ação Rescisória fundada no art. 485, VI, do CPC, em que se alega a falsidade da prova pericial em razão da falta de correspondência entre o objeto analisado e o laudo produzido. 2. Hipótese em que os autos estão instruídos com elementos que apontam fortes indícios de falsidade. 3. Precatório de R\$ 372.875.673,00 (valores de fevereiro de 2002), referente à área de 3.300 ha afetados pela criação do Parque Estadual da Serra do Mar. 4. No âmbito do Direito Público, é técnica e juridicamente descabida a distinção, para fins de aplicação do art. 485, VI, do CPC, entre "falsidade" e "erroria". 5. Desnecessário, na Ação Rescisória, perquirir a atitude ou estado de espírito do perito, se houve simples erro ou deliberada intenção de prejudicar a cognição do Judiciário, importando apenas aferir a correspondência entre o conteúdo do laudo pericial e a realidade que se propôs a apurar e relatar. 6. Indeferir a produção de nova perícia na Ação Rescisória, apesar dos fortes indícios, constantes dos autos, de ilegalidade e de flagrante atentado à realidade do mercado, seria negar ao autor a possibilidade de comprovar suas alegações, como autorizado pelo art. 485, VI, do CPC. 7. Agravo Regimental provido. (STJ – AgRg na AR 3290/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12/09/2007, DJe 10/11/2009).

### 3 O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO PELO PODER PÚBLICO MEDIANTE O REPASSE DE VALORES NA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL EXECUTADA PELO PARCEIRO PRIVADO E A COMPATIBILIDADE COM O ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REGIME DOS PRECATÓRIOS)

#### 3.1 O regime constitucional de pagamento de débitos da Fazenda: o precatório

O art. 100 da Constituição Federal determina que os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

O termo “precatório” deriva da palavra *precata*, que significa requisitar alguma coisa de alguém. O precatório é uma carta, expedida pelo juiz da execução ao Presidente do Tribunal, a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as respectivas ordens de pagamento às repartições pagadoras.

Trata-se de um sistema que garante os pagamentos decorrentes de sentença judiciária, de modo a evitar protecionismo. A exigência constitucional de expedição do precatório, com a consequente obrigação imposta ao Estado de estrita observância da ordem cronológica de apresentação daquele instrumento de requisição judicial de pagamento, tem por finalidade impedir favorecimentos pessoais indevidos e frustrar injustas perseguições ditadas por razões de caráter político-administrativo.

A regra inscrita no art. 100 da CF – cuja gênese reside, em seus aspectos essenciais, na Constituição de 1934 (art. 182) – tem por objetivo precípuo assegurar a submissão incondicional do poder público ao dever de respeitar o princípio que confere preferência jurídica a quem dispõe de precedência cronológica (*'prior in tempore, potior in jure'*).

O comportamento da pessoa jurídica de direito público, que desrespeita a ordem de precedência cronológica de apresentação dos precatórios, deve expor-se às graves sanções definidas pelo ordenamento positivo, inclusive ao próprio sequestro de quantias necessárias à satisfação do credor injustamente preterido. Nem mesmo a celebração de transação com o poder público, em ações onde já foram expedidos os precatórios, ainda que em bases vantajosas para o erário teria o condão de autorizar a inobservância da ordem de precedência cronológica dos precatórios, pois semelhante comportamento – por envolver efetivação de despesa não autorizada por lei e por implicar frustração do direito de credores mais antigos,

com evidente prejuízo para eles – enquadra-se no preceito incriminador constante do inciso V do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967<sup>19</sup>.

### 3.2 A incompatibilidade da execução da desapropriação pelo Parceiro Privado custeada pelo Parceiro Público com o art. 100 da Constituição Federal

Várias dificuldades se apresentam na hipótese da desapropriação, custeada pelo Parceiro Público, ser executada pelo Parceiro Privado.

Em relação ao depósito prévio da oferta para fins de imissão provisória na ação de desapropriação, não haveria ofensa à regra do art. 100 da Constituição Federal no repasse do valor pelo Estado ao Parceiro Privado para tal pagamento, visto que, se o Poder Público poderia pagar ao expropriante o valor da oferta sem precatório, poderia repassar ao Parceiro Privado em razão de ajuste contratual, para que fizesse o mesmo<sup>20</sup>.

Contudo, se o Concessionário fosse condenado, por sentença, a pagar um valor além da oferta da desapropriação, seja em razão da diferença verificada entre o valor apurado pelo Perito Judicial e o Laudo Pericial que fundamentou o valor da oferta, bem como em razão de ação de indenização por perda do ponto comercial ou em razão de determinação judicial para fornecer moradia ou qualquer outro benefício aos ocupantes dos imóveis expropriados, se o Parceiro Público fizesse o repasse dos valores para atender a estas despesas, haveria um pagamento fora da sistemática do art. 100 da Constituição Federal, em clara ofensa à Constituição Federal.

Ora, poder-se-ia argumentar que o pagamento seria feito pelo expropriante Concessionário e não pelo Estado, não incidindo a regra do art. 100 da Constituição Federal. Entretanto, salvo melhor juízo, o argumento não convence. Não pode o Poder Público realizar por meio de pessoa interposta ato que não poderia fazer por si mesmo.

Se a desapropriação feita em nome do Estado deve ser paga por precatório, com exceção do depósito prévio, não faria sentido que a desapropriação paga pelo Estado e executada pelo Concessionário numa PPP possa ser paga de forma diferenciada. Tal fato implicaria num tratamento diferenciado para casos idênticos: se duas pessoas fossem

<sup>19</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AP 503, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 20-5-2010, Plenário, DJE de 1º-2-2013.

<sup>20</sup> Entretanto, conforme demonstraremos à frente, no âmbito judicial, não é possível que o Concessionário represente a Fazenda do Pública se esta for a responsável pelo pagamento da indenização.

expropriadas, ambas com valores pagos pelo Poder Público, uma receberia fora da sistemática dos precatórios, em razão da PPP, enquanto a outra, em razão da desapropriação não se dar numa PPP, receberia por meio de precatório. Conforme lição da doutrina<sup>21</sup>:

As PPPs não devem ser interpretadas em detrimento dos demais credores públicos (os "comuns"), sob pena de conflitos nefastos e juridicamente injustos... Jamais se deve admitir que os credores do Poder Público sejam divididos entre os de primeira categoria e os integrantes da classe dos virtualmente excluídos. A discriminação negativa mostra-se, por inteiro, inaceitável.

Qualquer pagamento determinado por sentença, com exceção do valor do depósito prévio para fins de imissão, não poderia ser repassado para o Parceiro Privado, porque significaria o pagamento de valores decorrentes de condenação judicial fora da sistemática dos precatórios, o que é vedado pela Constituição Federal.

