

---

*TRAVAUX PRÉPARATORIES: O DISCURSO  
SILENCIADO DO VALOR DE USO DOS BENS  
IMÓVEIS, A PASTEURIZAÇÃO DAS SITUAÇÕES  
REAIS PELO DIREITO DE PROPRIEDADE  
MODERNO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
EXPROPRIANTE DESAFIADA PELO NÚCLEO DA  
CONSTITUIÇÃO CIDADÃ*

---

*TRAVAUX PRÉPARATORIES: THE SILENCED SPEECH ABOUT THE  
VALUE IN USE OF THE PROPERTIES, THE PASTEURIZATION OF  
REAL SITUATIONS FOR THE MODERN RIGHT OF PROPERTY AND  
THE EXPROPRIATING PUBLIC ADMINISTRATION CHALLENGED  
BY THE CORE OF THE CITIZEN CONSTITUTION*

*Josué Tomazi de Carvalho*

*Graduado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).*

*Responsável pela coordenação nacional de contencioso da Procuradoria Federal  
Especializada junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (PFE/Incra)  
Procurador Federal.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Convenção Européia de Direitos Humanos; 2 O Primeiro Protocolo; 3 *Travaux préparatoires*; 4 Valor de uso e valor de troca; 5 Propriedade moderna, abstração e impropriedades; 6 A Administração Pública expropriante e seus desafios; 7 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este trabalho convida a uma breve apropriação do itinerário histórico de consolidação dos direitos humanos no pós-guerra europeu para, especificamente no âmbito da Convenção e da Corte Européia de Direitos Humanos e a partir daquela experiência, destacar questões que foram problematizadas, tal como registradas a partir dos trabalhos preparatórios da convenção, e utilizá-las para provocar uma revisão da forma como o direito tem sido aplicado nas intervenções do Poder Público brasileiro sobre situações fundiárias e com repercussões expropriantes. Para tanto, resgata a noção de valor de uso e indica traços marcantes da propriedade moderna e algumas de suas possíveis consequências práticas, apontando, ao final, para possibilidades e condições para uma transformação qualitativa no padrão de atuação da Administração Pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Convenção Européia de Direitos Humanos. Direito de Propriedade. Valor de Uso. Desapropriações. Bens Imóveis. Dignidade da Pessoa Humana.

**ABSTRACT:** The present work invites to a brief appropriation of the historical itinerary of the consolidation of the human rights during the European post war insofar as, specially in what concerns the Convention of the European Court of Human Rights, to highlight from that experience issues which were problematized, used as they were described in the preparatory work of the convention, and use them to instigate a revision of the way these rights have been applied on interventions of the Brazilian State on land situations and with expropriation repercussions. For this purpose it rescues the notion of value on use and indicates strong traces of the modern property and some of its possible practical consequences, pointing, in the end, to possibilities and conditions for a qualitative transformation in the acting pattern of the Public Administration.

**KEYWORD:** European Convention on Human Rights. Property Rights. Value in Use. Expropriations. Real Estate. The Dignity of the Human Person.

## INTRODUÇÃO

As crises agudas experimentadas no espaço geográfico da Europa, que foi o epicentro de guerras que desafiaram a própria consciência de humanidade, forçaram as nações do Velho Continente a repensarem em um novo nível, seja de abrangência, seja de eficácia, um núcleo elementar do direito que desse permissão para um futuro liberto da sina da repetição de suas tragédias e que servisse de plataforma comum entre as diferentes culturas e nações que compartilhavam aquele espaço-tempo.

De certa forma, a autocrítica ocorrida lá nunca se replicou com a mesma intensidade no Brasil, onde até mesmo as descontinuidades são, de certa forma, “continuístas”.