Entendo que o mesmo óbice ocorreria, inclusive, caso fosse previsto no contrato de parceria um repasse de valores pelo Poder Público visando a um reequilíbrio contratual onde fossem inseridos, dentre outros valores a serem objeto da repartição dos riscos prevista na lei (art. 4º VI da Lei 11.079/2004), os valores decorrentes das sentenças nas desapropriações onde houvesse condenação acima do valor ofertado. A previsão de pagamento, mesmo no âmbito contratual, pelo Poder Público, dos valores de condenação judicial acima do valor ofertado em ações de desapropriação, configura uma ofensa à disciplina dos precatórios, visto que ocorrerá o desembolso, pelo Poder Público, de valores decorrentes de condenações judiciais, em detrimento da ordem de preferência de outros créditos também reconhecidos judicialmente.

223

#### **4 VANTAGENS DA ATRIBUIÇÃO DO CUSTO E DA EXECUÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO AO PARCEIRO PRIVADO**

Numa Parceria Público-Privada, se determinado risco, por ocasião da modelagem, for suportado pelo Parceiro Privado, na ocorrência do mesmo, este não poderá exercer qualquer pretensão por novos aportes financeiros de parte do Poder Público; este é isento de qualquer

<sup>21</sup> FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – AeC*. a. 6, n. 23, Belo Horizonte, jan./mar., 2006 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=34576>>. Acesso em: 23 set. 2014.

responsabilidade em razão da repartição objetiva empreendida na modelagem, e que necessariamente foi retratada no instrumento convocatório da licitação.

Se, ao contrário, o Poder Público entende de suportar sozinho determinado risco, sobre ele não de recair as consequências financeiras da concretização desse particular risco, devendo fazer os aportes financeiros necessários para cobrir as despesas resultantes do risco assumido. Entretanto, se houve o compartilhamento dos riscos, haverá a distribuição previamente estabelecida entre as duas partes<sup>22</sup>.

Há vantagens (para ambas as partes do contrato de parceria) na atribuição da execução das desapropriações e do pagamento das indenizações ao Parceiro Privado, o qual tem condições de adquirir os imóveis a um custo menor e de forma mais célere, em razão de não ter as restrições negociais do Estado<sup>23</sup>.

A desapropriação feita pelo Estado encontra serias dificuldades em razão da indisponibilidade do interesse público por parte da Administração<sup>24</sup>. Esta não pode pagar um valor a maior que o encontrado no laudo de avaliação, ainda que seja ínfimo em relação ao custo total do imóvel, mesmo sob o fundamento da vantagem que a rapidez na obtenção da imissão provisória na posse ocasionaria ao cronograma da obra que resultaria, ao final, em vantagens patrimoniais para ambos os parceiros.

Também, a Administração Pública teria mais dificuldades em negociar com o expropriado para que este recebesse um valor menor que o de mercado, com base, por exemplo, no rápido recebimento da indenização, mesmo diante de irregularidades documentais que não comprometessem a segurança do negócio<sup>25</sup>, tal como ocorre diariamente nas negociações privadas no mercado imobiliário.

<sup>22</sup> Cf. VALLE, Vanice Lírio do. Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. a. 5, n. 22, Belo Horizonte, p. 11-23, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=33323>>. Acesso em: 10 set. 2014.

<sup>23</sup> Em sentido contrário: “os riscos de aquisição de terra (desapropriação) devem ser alocados ao governo, porque pode usar seu poder de império para forçar a aquisição da terra”. (NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: Incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. a. 8, n. 28, Belo Horizonte, jan./mar., 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=66032>>. Acesso em: 10 set. 2014.)

<sup>24</sup> “Sendo os interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis; o órgão administrativo não tem disponibilidade sobre eles, tendo somente que curá-los” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.70)

<sup>25</sup> Ex: Existência de dívidas fiscais, anotações no CADIN, ações judiciais em nome do proprietário que impediriam uma desapropriação amigável pelo Estado que sempre se submete a normas que impedem a aquisição amigável de imóveis de proprietários nessas condições em razão do risco de ações judiciais que visam declarar fraude a credores ou fraude a execuções. Entretanto, no mercado imobiliário é normal a ocorrência de

Diferentemente, o parceiro privado pode negociar diretamente com os proprietários os valores das indenizações, ora pagando um pouco acima do valor do laudo avaliatório para um proprietário mais relutante em desocupar seu bem, ora negociando com outro em condições mais vantajosas, para um rápido pagamento e, no final, conseguir reduzir os custos globais das aquisições imobiliárias.

Ademais, o particular sempre desconfia da oferta do Poder Público o qual é visto como aquele que oferece valores irrisórios nas desapropriações, bem como não paga em dia os precatórios resultantes dos valores das indenizações. Em razão desta fundada desconfiança em relação ao Poder Público, as negociações diretas com os particulares (desapropriações amigáveis) nem sempre se concretizam.

Dessa forma, por ser a parte mais capaz de conseguir as aquisições imobiliárias pelo menor preço e com mais rapidez, deveria o Parceiro Privado ser o responsável pelas desapropriações, como executor e responsável pelos custos das indenizações. Um dos objetivos das Parcerias Público-Privadas é estruturar o relacionamento entre as partes, de forma que os riscos sejam suportados por aquela mais capacitada a controlá-los. Conforme lição da doutrina<sup>26</sup>,

a maximização da eficiência econômica do contrato é obtida por meio da alocação de cada risco à parte que tem melhores condições de gerenciá-lo: isso é, à parte que poderá mitigá-lo, tomar as medidas para prevenir a ocorrência de eventos gravosos ou remediar as suas consequências e incentivar a realização dos eventos benéficos relacionados a tal risco, tudo isso com o menor custo possível...o risco deve ser sempre alocado à parte que a um custo mais baixo pode reduzir as chances do evento indesejável se materializar ou de aumentar as chances do evento desejável ocorrer.

É exatamente a hipótese acima descrita. O particular tem melhores condições e liberdade de negociação que o Poder Público. Consequentemente, tem condições de adquirir os imóveis com maior celeridade e por um preço menor, razão pela qual os riscos dos custos das aquisições deveriam ser atribuídos ao setor privado.

---

transações de imóveis em condições mais arriscadas, mediante desconto proporcional ao risco no preço final da aquisição.

<sup>26</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80.

#### 4.1 Motivo da recusa dos parceiros privados em assumirem os custos das desapropriações: a ausência de confiabilidade nos trabalhos técnicos

Editais que previam que o Parceiro Privado seria o responsável pelas desapropriações não tiveram interessados em firmar as parcerias<sup>27</sup>. Em razão da recusa do mercado em assumir os variáveis custos das desapropriações, os Parceiros Públicos estão assumindo os custos das indenizações das desapropriações, mesmo sem certeza dos valores que serão efetivamente desembolsados ao final do empreendimento.