Assim, parece-nos saudável e produtivo colher, entre outros, também elementos da experiência de além-mar para nutrir a construção de nossa própria experiência jurídica, principalmente quando se está tratando de direitos fundamentais. Afinal, lá a urgência de levá-los a sério conduziu à assunção de responsabilidades em relação às quais o Brasil ainda não se propôs verdadeiramente — a desarticulação do projeto de integração regional do Cone Sul e o desprezo à Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao menos até há pouco tempo, falam por si.

Com isso, pretendemos abrir o campo de visão para os necessários aperfeiçoamentos da ação do Poder Público em situações com repercussões fundiárias de efeitos expropriantes em sentido amplo.

## 1 A CONVENÇÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS

Sob as sombras e escombros do encerramento do conflito armado mais letal da história da humanidade, a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), já se revelava o embrião de uma nova ameaça representada pela tensão entre duas superpotências rivais em ascensão: Estados Unidos e União Soviética.

Naquele contexto, duas percepções já se evidenciavam. De um lado, a falência ou obsolescência das organizações derivadas dos acordos internacionais estruturados após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) para a prevenção de outro conflito de grandes proporções — em especial, referimo-nos à Liga das Nações. De outro, a evolução exponencial da racionalidade instrumental aplicada à guerra, tendo a bomba atômica como ícone após as ofensivas das forças norteamericanas às cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki. Enfim, já era possível imaginar que uma eventual terceira guerra mundial poderia ter apenas perdedores.

Como medida preventiva e urgente foi então formada a Organização das Nações Unidas, em 1945.

Na Europa, por sua vez, diversas iniciativas de cooperação e integração passaram a operar sob uma mesma plataforma catalisadora, que passou a ser denominada *Joint International Committee for European Unity*, mais tarde rebatizada como *European Movement*.<sup>1</sup> Um marco importante nessa articulação crescente foi representada por um evento, em maio de 1948, denominado Congresso Europeu, ocorrido na cidade de Haia, Holanda, com cerca de 800 delegados sob a presidência do então primeiro-ministro inglês, Winston Churchill.

Naquela ocasião foram recomendadas a criação de uma assembléia europeia e de um conselho, bem como a confecção de uma carta de direitos humanos e a organização de uma correspondente corte para assegurar sua aplicação.

Já em 1949 foi formado o Conselho da Europa (*Council of Europe*), e sua Assembléia consultiva tinha sua primeira sessão em Estrasburgo, França.<sup>2</sup> Dessas instâncias é que foi debatido e elaborado o texto da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, também conhecido como “Convenção Européia de Direitos Humanos”, assinada em novembro de 1950, em Roma, Itália.<sup>3</sup>

## 2 O PRIMEIRO PROTOCOLO

A ideia de uma convenção internacional de direitos humanos e seu correspondente colegiado judicante era de instrumentalizar a aplicação e a efetividade (*enforcement*), no âmbito dos países integrantes do Conselho da Europa, de alguns direitos anteriormente previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, como forma de garantir que aqueles países mantivessem um regime político democrático e respeitoso com seus cidadãos. Assim, o Conselho da Europa cumpriria um de seus maiores objetivos, que era a promoção da estabilidade política e social na Europa, dentro de alguns *standards* de normalidade em estados democráticos de direito, resistindo a qualquer evento que pudesse abrir caminho ou tender ao desenvolvimento de novos totalitarismos.

---

1 Para mais informações, recomendamos a consulta em: <<http://europeanmovement.eu/who-we-are/history/>>. Acesso em: 01 out. 2016.

2 Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1945-1959/1949\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1945-1959/1949_pt)>. Acesso em: 01 out. 2016.

3 Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1945-1959/1950\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1945-1959/1950_pt)>. Acesso em: 01 out. 2016.

Nesse sentido, a relação de direitos e garantias fundamentais contemplada na versão original do texto foi pautada pelo que foi possível de se considerar então uma *plataforma mínima consensual*, o que explica o motivo pelo qual direitos sociais e econômicos não foram inicialmente contemplados: sobre eles havia muito dissenso causado pelas particularidades culturais e diferentes níveis de desenvolvimento econômico entre os integrantes do bloco recém formado.

Entretanto, traumáticas experiências relacionadas a expropriações ocorridas de forma massiva e arbitrária naquela primeira metade do séc. XX, muitas vezes tendo como objetivo manifesto uma “limpeza étnica”, incentivaram, logo após a assinatura do texto da Convenção, a formalização de uma emenda aditiva que passou a ser referida como “Primeiro Protocolo”, assinado em março de 1952, cujo primeiro artigo foi dedicado justamente a conferir algum nível de proteção à “propriedade”.

Entretanto, é digno de nota que enquanto o art. 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) utilizava as expressões “*right to own property*” e “*no one shall be arbitrarily deprived of his property*”, o art. 1º do Protocolo da Convenção, por sua vez, utilizava em seus lugares as expressões “*the peaceful enjoyment of his possessions*” e “*no one shall be deprived of his possessions*”.<sup>4</sup>

A começar pela Declaração Universal, observamos que ela utiliza o verbo *to own*, que sugere um ter, manter, pertencer ou possuir como seu, tanto que o Dicionário Oxford define como “ter algo que pertence a você mesmo, especialmente porque você a comprou”.<sup>5</sup> E o objeto a que se refere o verbo é justamente *property*, sugerindo uma coisa sujeita a um vínculo jurídico proprietário, uma manifestação objetiva do direito de propriedade.

Já a Convenção em seu primeiro Protocolo, por sua vez, fala em *peaceful enjoyment*, sugerindo um proveito pacífico, sem interferências arbitrárias ou ilegais, conectado não mais a *property*, mas a *possessions*, algo como “possessões”, ou seja, indicando um gênero mais abrangente de situações de pertencimento.

Assim, sem nenhuma pretensão de rigidez, ao contrário, explorando mais as associações conotativas diante da cultura ocidental estabelecida à época, temos que no primeiro caso *to own property* aponta para situações mais específicas (*dominium*) e recobertas com uma camada mais profunda

4 Intencionalmente utilizamos as expressões em língua inglesa, pois esta é uma das duas línguas oficiais que as duas cartas de direitos comparadas têm em comum — a outra é a língua francesa — e por ser a língua que, em nosso ver, melhor expressa as diferenças que passaremos a evidenciar e discorrer. Também não fizemos uma imediata tradução para o português pois trataremos em seguida justamente dos sentidos possíveis a partir das expressões originais em inglês.

5 “To have something that belongs to you, especially because you have bought it”. Oxford Advanced Learner’s Dictionary, 8th edition (app edition, version 3.5.42).

de poderes que alcançam o extrato da titularidade que habilita à disposição (*jus disponiendi*), portanto, ao trânsito jurídico e seu valor de troca, enquanto que, no segundo caso, *the peaceful enjoyment of his possessions* aponta para situações mais genéricas, abertas, e para os poderes mais elementares, como a dimensão do uso (*utilitas*) ou do uso e do gozo.

Muito embora a prática da Corte Européia de Direitos Humanos tenha convergido para uma aplicação do Protocolo quase indiferente a tais distinções, portanto, mais alinhada à literalidade da Declaração da ONU, conforme demonstra a extensa pesquisa de precedentes realizada pelo professor Laurent Serment,<sup>6</sup> a divulgação dos documentos nos quais foram registradas as discussões preparatórias à definição da redação final do Primeiro Protocolo da Convenção são bastante reveladoras sobre a intencionalidade que motivou a diferenciada redação do art. 1º do Protocolo Europeu em exame.