Entretanto, se for realizado um trabalho técnico sério, mediante avaliação individualizada dos imóveis expropriados, com previsão dos custos estimados para as indenizações de possuidores, titulares de fundos de comercio, bem de reassentamentos e aquisição de imóveis para os titulares do direito de concessão de uso prevista na Medida Provisória nº 2.220/2001, não haverá motivos para a recusa da assunção do risco pelo Parceiro Privado. Este, quando não assume um determinado risco, normalmente não o faz em razão da falta de confiabilidade nas estimativas dos custos que irá assumir, em razão da fragilidade do trabalho técnico apresentado pelo Poder Público.

Para evitar que os parceiros privados assumam riscos de proporção indefinida, os empreendimentos de infraestrutura que exijam muitas desapropriações devem ser precedidos de trabalhos técnicos de avaliação seriamente elaborados, que reflitam o valor de mercado dos imóveis, bem como os demais custos que podem vir a surgir durante todo o processo de aquisição dos imóveis. O custo total deve ser precisamente descrito e considerado na contraprestação do Poder Público, juntamente com outras parcelas decorrentes do contrato, mediante a repartição de riscos. Também, o Parceiro Público deve fazer levantamento das áreas a serem desapropriadas e recenseamento da população a ser deslocada, estimando o custo da desapropriação e das indenizações para a realocação da população a ser deslocada para implantação do projeto e todas as informações devem ser tornadas públicas. Tal valor será considerado na formulação da proposta comercial. Se o Parceiro Privado, negociando livremente com os proprietários as aquisições dos imóveis, conseguir um valor global menor que o calculado, deverá ficar com a diferença para si, como um prêmio pela eficiência na sua atuação.

<sup>27</sup> Exemplo: linha 6 do Metrô de São Paulo.

Anoto que é de interesse público diminuir o risco do Parceiro Privado. Afinal, quanto maior o risco, maior o prêmio, razão pela qual é conveniente ao Parceiro Público empenhar-se para, na fixação da equação econômico-financeira, reduzir, ao máximo, os riscos para os investidores, diferentemente do que poderia imaginar o observador menos experiente ou sagaz<sup>28</sup>.

Somente um trabalho técnico sério proporciona segurança ao mercado para assumir os custos das desapropriações. Não adianta o Poder Público assumir custos incertos, baseados em trabalhos técnicos não precisos, que no futuro podem não ser cumpridos por questões orçamentárias. Um trabalho técnico que permita ao Parceiro Privado ter um cálculo seguro do custo das aquisições dos imóveis é forma mais vantajosa de compatibilizar o interesse público e a equação econômico-financeira do contrato. Conforme lição da doutrina<sup>29</sup>, “a mais expressiva garantia a ser ofertada aos parceiros privados reside no incremento sensível da credibilidade e da confiabilidade institucional do parceiro público”.

227

## **5 A EXECUÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL, NA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA, DEVE SER FEITA POR QUEM FOR O RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DAS INDENIZAÇÕES**

Nada impede que a desapropriação (execução e custos) seja atribuída ao Parceiro Público ou do Parceiro Privado. Entretanto, a reponsabilidade deve se dar de forma integral, caso se opte pela via judicial. Se o custo das indenizações for de responsabilidade do Parceiro Privado, este deverá ser o expropriante, conforme previsão do art. 3º do Decreto-lei 3.365/41 e do art. 31 da Lei nº 8.987/95<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – AeC*. a. 6, n. 23, Belo Horizonte, Janeiro/Março, 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=34576>>. Acesso em: 23 set. 2014.

<sup>29</sup> FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – AeC*. a. 6, n. 23, Belo Horizonte, Janeiro/Março, 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=34576>>. Acesso em: 23 set. 2014.

<sup>30</sup> No processo nº 1028118-19.2014.8.26.0053 que correu perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital de São Paulo, que trata de desapropriação da linha 6 do Metrô de São Paulo, onde a execução das desapropriações ficou a cargo do Concessionário, com os custos repassados pelo Estado, a juíza Cynthia Thomé decidiu nos seguintes termos: “a questão não é a distribuição de riscos, mas sim de ausência de cumprimento de forma exigida em lei. O risco da desapropriação pode, sem dúvida, ficar a cargo do Estado ou da parceira privada. Todavia, caso esse ônus recaia sobre a parceira privada, é obrigatório que caberá à ela a responsabilidade pelo pagamento das indenizações, e não ao Estado. E tal previsão legal existe justamente para obrigar o expropriante, seja ele o Estado ou a parceira privada, a suportar integralmente o ônus da demanda, de forma a afastar um regime híbrido (...). O que não se pode admitir é que o Estado responda pelo pagamento mas não detenha o

Entretanto, se o custo das desapropriações for do Parceiro Público, este deve ser o expropriante, não podendo o Parceiro Privado ser o executor das ações de desapropriações cujas indenizações serão pagas pelo Poder Público. Tal prática, como acima demonstrado, pode ocasionar ofensa ao art. 100 da Constituição Federal o qual determina que todos os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos.

Também, entendo que haveria ofensa ao art. 132 da Constituição Federal. O Concessionário é uma pessoa jurídica de direito privado que não pode representar o Estado em juízo ou fora dele em assuntos de interesse deste. Segundo determina o art. 132 da Constituição Federal, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Se uma desapropriação judicial vai ser custeada pelo Poder Público, é um assunto de interesse do Estado e a defesa deste interesse somente pode ser feita pela Procuradoria do Estado e não pelo departamento jurídico da Concessionária, pessoa jurídica de direito privado.

Conforme acima se demonstrou, o fundamento da atribuição do Poder de expropriar ao Concessionário nas concessões comuns é fato deste ser o responsável pelo pagamento da indenização. Se o Parceiro Público assumir a responsabilidade pelo pagamento das indenizações da desapropriação, desaparece o fundamento da delegação da competência do Poder expropriatório ao Parceiro Privado. Nessa hipótese, necessariamente, quem deve figurar como expropriante é o Parceiro Público o qual vai arcar com os custos da indenização.

Anoto que não há qualquer óbice que o Estado seja o expropriante e transfira a propriedade ao Concessionário após o término da ação de desapropriação. Esta se faz para satisfação de um interesse público o qual pode se dar mediante a transmissão da propriedade do bem expropriado para um particular. No caso de uma PPP, em que o bem expropriado será afetado ao serviço público e, ao final da concessão, será revertido ao patrimônio do Poder Público concedente, existe notório interesse público que autoriza a transferência da

---

efetivo controle sobre o processo, admitindo que se sujeite ao regime privado em determinadas fases, como na elaboração de laudos, produção de provas, contratação de assistentes técnicos, entre outros”.

propriedade. A doutrina<sup>31</sup> reconhece a possibilidade de transmissão do bem expropriado ao particular, para atendimento de um interesse público:

Aspecto importante na evolução do instituto expropriatório diz respeito à ampliação gradativa de casos em que o bem irá integrar o patrimônio privado, terá como destinação o patrimônio privado.

(...)

Chega-se então, a um estágio em que o objetivo de alguns casos de desapropriação situa-se na transmissão do bem a um particular, para que o interesse público, especificado na utilidade pública ou no interesse social, seja realizado.

A pessoa pública competente para decretar a expropriação ou a entidade que a promove apenas detém, temporariamente, o bem que terá como destino final o patrimônio privado.

Não é recomendável que um dos parceiros seja responsável pela execução de ato que vai ser ressarcido pelo outro. Se o Parceiro Privado for o expropriante, no processo judicial, pode não ter interesse em buscar uma indenização justa<sup>32</sup>, visto que o valor não vai ser por ele custeado. Tal situação pode gerar a assunção, pelo Estado, de gastos públicos de valores indeterminados. Anoto que, em razão da disciplina decorrente da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), não pode o Estado assumir, nem mesmo num contrato de PPP, obrigações de valores indeterminados, visto que toda a despesa deverá ser acompanhada da estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes (art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000)<sup>33</sup>.

Se o Parceiro Privado desapropriar em nome próprio, com as indenizações pagas pelo Parceiro Público, por força do contrato de parceria, sem autorização legal, ocorre afronta ao artigo 6º do Código de Processo Civil<sup>34</sup>, o qual estabelece que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. A Lei Federal 11.079/2004, que cuida da contratação de Parceria Público-Privada, não traz norma prevendo a substituição processual nas ações de desapropriação. A Lei Federal nº 8.987/95, em seu artigo 29, inciso VIII, *in fine*, autoriza a promoção da ação de desapropriação pela Concessionária, apenas quando houver a responsabilidade desta pelas indenizações cabíveis. Assim, no âmbito

229

<sup>31</sup> MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens expropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 90-91 (grifos nossos)

<sup>32</sup> Sobre o conceito de justa indenização na desapropriação, vide: NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A justa e prévia indenização na desapropriação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>33</sup> Sobre os riscos das PPPs às finanças públicas, vide: NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Os riscos das Parcerias Público-Privadas (PPP) para as finanças públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, a. 13, n. 150, Belo Horizonte, jun. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=119923>>. Acesso em: 10 set. 2014.

<sup>34</sup> Essa foi a conclusão do Juiz Adriano Marco Laroca, no processo nº 1024194-97.2014.8.26.0053 que correu perante a 12ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, em ação de desapropriação da linha 6 do METRÔ.

judicial, não existe lei autorizando a substituição processual de um parceiro pelo outro, nas ações de desapropriação.

Assim, caso se entenda, numa Parceria Público-Privada, que os custos das indenizações das desapropriações serão do Poder Público, este deve ser o executor da desapropriação perante o Judiciário, não podendo ser delegado ao Concessionário o poder expropriatório. Este somente pode figurar como expropriante caso seja o responsável pelo pagamento das indenizações.

## **6 FATORES QUE AUMENTAR OS CUSTOS DAS DESAPROPRIAÇÕES DE UM PROJETO DE INFRAESTRUTURA**

### **6.1 Má qualidade dos laudos de avaliação**

Os custos da desapropriação de um grande empreendimento são de difícil mensuração. Dependem muito da qualidade dos laudos de avaliação realizados antes da edição de Decreto de utilidade pública.

É comum, em grandes empreendimentos, a realização de laudos macros os quais abrangem uma grande extensão de áreas, onde o valor dos imóveis é calculado pelo valor do metro quadrado, em razão da sua localização, sem uma avaliação individual de cada imóvel expropriado, desconsiderando-se, assim, fatores individuais de valorização e desvalorização.

Em razão dessa prática, os valores encontrados pelas perícias judiciais acabam sendo muito diferentes (na maioria das vezes maiores) que os encontrados nos laudos macros. Assim, os valores encontrados em laudos macros não podem servir de fundamento para os valores constantes dos contratos firmados no âmbito das Parcerias Público-Privadas.

Assumir a responsabilidade pelo pagamento das desapropriações com base em laudos macros é assumir um risco de proporções indeterminadas, o que não se permite para o Parceiro Público. Em razão da disciplina decorrente da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), não pode o Estado assumir, nem mesmo num contrato de PPP, obrigações de valores indeterminados, visto que toda a despesa deverá ser acompanhada da estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000).

Por fim, os Parceiros Privados não aceitarão assumir riscos indeterminados<sup>35</sup>, decorrentes de trabalhos técnicos onde o custo previsto pode ser muito diferente do custo real, preferindo atribuir tal risco ao Parceiro Público.

## 6.2 Indenizações a possuidores

A Lei das Desapropriações (Decreto-lei 3.365/41) não disciplinava o pagamento de direitos de possuidores; apenas o proprietário era elencado como o titular do direito de levantar o depósito da indenização.

Em regra, o âmbito de cognição da ação expropriatória não comportava discussão sobre domínio, posse ou direito a usucapir o imóvel. Os possuidores seriam partes ilegítimas para figurarem no processo expropriatório. Os possuidores teriam direitos que deveriam ser exercidos apenas contra os titulares do domínio sobre o imóvel expropriado, mediante ação de usucapião, não sendo possível a inclusão de direitos de terceiros no âmbito da ação expropriatória, conforme entendimento anteriormente firmado pela Jurisprudência:

DESAPROPRIAÇÃO - Contestação oferecida por possuidor do imóvel alegando usucapião - Ilegitimidade passiva de parte RT 594/81

DESAPROPRIAÇÃO - Intervenção voluntária de terceiro - Alegação de ser possuidor e titular das benfeitorias - Defesa de direito próprio, conflitante com os interesses do expropriado - Intervenção impugnada pelo expropriante e expropriado - Indicação do réu que incumbe ao expropriante - Demanda que não comporta discussão sobre o domínio - Exclusão da relação processual - Agravo não provido. (Agravo de Instrumento n. 48.518-5 - São Paulo - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Antonio Villen - 03.09.97 - V.U. \*741/429/05)

Entretanto, o entendimento acima foi se alterando aos poucos. Em razão da proteção constitucional ao direito de moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal, começou-se a prestigiar o direito dos possuidores, independentemente da existência de título de propriedade. Assim, apesar do Decreto-lei 3.365/41 não prever em sua redação originária, o direito à indenização dos possuidores, o Judiciário começou a garantir a estes o direito à indenização<sup>36</sup>:

<sup>35</sup> Tal como aconteceu na Linha 6 do Metrô de São Paulo.