### 3 TRAVAUX PRÉPARATORIES

Aquele dossiê com os registros dos debates ocorridos no percurso para a definição da redação dos textos oficiais da Convenção e de sua primeira emenda fora classificado como confidencial por muitos anos antes da sua publicação, em oito volumes, entre 1975 e 1985, sob o título *Travaux préparatoires* (“trabalhos preparatórios”, em tradução livre),<sup>7</sup> e agora pode ser livremente consultado, inclusive pela internet.<sup>8</sup>

Segundo consta em *Travaux...*, a primeira sessão da Assembléia Consultiva do Conselho da Europa, ocorrida entre agosto e setembro de 1949, foi instruída com um relatório produzido pelo Comitê de Assuntos Jurídicos e Administrativos (*Committee on Legal and Administrative Questions*), órgão que funcionava como uma espécie de “consultoria jurídica” para a Assembléia.

Um dos componentes daquele Comitê, identificado como M. A. Philip, representante da França, problematizou o tema da propriedade a partir da identificação de um recorte mais restrito dentro do universo

6 The European Convention on Human Rights and property rights. Human Rights Files, no 11. Strassbourg, Council of Europe Publishing, 1998. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11\(1998\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11(1998).pdf)>. Acesso em: 27 set. 2016.

7 Vide em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Library\\_Collection\\_TravPrep\\_Official\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_TravPrep_Official_ENG.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2016.

8 Os arquivos estão disponibilizados por artigo da Convenção ([http://www.echr.coe.int/Documents/Library\\_TravPrep\\_Table\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf), acessado em 03.10.2016), sendo que os registros relacionados ao art. 1 do primeiro Protocolo estão disponíveis em: <[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-1-CDH\(76\)36-EN1190643.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-1-CDH(76)36-EN1190643.pdf)>. Acesso em: 01out. 2016. Todas as referências subsequentes serão feitas às páginas deste último documento eletrônico.

proprietário, a dimensão específica do uso pessoal (“*The right to own property for the owner’s personal use*”),<sup>9</sup> diferenciando-a, assim, da dimensão econômica da propriedade, conforme em seguida evidenciou Ungoed-Thomas, representante do Reino Unido.<sup>10</sup>

O mencionado representante francês, na sequência, adjetivou o direito de propriedade (*right to own property*) como um direito *derivado*, ou seja, que tem como principal relevo a garantia de satisfação de direitos ou garantias mais elementares, tidos como *primários*. Nas palavras dele (grifado): “[...] there seems to be a confusion between freedoms and fundamental rights on the one hand and on the other what I would call *derived rights*, which are the means of achieving freedoms and fundamental rights.”<sup>11</sup>

Outro representante do Reino Unido, identificado em *Travaux...* como “Mr. Nally”, acrescentou (grifado): “I want to confine my remarks to the point about property. *It all depends what sort of property is meant and what is done about it.*”<sup>12</sup>

A calorosa discussão se estendeu consideravelmente, com a participação de outros atores e vários desenvolvimentos que recomendamos a conferência. Todavia, para os propósitos da presente abordagem podemos indicar duas questões importantes que foram referidas nas falas acima replicadas, direta ou indiretamente, e que, a certo ponto, guardam uma conexão entre si: (a) referências a outras perspectivas de apropriação do complexo de situações reais que foram artificialmente homogeneizadas pela abstração simplificadora promovida pelo conceito moderno de propriedade e (b) a diferenciação entre o *valor de uso* e o *valor de troca*, ou valor de mercado, e seus diferentes graus de conexão com as satisfação das necessidades humanas elementares, ou seja, aquelas sem as quais a dignidade humana é posta em risco.

#### 4 VALOR DE USO E VALOR DE TROCA

Apesar de ter sido trabalhada com pretensões científicas por economistas e filósofos dos séculos XVIII e XIX, como Adam Smith, David Ricardo e Karl Marx, a diferenciação entre valor de uso e valor de troca é atribuída originalmente a Aristóteles.

---

9 Travaux... p. 5.

10 Travaux... p. 12.

11 Tradução livre: “[...] parece haver uma confusão entre liberdades e direitos fundamentais, de um lado, e de outro o que poderíamos chamar de direitos derivados, os quais são meios para se alcançar liberdades e direitos fundamentais”.

12 Tradução livre: “Eu gostaria de restringir meus comentários ao tópico que versa sobre a propriedade. Ele depende totalmente do tipo de propriedade que é referida e do modo com que é exercida.”

Para uma melhor visualização, reproduzimos abaixo o trecho do Livro I da *Política* onde o filósofo grego abordou o tema logo após ter discorrido sobre o caráter instrumental da riqueza:

[...] cada artigo ou propriedade tem duplo uso; ambas as utilizações são da coisa mesma, embora não similares; porque um é o próprio uso do artigo em questão, e o outro não. Um sapato, por exemplo, pode ser usado no pé e como objeto de troca. Ambas as utilizações ligam-se ao sapato; pois até mesmo aquele que o dá a alguém que dele precisa, e recebe dinheiro ou comida em troca, faz uso do sapato; mas não se trata do uso peculiar, uma vez que o sapato não é expressamente feito com o propósito da troca. O mesmo acontece com outros objetos da propriedade [...].<sup>13</sup>

Daqui destacamos que Aristóteles relaciona o valor de uso ao uso próprio, ou peculiar, e, por exclusão, o valor de troca como uso impróprio, ou não peculiar. Um é o valor autêntico ou originário; o outro, é valor derivado.

Apesar de ser comum a referência de que as ponderações de Aristóteles a respeito do assunto serem seminais por sua abordagem sob contornos filosóficos, não podemos ignorar que esta era uma noção intuitivamente percebida desde muito antes e desde outros contextos.

Referimo-nos, por exemplo, à tradição judaica registrada na *Torah*.<sup>14</sup> Consta naquelas escrituras sagradas o reflexo prático de uma distinção semelhante, em que o valor de uso era continente.

No capítulo 25 do livro Levítico consta a descrição do Ano de Jubileu, que se dava a cada 50 anos, ou seja, ocorria após sete anos sabáticos.<sup>15</sup> Naquela ocasião, todas as terras alienadas retornavam aos seus possuidores originais. Desta forma, a descendência de uma família não ficaria destituída do meio de satisfação de suas necessidades (terra), e o valor de mercado (de troca) em uma negociação de terras seria sempre limitado pela perspectiva de utilização pelos anos que faltavam para a chegada do Jubileu. Assim, por exemplo, se alguém alienava suas terras no quadragésimo ano do ciclo, o valor de mercado no negócio acabava sendo limitado a uma quantia proporcional ao uso pelo período de nove anos (o período que faltava até se chegar ao novo Ano de Jubileu).

Enfim, há uma relação do valor de uso com a utilidade, e do valor de mercado com o poder de dispor. E o tipo de utilidade pode representar

13 Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 157.

14 Corresponde aos cinco primeiros livros da Bíblia, o Pentateuco.

15 *Bíblia de Estudo de Genebra*. São Paulo e Barueri: Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999. p. 155-156.

diferentes graus de aproximação com as necessidades elementares das pessoas e, portanto, com sua dignidade, recomendando diferentes prioridades de proteção: quanto mais essencial, mais prioritária.

## 5 PROPRIEDADE MODERNA, ABSTRAÇÃO E IMPROPRIEDADES

Conforme o professor Paolo Grossi trabalhou extensamente em sua obra,<sup>16</sup> a ordem jurídica medieval contemplava um complexo de *situações reais* que eram orgânicas em relação às estruturas sociais e que se reproduziam sob o signo da *efetividade*: a aparência, o exercício e o gozo eram de essencial relevância. Contudo, o direito da modernidade, principalmente a partir do século XIX, fruto de uma renovação da consciência social (mentalidade) gestada nos séculos anteriores, passou a se organizar sob o signo da *validade*: a correspondência com modelos e tipos idealizados (arquétipos), remetendo assim a um expurgo das particularidades pelo processo de abstração.