<sup>36</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no AgRg no REsp 1226040/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 14/04/2011.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE. DESAPROPRIAÇÃO. POSSE. INDENIZAÇÃO AO DETENTOR DA POSSE. POSSIBILIDADE. ART. 463 DO CPC. NÃO VIOLAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente em assegurar ao possuidor o direito à indenização pela perda do direito possessório, sendo que a exigência do art. 34 do Decreto-lei n. 3.365/41 impõe-se quando há dúvida sobre o domínio decorrente de disputa quanto à titularidade do bem. 2. A oposição de que trata o art. 34 do Decreto-lei n. 3.365/41 somente pode advir de terceiros possuidores de outro título suficiente para demonstrar a incerteza quanto ao domínio do bem, não podendo ser ajuizada a ação pelo expropriante (REsp 514.803/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10.6.2003, DJ 30.6.2003, p. 233). 3. In casu, decidiu o Tribunal a quo, com soberania na análise das circunstâncias fáticas, que os agravados são titulares de direitos possessórios firmados sobre a área reclamada na expropriação. De tal sorte, comprovada a condição de possuidor do imóvel desapropriado, e não havendo oposição fundada (art. 34 do Decreto-lei n. 3.365/41), séria e justa, por terceiros, não há óbice para o levantamento autorizado pela decisão impugnada. Não havendo razões para intervenção desta Corte. 4. Nos termos do enunciado da Súmula 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Agravo regimental improvido.

O entendimento que se tem firmado é que, caso existam ocupações irregulares já consolidadas, para a desocupação das áreas, haverá a necessidade de reassentamento dos moradores ou fornecimento de medidas destinadas a compensar os possuidores dos imóveis expropriados. Os empreendimentos que recebam financiamentos internacionais submetem-se aos Princípios do Equador. Estes são os critérios mínimos para a concessão de crédito visando garantir que os projetos financiados sejam desenvolvidos de forma social e ambientalmente responsáveis. Os Princípios do Equador tiveram a sua gênese em outubro de 2002, quando o International Finance Corporation (IFC), braço financeiro do Banco Mundial, e um banco holandês (ABN Amro) promoveu, em Londres, um encontro de altos executivos para discutir experiências com investimentos em projetos, envolvendo questões sociais e ambientais em mercados emergentes, nos quais nem sempre existe legislação rígida de proteção às pessoas desalojadas por obras e ao meio ambiente. Em 2003, dez dos maiores bancos no financiamento internacional de projetos (ABN Amro, Barclays, Citigroup, Crédit Lyonnais, Crédit Suisse, HypoVereinsbank (HVB), Rabobank, Royal Bank of Scotland, WestLB e Westpac), responsáveis por mais de 30% do total de investimentos em todo o mundo, lançaram as regras dos Princípios do Equador na sua política de concessão de crédito. As regras do IFC referentes a reassentamento involuntário estão detalhadas no Padrão de

Desempenho 5 (aquisição de terra e reassentamentos involuntários) do IFC<sup>37</sup>. Assim, para que uma obra consiga financiamento internacional deve prever os custos dos reassentamentos de ocupantes das áreas.

Outro fator que não tem sido considerado nas avaliações de áreas a serem expropriadas é o direito à concessão de uso especial para fins de moradia, prevista pela Medida Provisória nº 2.220/2001. Esta prevê em seu artigo 1º que “aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”. As desapropriações realizadas em área com ocupações iniciadas antes de 30/06/2001, devem prever o custo da aquisição de outro imóvel onde será exercido o direito concedido pela referida medida provisória. Anoto que a constitucionalidade de tal instrumento normativo tem sido declarada pelo Judiciário, conforme ilustra a decisão abaixo, proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>38</sup>:

233

Arguição de inconstitucionalidade – medida provisória nº 2.220/2001 – Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (CUEM) – Alegada vulneração do art. 24, I, da Constituição Federal – Inocorrência – Contornos de verdadeira política pública de abrangência nacional – dever do Estado-Juiz de interpretá-lo conforme a Constituição, a prestigiar a correta narrativa da norma fundante, decorrente, *in casu*, de histórica reivindicação dos movimentos pela reforma urbana – situação fundiária do País e, em especial, do Estado de São Paulo que desautoriza desregulamentação da matéria – perigo de repetição do que se observa no caso do direito de greve, na medida em que inexistiria, de forma inequívoca, interesse em disciplinar assunto que toca aspectos patrimoniais de enorme relevo de Estados e Municípios – Risco, ademais, de ver vulnerado direito social fundamental na medida em que a CUEM representa uma das poucas hipóteses legais de regularização fundiária de interesse social em imóveis públicos urbanos – precedentes doutrinários – arguição de inconstitucionalidade rejeitada.

Agora, recentemente, em razão da MP 700/2015, foi incluído um art. 4º-A ao Decreto-lei 3.365/41 o qual previu que quando o imóvel a ser desapropriado estiver ocupado por população de baixa renda, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, 5 (cinco) anos, em imóveis situados em ZEIS ou em áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

<sup>37</sup> Disponível em português em: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/711ead8049800b2bada1ff336b93d75f/PS5%2Bclean%2BPortuguese.pdf?MOD=AJPERES>

<sup>38</sup> TJ/SP - 0041454-43.2012.8.26.0000, Arguição de Inconstitucionalidade / Locação / Permissão / Concessão / Autorização / Cessão de Uso, Relator(a): Renato Nalini Comarca: São Paulo Órgão julgador: Órgão Especial Data do julgamento: 30/01/2013 Data de registro: 22/03/2013.

Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social, o ente expropriante deverá prever, no planejamento da ação de desapropriação, medidas compensatórias. Estas incluem a realocação de famílias em outra unidade habitacional, a indenização de benfeitorias ou a compensação financeira suficiente para assegurar o restabelecimento da família em outro local. Tal previsão é adequada e compatível com a função social da propriedade, o direito social à moradia, bem como está em consonância com as práticas já adotadas em projetos financiados com recursos internacionais, conforma acima demonstrado.

### 6.3 A indenização do fundo de comércio.

A desapropriação pode atingir estabelecimentos comerciais ou industriais. Quer seja o titular do estabelecimento o proprietário do imóvel, locatário ou comodatário, é quase certo o prejuízo que a mudança imposta pela desapropriação acarreta. Tais prejuízos devem ser calculados antes da celebração do contrato de PPP.

Compreende o fundo de comércio todos os bens e valores necessários ou inerentes à exploração econômica, tanto a clientela como a insígnia, o nome comercial, o direito ao arrendamento do prédio, o material, os utensílios, as mercadorias, as patentes de invenção, as marcas da fábrica, os desenhos e modelos, os direitos de propriedade literária e artística<sup>39</sup>.

Muitos dos elementos componentes do estabelecimento comercial são suscetíveis de remoção para local diferente, sem prejuízo algum. Entretanto, com a mudança, pode haver a perda de valores incorpóreos, cuja existência e coordenação integram a universalidade característica de estabelecimento, como o ponto, o aviamento e, o mais importante, a clientela que pode existir somente em decorrência da localização do comércio. Nesse sentido se manifestou Oscar Barreto Filho<sup>40</sup>

O que é certo, porém, é que, em maior ou menor escala, todo estabelecimento mercantil sofre uma alteração para mais ou para menos, no seu valor, em virtude da mudança para outro local. Essa variação é decorrente do aumento, diminuição ou perda dos elementos incorpóreos ligados ao local e insuscetíveis de remoção. No caso de mudança forçada e rápida, como a imposta pela expropriação do imóvel em que funciona o estabelecimento, em regra essa alteração é para menos, importando

<sup>39</sup> Cf. BARRETO FILHO, Oscar. *O fundo de comércio nas desapropriações*. São Paulo: Serviço de publicações da Federação e Centro das Indústrias, 1959, p. 11-12

<sup>40</sup> Cf. BARRETO FILHO, Oscar. *O fundo de comércio nas desapropriações*. São Paulo: Serviço de publicações da Federação e Centro das Indústrias, 1959, p. 14

muitas vezes em substancial desvalorização ou mesmo anulação do fundo de comércio.

Deve haver o ressarcimento dos prejuízos do titular do fundo de comércio pela mudança forçada do ponto comercial<sup>41</sup>. Entretanto, a dúvida que surge é como calcular o valor que se deve ressarcir ao titular do fundo de comércio.

Segundo Eurico Sodré<sup>42</sup>, “na prática, não são de indenizar, na deslocação de estabelecimentos comerciais, senão as despesas reais da mudança e a cessação dos lucros durante o tempo estritamente necessário para a realizar”.

A opinião de Oscar Barreto Filho<sup>43</sup> é a seguinte:

A verba dos relativos aos lucros cessantes deverá abranger, tão somente, o espaço de tempo indispensável para a mudança e reinstalação, inclusive desmonte e nova montagem das máquinas, no caso de estabelecimento fabril, durante o qual se impõe a paralisação da atividade comercial ou industrial.

Para que haja completa recomposição econômica do patrimônio lesado, faz-se mister sejam ressarcidos os prejuízos derivados, imediatamente, do ato expropriativo, como a interrupção da atividade comercial, durante a reinstalação da indústria em outro local.

A única restrição que se há de formular é que tais prejuízos, emergentes do ato expropriatório, sejam efetivos e cabalmente apurados no próprio processo expropriatório, com a maior precisão possível.

Devem ser indenizados todos os prejuízos resultantes da transferência coativa do local de exercício da atividade comercial decorrente da desapropriação. Entretanto, deve os prejuízos ser efetivamente comprovados, sob pena de enriquecimento ilícito do titular do fundo de comércio. Se não houve prejuízos com a mudança, nada é indenizável, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Fundo de comércio. Conceituação. O fundo de comércio é o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que possibilitam o exercício do comércio, em especial a clientela. No caso, a autora adquiriu o estoque de mercadorias e as instalações e tudo retirou; e não demonstrou que tivesse formado clientela em período anterior á

<sup>41</sup> “Assiste, pois, ao titular do fundo de comércio, um direito absoluto, que entrou em seu patrimônio como *plus* criado pela exploração do local, direito real como o que tem o autor da obra literária, artística ou científica. Esse direito real, que constitui a propriedade comercial, que não é menos propriedade que a imobiliária, não pode ser expropriado sem prévia indenização, como prescreve a Constituição”. (Cf. BARRETO FILHO, Oscar. *O fundo de comércio nas desapropriações*. São Paulo: Serviço de publicações da Federação e Centro das Indústrias, 1959, p. 20-21).

<sup>42</sup> SODRÉ, Eurico. *A desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 157

<sup>43</sup> BARRETO FILHO, Oscar. *O fundo de comércio nas desapropriações*. São Paulo: Serviço de publicações da Federação e Centro das Indústrias, 1959, p. 34/35.

desapropriação. Nada há a indenizar...nenhum prejuízo teve a autora, pois pôde retirar o que era seu e não foi impedida de prosseguir no comércio em outro local<sup>44</sup>

Se o titular do fundo de comércio não for o proprietário, deve buscar a indenização em feito autônomo, fora da ação de desapropriação, por não ter legitimidade nesta. Nesse sentido Sergio Ferraz<sup>45</sup>:

Na realidade, parece-nos que só poderá ser possível pleitear o valor do fundo de comércio, na própria ação expropriatória, quando se trate de atividade exercida pelo próprio expropriado. Fora daí, nem por isso se poderá pensar em indenizabilidade do aludido fundo, tão apenas, contudo, deverá ele ser pleiteado pelo seu titular através de ação própria, na qual demonstrará seu prejuízo e sua efetiva dimensão.

Por fim, anoto que a ordem jurídica não garante ao locatário a inalterabilidade da sua situação fática. O contrato por prazo indeterminado, conforme preceito dos artigos 56 e 57 da Lei 8.245/91, não tem direito à renovação compulsória, não havendo, assim, proteção integral ao fundo de comércio lá existente. Não havendo o direito à renovação, o contrato de locação pode ser rescindido. (art. 56 da Lei 82.45/91). O locatário pode ser obrigado a se mudar a qualquer tempo, sem qualquer indenização, pelo proprietário do imóvel, e, conseqüentemente, não pode requerer indenização pela mudança de ponto em decorrência da desapropriação do imóvel. O proprietário não seria obrigado a indenizar o fundo de comércio para que fosse desalojado o locatário; o expropriante, do mesmo modo, não deve ser condenado por isso; decorre do princípio da igualdade e da vedação do enriquecimento sem causa; estes não permitem que, somente porque é o Estado que está causando a mudança do requerente, haja o deferimento de um direito que não existia anteriormente. Assim, como o proprietário, a única obrigação do expropriante é conceder um prazo para a desocupação de 30 dias, conforme preceitua o art. 57 da Lei 8.245/91<sup>46</sup>.

236

<sup>44</sup> TJSP – Apelação 274.815.5/2-00, 10ª Câmara de Direito Público, voto nº AC-0559/06, Desembargador Torres de Carvalho, 12.03.2007.

<sup>45</sup> FERRAZ, Sérgio. *A justa indenização na desapropriação*. São Paulo: RT, 1978, p. 34.

<sup>46</sup> “Tenho entendido que locação por prazo indeterminado não dá direito à indenização do fundo de comércio, isto porque, reafirmando a jurisprudência anterior, o locatário não tem direito à permanência no imóvel e está sujeito à retomada por parte do proprietário - seja ele o locador, seja ele o adquirente, seja ele o expropriante, sem direito a qualquer indenização”. (TJSP – Apelação 274.815.5/2-00, 10ª Câmara de Direito Público, voto nº AC-0559/06, 12.03.2007)

## 7 A DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA

Um expediente de grande utilidade nas Parcerias Público-Privadas é a chamada “desapropriação por zona”, prevista no artigo 4º do Decreto-lei 3.365/41 que tem a seguinte redação:

A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.