Com isso, uma diversidade de situações reais passaram à condição de irrelevância jurídica. Apenas o que era *válido* dentro de um sistema de direitos reais que gravitava em torno da propriedade é que alcançava a condição de existência dentro do mundo do direito.

O direito de propriedade passou então a representar a conjunção máxima de poderes sobre as coisas (usar, gozar, reivindicar e dispor), dentro de uma perspectiva de simplicidade e abstração.

Enquanto que a Declaração Universal da ONU replicava esta nova mentalidade, a Convenção Européia recebeu, na literalidade do art. 1º do Protocolo, marcas derivadas de uma discussão questionadora daquele modelo simplificador abstrato que, por exemplo, seria capaz de equiparar, em uma mesma categoria qualitativa, a propriedade de uma casa sem a qual a família do titular não teria o abrigo da moradia e a propriedade do, digamos, milésimo caminhão de uma grande companhia transportadora. Ou, ainda usando as mesmas coisas deste exemplo, seria capaz de desqualificar uma diversa relação de pertencimento da família com a casa, por não ser *válida* diante do modelo formal de propriedade, priorizando qualitativamente a situação do milésimo caminhão da transportadora, apenas por esta última situação corresponder com perfeição formal ao modelo proprietário.

---

16 A leitura aqui aproveitada foi extraída do conjunto de dois livros já traduzidos para o português: *História da Propriedade e Outros Ensaios*, Trad. de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, e *A Ordem Jurídica Medieval*, Trad. de Denise Rossato Agostinetti, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

## 6 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXPROPRIANTE E SEUS DESAFIOS

O desenvolvimento até aqui proposto, mesmo de forma sintética, prepara para uma melhor compreensão dos atuais desafios da Administração Pública quando sua atuação possui reflexos expropriantes — e das possíveis contribuições que a advocacia pública poderá fornecer neste campo.

Referimo-nos a situações que vão desde desapropriações para obras de infraestrutura, como duplicações de estradas e barragens de usinas hidroelétricas, até desapropriações para regularização de territórios quilombolas e à mera desintrusão de terras indígenas.

No que diz respeito à desapropriação em si, a lei geral continua sendo o antigo Decreto-lei nº 3.365, de 1941, que em seu art. 16 inclui no polo passivo apenas o proprietário do bem, ou seja, aquele que tem o poder de disposição do bem na forma do trânsito jurídico oficial, capaz, em tese, de amealhar o máximo valor de troca na alienação. Tal dispositivo, aliás, é totalmente coerente com o sistema jurídico moderno do qual é uma expressão.

Na racionalidade do normativo, o titular do direito real de propriedade recebe a proeminência, sendo que os demais titulares de direitos relacionados à coisa expropriada exercem suas eventuais pretensões derivadas em face do proprietário expropriado e da indenização que lhe for atribuída. Conforme diz o art. 31, “ficam subrogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado” - portanto, como se as demais situações reais não proprietárias, quaisquer que sejam, não fossem problema do expropriante, por mais diretamente afetados que fossem pela intervenção fundiária do Poder Público.

Ocorre que, em muitos casos, tais situações tratadas marginalmente concentram, em sua relação com a coisa expropriada, um valor de uso mais intenso do que aquele existente na própria relação proprietária, e — aqui o ponto mais sensível — um valor de uso mais conectado com o atendimento de necessidades pessoais cuja satisfação é inerente à dignidade humana.

Em busca de uma equalização espontânea de situações não proprietárias, o Superior Tribunal de Justiça chegou a ensaiar alguns precedentes isolados nos quais passava a condenar o expropriante a pagar diretamente ao possuidor não proprietário, do que é exemplo o Recurso Especial 200501240450 (Luiz Fux, STJ - Primeira Turma, DJ 31.05.2007, p. 343), uma indenização correspondente a 60% do valor da propriedade.