O dispositivo legal acima permite que o expropriante, ao fazer uma grande obra de infraestrutura, desaproprie mais imóveis do que os estritamente necessários ao empreendimento. O Estado ou o concessionário, assim, irão adquirir, por desapropriação, a propriedades das áreas contíguas que serão valorizadas pelas obras e que podem ser revendidas para custeá-las.

Nas Parcerias Público-Privadas, em razão dos altos custos envolvidos, a desapropriação por zona pode ser um importante recurso para a diminuição do custo total do empreendimento, com grande vantagem para as finanças públicas. A desapropriação por zona pode ser usada no âmbito das parcerias público-privadas como forma de captação de renda alternativa, conforme previsão do art. 11 da Lei 8.987/1995.

Há entendimentos acerca da inconstitucionalidade da desapropriação por zona. Segundo Harada<sup>47</sup>,

A desapropriação não pode ser utilizada fora das hipóteses constitucionais previstas sob pena de ferir os direitos e garantias individuais, que se inserem nas chamadas cláusulas pétreas. Para a consecução daquele ideal de justiça social, que aponta para a necessidade de redistribuir a mais-valia por toda a sociedade, a Carta Política municiou o Poder Público com o instrumento tributário adequando para o cumprimento dessa missão. A desapropriação só pode ter lugar para atingimento do interesse público, representado por necessidade ou utilidade pública, interesse social (art. 5º, XXIV, da CF), interesse social para fins de reforma agrária (art. 184 da CF), interesse urbanístico (inciso III do § 4º do art. 182 da CF), ou interesse na eliminação de propriedade nociva à coletividade (art. 243 da CF)...A conclusão, portanto, é no sentido da manifesta inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-lei nº 3.365/41 na parte em que faculta a desapropriação por zona para fins de revenda.

Ousamos discordar do entendimento acima. Na desapropriação, direta ou indireta, quando há valorização da área remanescente não desapropriada em decorrência de obra ou

<sup>47</sup> HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: Doutrina e Prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 84/86

serviço público, dispõe o Estado de três instrumentos legais para evitar que a mais valia, decorrente da iniciativa estatal, locuplete sem justa causa o patrimônio de um ou de poucos: a desapropriação por zona ou extensiva, a cobrança de contribuição de melhoria e o abatimento proporcional, na indenização a ser paga, da valorização trazida ao imóvel.

A valorização imobiliária decorrente da obra ou serviço público pode ser geral, quando beneficia indistintamente um grupo considerável de administrados, ou especial, que ocorre quando o benefício se restringe a um ou alguns particulares identificados ou, pelo menos, identificáveis. A mais valia geral subdivide-se em ordinária e extraordinária. A primeira tem lugar quando todos os imóveis lindeiros à obra pública se valorizam em proporção semelhante. A segunda, diferentemente, toma parte quando algum ou alguns imóveis se valorizam mais que outros, atingidos pela mais valia ordinária. Na hipótese de valorização geral ordinária, dispõe o Poder Público da contribuição de melhoria como instrumento legal apto a "diluir", entre os proprietários beneficiados com a obra, o custo de sua realização.

No caso de valorização geral extraordinária, pode o Estado valer-se da desapropriação por zona ou extensiva, prevista no art. 4º do Decreto-Lei 3.365/41. Havendo valorização exorbitante de uma área, pode o Estado incluí-la no plano de desapropriação e, com a revenda futura dos imóveis ali abrangidos, socializar o benefício a toda coletividade, evitando que apenas um ou alguns proprietários venham a ser beneficiados com a extraordinária mais valia.

Por fim, tratando-se de valorização específica, e somente nessa hipótese, poderá o Estado abater, do valor a ser indenizado, a valorização experimentada pela área remanescente não desapropriada, nos termos do art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41<sup>48</sup>.

A desapropriação por zona, assim, é um instrumento de grande interesse público para a coletividade, visando à diminuição dos custos das obras públicas. Nesse sentido é a lição de Marçal Justen Filho<sup>49</sup>:

Exige-se que a Administração Pública implemente soluções de atendimento às necessidades coletivas em termos econômicos racionais, o que significa a redução dos encargos e a ampliação das vantagens. Em muitas hipóteses, a implementação dos equipamentos sociais ou dos serviços públicos preconizados pode ser promovida com ônus menores para os cofres públicos na medida em que se promovam soluções integradas. Isso significa o aproveitamento por parte do Estado das oportunidades empresariais conexas ou acessórias. Então, a execução da infraestrutura necessária à satisfação do interesse coletivo poderá ser custeada com recursos provenientes de

<sup>48</sup> Conforme decisão do STJ, REsp 795.580/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 01/02/2007, p. 448.

<sup>49</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 611.



outros empreendimentos empresariais coletivos. A desapropriação por zona é o instrumento jurídico que permite ao Estado promover a solução dotada de maior eficiência econômica.

A questão da constitucionalidade da desapropriação por zona já foi objeto de julgamento no STF, no julgamento do RE 82.300 – São Paulo, relatado pelo Min. Rodrigues Alckmin. Tratava-se de mandado de segurança preventivo foi impetrado contra o Prefeito Municipal de São Paulo e presidente da Empresa Municipal de Urbanização – Emurb. Esta pretendia desapropriar, na época da construção das linhas de Metrô de São Paulo, áreas para fins de serem construídos edifícios de apartamentos residenciais, de escritório e consultórios, e lojas comerciais para posterior revenda, visando obter as vantagens dos lucros decorrentes da alta valorização que sofreriam os imóveis situados nas proximidades das estações de metrô. Por maioria dos votos, os Ministros do STF confirmaram a constitucionalidade do instituto da desapropriação por zona<sup>50</sup>. Atualmente, a Jurisprudência do STJ continua considerando constitucional a desapropriação para revenda<sup>51</sup>:

No caso de valorização geral extraordinária, pode o Estado valer-se da desapropriação por zona ou extensiva, prevista no art. 4º do Decreto-Lei 3.365/41. Havendo valorização exorbitante de uma área, pode o Estado incluí-la no plano de desapropriação e, com a revenda futura dos imóveis ali abrangidos, socializar o benefício a toda coletividade, evitando que apenas um ou alguns proprietários venham a ser beneficiados com a extraordinária mais valia.

A desapropriação para revenda é constitucional. A revenda dos imóveis não será para a Administração ter lucro com a especulação imobiliária. O “lucro” ou melhor, a diferença entre o preço prévia e justamente pago ao proprietário e o da revenda, após a valorização decorrente da obra pública, será aplicado, exclusivamente, para a diminuição dos custos globais da obra que irá beneficiar toda a coletividade<sup>52</sup>. Ademais, evita-se que os proprietários as áreas

<sup>50</sup> Vide histórico do caso e resumo dos votos dos Ministros em: FALBO, Paula Padilha Cabral. Desapropriação por zona. In: *Revista dos Tribunais São Paulo*, vol. 6/2014, p. 327, Mai. 2014.

<sup>51</sup> STJ - REsp 951.533/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2008, DJe 05/03/2008.

<sup>52</sup> Segundo os ensinamentos de Adilson Abreu Dallari "a valorização da área autoriza a desapropriação e até permite a sua venda com lucro, mas não impede que, em lugar de obter vantagens financeiras, a administração logre obter vantagens sociais, dando o mais absoluto atendimento ao princípio consagrador da função social da propriedade". (DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriações para fins urbanísticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 87)

expropriadas valorizadas enriqueçam indevidamente, às custas dos recursos utilizados pelo poder público, angariados junto à coletividade, mediante a cobrança de tributos<sup>53</sup>.

## CONCLUSÃO

A desapropriação é um assunto de suma importância às Parcerias Público-Privadas. A demora na obtenção de uma imissão provisória na posse de um imóvel pode ocasionar prejuízos a toda a sociedade, em razão do atraso no cronograma das obras.

Os direitos do proprietário do imóvel expropriado para a realização de uma obra pública devem ser preservados mediante a justa e prévia indenização.

A execução das desapropriações pode ser atribuída, no âmbito das parcerias público-privadas, para o parceiro público ou para o parceiro privado. O custo das desapropriações também pode ser atribuído a uma das partes do contrato de parceria.

Originalmente, apenas após a disponibilização do serviço objeto do contrato da parceria era permitido o ingresso de recursos públicos. Entretanto, a lei nº 12.766/2006 previu a possibilidade de aporte de recursos do Parceiro Público em favor do Parceiro Privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, inclusive, pagamento de indenização em desapropriações. Em razão dessa alteração legislativa, não se pode aplicar a disciplina das desapropriações nas concessões, visto que nestas, sempre, o risco do negócio é do concessionário, razão pela qual este recebe a delegação do poder de expropriar.

Na concessão tradicional, o risco do negócio é do Concessionário, razão pela qual este irá zelar pelo pagamento da indenização justa e combaterá eventual condenação em valor acima do mercado, razão pela qual a lei permite que o concessionário figure como expropriante (art. 3º do Decreto-lei 3.365/41 e do art. 31 da Lei nº 8.987/95).

Por ser a parte mais capaz de conseguir as aquisições imobiliárias pelo menor preço e com mais rapidez, deve o Parceiro Privado ser o responsável pelas desapropriações, sendo o executor e responsável pelos custos das indenizações.

Se o custo das desapropriações for do Parceiro Público, este deve ser o expropriante, não podendo o Parceiro Privado ser o executor das ações de desapropriações cujas indenizações serão pagas pelo Poder Público. Haveria ofensa ao art. 100 da Constituição

<sup>53</sup> Cf. PINHEIRO, Renata Peixoto. A Desapropriação como Instrumento de Intervenção Urbanística. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*. a. 2, n. 7, Belo Horizonte, jan./fev. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=10681>>. Acesso em: 16 out. 2014.

Federal que determina que todos os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos. Também, haveria ofensa ao art. 132 da Constituição Federal o qual determina que a representação judicial e a consultoria jurídica das unidades da Federação serão feitas pelos Procuradores do Estado e do Distrito Federal.

A Concessionária, na Parceria Público-Privada somente pode ser o expropriante, na forma do art. 3º do Decreto-lei 3.365/41 e do art. 31 da Lei nº 8.987/95, quando também for a responsável pelo custeio das indenizações.

A desapropriação por zona é um instrumento que deve ser utilizado no âmbito das Parcerias Público-Privadas, como forma de diminuição dos custos das obras públicas, em benefício de toda a coletividade.

241

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. As parcerias público-privadas e sua aplicação pelo Estado de São Paulo. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros.

CARVALHO SANTOS, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado Geral da Desapropriação*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para Recebimento de Crédito Perante a Fazenda Pública. *Interesse Público – IP*. a. 7, n. 29, Belo Horizonte, Janeiro / Fevereiro 2005. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50108>>. Acesso em: 24 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Desapropriações para fins urbanísticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

D'ALÉSSIO, Francesco. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 4. ed, v. II. Torino: ed. Torinese, 1949.

BARRETO FILHO, Oscar. *O fundo de comércio nas desapropriações*. São Paulo: Serviço de publicações da Federação e Centro das Indústrias, 1959.

BEZOS, Clóvis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FALBO, Paula Padilha Cabral. Desapropriação por zona. *Revista dos Tribunais São Paulo*. v. 6/2014.

FERRAZ, Sérgio. *A justa indenização na desapropriação*. São Paulo: RT, 1978.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – AeC*. a. 6, n. 23, Belo Horizonte, Janeiro / Março 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=34576>>. Acesso em: 23 set. 2014.

242

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O aporte nas Parcerias Público-Privadas: algumas reflexões acerca das inovações instituídas na Lei nº 11.079/2004. *Revista de Contratos Públicos – RCP*. a. 2, n. 2, Belo Horizonte, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=86114>>. Acesso em: 10 set. 2014.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens expropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986.



MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A justa e prévia indenização na desapropriação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

\_\_\_\_\_. Os riscos das Parcerias Público-Privadas (PPP) para as finanças públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. a. 13, n. 150, Belo Horizonte, jun. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=119923>>. Acesso em: 10 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Os Juros nas Desapropriações. In: COUTINHO, Nilton de Almeida (org.). *Advocacia e Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 15-30.

243

NÓBREGA, Marcos. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação: inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. a. 12, n. 45, Belo Horizonte, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=110795>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Riscos em projetos de infraestrutura: Incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66032>>. Acesso em: 10 set. 2014.)

PINHEIRO, Renata Peixoto. A Desapropriação como Instrumento de Intervenção Urbanística. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*. a. 2, n. 7, Belo Horizonte, jan./fev. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=10681>>. Acesso em: 16 out. 2014.

PINTO JÚNIOR, Mário Engler. Experiências em Parcerias no Estado de São Paulo. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: RT, 1971.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SODRÉ, Eurico. *A desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1945.

SOUZA, Wilson Alves de. Procedimentos expropriatórios. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR, Fredie. *Procedimentos especiais cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003.

244

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Desapropriação em favor de particular: proibição, limites e possibilidades. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. a. 12, n. 47, Belo Horizonte, jan./mar. 2012, p. 85-106.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. a. 8, n. 30, Belo Horizonte, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69424>>. Acesso em: 24 set. 2014.

VALLE, Vanice Lírio do. Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. a. 5, n. 22, Belo Horizonte, out./dez. 2005, p. 11-23. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33323>>. Acesso em: 10 set. 2014.

VELOSO, Mário Roberto N. *Desapropriação: aspectos civis*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.



ZYMLER, Benjamim; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-privadas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Submissão: 31/01/2016  
Aceito para Publicação: 13/06/2016