Contudo, tal solução continha em si dois problemas básicos.

*Primeiro*, foi estender à posse o mesmo grau de abstração e simplicidade do direito de propriedade moderno, como se a posse fosse propriedade, apenas em menor intensidade. Ora, uma qualificação de

tal posse, estaria equiparada por exemplo a posse de uma família sobre a casa que construiu em área de titularidade incerta e a posse de um latifundiário sobre seu, digamos, nonagésimo latifúndio, constituído a partir da grilagem de títulos — justamente por isso, sem poder apresentar um vínculo proprietário válido —, como se fossem situações análogas, quando em verdade representam realidades substancialmente diversas a partir dos princípios e valores constitucionais.

*Segundo*, ao basear o quantitativo da indenização sobre uma porcentagem do valor da propriedade, desconsidera a falta de uniformidade do trânsito jurídico da posse, uma vez que esta não conta com um sistema registral que dê segurança e fluidez à um poder de disposição que, em certos casos, sequer conseguiria se manifestar concretamente. Portanto, o “valor de mercado” (de troca) atribuído é totalmente arbitrário, sem parâmetro seguro. Além disso, uma referência pelo valor da propriedade poderá resultar em sérias distorções por se manter alheia ao valor de uso.

Usaremos mais um exemplo para tornar esta última percepção mais plausível. Imaginemos uma família que construiu sua casa precária em fundo alheio. Se tal família for desalojada pelo Poder Público de uma região muito desvalorizada, será destituída de algo que lhe representa um precioso valor de uso, uma vez que lhe serve de moradia, contudo, será indenizada por fração de um (baixo) valor de mercado, que sequer será capaz de lhe proporcionar sua necessidade de moradia em outro lugar, uma vez que o valor de troca da propriedade na região seria muito reduzido. Agora, suponhamos o mesmo perfil de família pobre, com sua casa precária em fundo alheio, mas com a diferença que este agora está localizado em região altamente valorizada. Nessas condições, uma indenização baseada em 60% do valor da propriedade poderia lhe render milhões, com um resultado que representaria evidente enriquecimento sem causa, enquanto que uma quantia bem mais módica seria capaz de lhe restaurar a moradia em condições decentes, talvez até bem melhores que as originais, em um empreendimento de habitação popular, por exemplo.

Diante de tamanha distorção potencial de resultados, entendemos que o conjunto de iniciativas previsto na Medida Provisória nº 700, de 2015, que alterou a lei geral (o citado DL nº 3.365, de 1941), mostrou-se muito mais adequado, pois baseado no valor de uso, *conexo* com situações de utilidade que se prestavam a garantir direitos fundamentais, como a moradia, por exemplo.

Aquela Medida Provisória passou a prever uma série de “medidas compensatórias” (expressão utilizada para simbolizar uma diferença substancial em relação à indenização ordinária) para situações não proprietárias que se enquadrassem na descrição do art. 4º-A (grifado):

Art. 4º-A. Quando o imóvel a ser desapropriado estiver ocupado coletivamente por assentamentos sujeitos a regularização fundiária de interesse social, nos termos do inciso VII do *caput* do art. 47 da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, o ente expropriante deverá prever, no planejamento da ação de desapropriação, *medidas compensatórias*.

[...]

§ 3º Poderá ser equiparada à família ou à pessoa de baixa renda aquela não proprietária que, por sua situação fática específica, apresente condição de vulnerabilidade, conforme definido pelo expropriante.

E no § 2º prevê a indicação das *medidas compensatórias*:

§ 2º As *medidas compensatórias* a que se refere o *caput* 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*, exigindo-se, para este fim, o prévio cadastramento dos ocupantes.

É certo que a iniciativa ainda foi restrita, pois não abrangeu situações análogas no meio não urbano, ou ocupações não coletivas, mas teve o mérito de apresentar outro modelo no âmbito legislativo.

Entretanto, a MP caducou por não ter sido tempestivamente apreciada pelo Poder Legislativo, perdendo sua eficácia.

Nesse contexto, entendemos que a própria Administração Pública pode (e deve) construir soluções semelhantes de compensação *in natura* como garantia de não interrupção do exercício de direitos fundamentais (p. ex., moradia e trabalho) de pessoas não proprietárias em situação de vulnerabilidade social e econômica,<sup>17</sup> quando aquele tipo de externalidade negativa é consequência previsível de suas intervenções fundiárias.<sup>18</sup>

A motivação deste tipo de conclusão vem de alguns pressupostos.

*Primeiro*, da percepção da Constituição como centro do sistema jurídico, dotado de força normativa.<sup>19</sup> *Segundo*, da necessidade de

17 Aqui, a compreensão de um mínimo existencial deve acompanhar a dinâmica do desenvolvimento econômico do contexto social.

18 Algumas iniciativas tímidas já existem, como por exemplo nas normas internas do Incra que prevêem o reassentamento de famílias desintrusadas de terras indígenas.

19 Vide, a este respeito, o artigo do hoje Ministro do STF Luís Roberto Barroso denominado Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2016.

aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, CRFB), que autoriza, em campos não sujeitos à reserva legal, a atuação autônoma da Administração, sem mediação legislativa.<sup>20</sup> Contudo, em nosso ver, isso apenas é possível com uma normatividade mínima (normalização), de modo a garantir uma resposta uniforme aos Administrados que se encontrem na mesma situação.

## 7 CONCLUSÃO

*Travaux préparatoires*, mais que uma fonte de interpretação histórica para a Convenção de direitos humanos do, por vezes, longínquo continente Europeu, pode servir como provocação e fonte de inspiração para o desenvolvimento de soluções “alternativas” para os desafios com os quais se depara a Administração Pública hoje, no Brasil, em suas múltiplas intervenções fundiárias com reflexos expropriatórios em sentido amplo.

Isso porque em *Travaux...* encontramos discursos que apresentam uma permeabilidade a outras percepções não contempladas pela mentalidade definidora do ordenamento normativo antecedente à atual Constituição brasileira, o que faz ainda mais sentido diante da percepção de Paolo Grossi segundo o qual

“o direito, mais do que construção formal, é mentalidade”,<sup>21</sup> e que, como já disse Boaventura de Sousa Santos, estamos em uma fase transicional na qual “enfrentamos problemas modernos para os quais não há soluções modernas”.<sup>22</sup>

A síntese do desafio posto é de reconstruir padrões de atuação administrativa que, em sua efetividade, garantam e reafirmem o *status dignitatis* dos “administrados” ao invés de apenas concentrar potência à vontade de uns poucos às custas daqueles que estão desprovidos de voz e vez na máquina estatal, em suas múltiplas expressões.

---

20 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36, 37, 70, 71, 132 e 133.

21 *História da Propriedade e Outros Ensaios*, Trad. de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 22.

22 Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. 1, A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5a ed. São Paulo, Cortez, 2005, p. 29.

**REFERÊNCIAS**

ARISTÓTELES. Política. *Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão*. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2016.

*Bíblia de Estudo de Genebra*. São Paulo e Barueri, Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Council of Europe. *European Court of Human Rights*. Preparatory Work on Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights (Travaux Préparatoires). Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-1-CDH\(76\)36-EN1190643.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-1-CDH(76)36-EN1190643.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2016.

Oxford Advanced Learner’s Dictionary, 8th edition (app edition, version 3.5.42).

ROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. Trad. de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

ROSSI, Paolo. *História da Propriedade e Outros Ensaio*s. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. v. 1, A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SERMENT, Laurent. *The European Convention on Human Rights and property rights*. Human Rights Files, n. 11. Strassbourg, Council of Europe Publishing, 1998. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11\(1998\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11(1998).pdf)>. Acesso em: 27 set. 2016.