

## **Desapropriações Nas Parcerias Público-Privadas**

*Glaucia Elaine de Paula*

Advogada, mestre em Administração Pública pelo Instituto Universitário de Lisboa/Portugal e doutoranda em Administração Pública pela Universidade de Lisboa. Graduada e especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP.

Atuou por mais de 10 anos no Poder Público, tendo exercido, dentre outras, as funções de Chefe de Gabinete do Ministro da Justiça e Diretora Geral do Conselho Nacional de Justiça. Desde 2012 atua como advogada especialista em Direito Administrativo, notadamente em desapropriações, contratos administrativos, concessões e parcerias público-privadas.

---

Advogados

## SUMÁRIO

1. Introdução.....	3
2. O compartilhamento dos riscos das desapropriações .....	5
2.1. O risco de variação do valor das indenizações nas desapropriações judiciais.....	8
2.2. O risco de demora das desapropriações judiciais .....	9
3. A promoção das desapropriações .....	10
3.1. A legitimidade ativa da concessionária nas desapropriações arcadas pelo Poder Concedente.....	13
3.1.1. A legitimação ordinária da concessionária nas ações de desapropriação .....	14
3.1.2. A autorização legal para promoção das desapropriações independente do pagamento das indenizações nas concessões patrocinadas .....	17
3.2. A incorporação do imóvel nas desapropriações pagas pelo poder concedente .....	21
4. Conclusão .....	22
Referências bibliográficas .....	23

Advogados

## Resumo

As parcerias público-privadas têm como um de seus traços principais, definidos pela Lei nº 11.079/2004, o compartilhamento de riscos. Dentre eles se inserem os riscos das desapropriações, notadamente o risco de variação do valor das indenizações e o risco de demora, que podem acarretar sérios impactos econômico-financeiros e/ou ao cronograma do empreendimento.

A melhor doutrina orienta que os riscos devem ser alocados ao parceiro que tiver melhores condições de controlá-los ou mitigá-los. No entanto, os riscos da desapropriação não podem ser controlados nem plenamente mitigados por nenhum dos parceiros, público ou privado. Nesse contexto, o capítulo analisa as possibilidades de alocação dos riscos da desapropriação, com sugestão daquele que parece o mais adequado.

Ainda no que tange às desapropriações nas parcerias público-privadas, tema do capítulo, o ordenamento jurídico aplicável fornece três possibilidades: a promoção pelo concedente com recursos públicos; a promoção pelo concessionário com assunção das indenizações aos expropriados; e a promoção pelo concessionário com indenizações pagas pelo concedente. Dentre todas, a última hipótese, ainda não analisada com profundidade pela doutrina especializada, é a única a gerar debates na jurisprudência. Então o capítulo se debruça sobre essa discussão, analisando as duas principais questões incidentes: a legitimidade do concessionário para propor desapropriações que serão pagas pelo concedente, e a incorporação ao patrimônio do concedente do bem desapropriado por ação promovida pelo concessionário.

### 1. Introdução

O instituto da desapropriação, aqui entendido como o direito do Estado despojar compulsoriamente alguém de sua propriedade privada mediante indenização<sup>1</sup>, foi introduzido

---

<sup>1</sup> Definição de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 31. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 883.

no ordenamento jurídico brasileiro juntamente com a garantia da propriedade<sup>2</sup>, por influência das ideias liberais que pautaram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>3</sup>.

O direito de propriedade foi mantido e o processo de desapropriação foi detalhado na legislação e nas constituições que se seguiram, até que o Decreto-Lei nº 3.365/1941, a Lei Geral das Desapropriações, recepcionada por todas as constituições subsequentes e ainda vigente, atribuiu às desapropriações os contornos que se mantém até a atualidade.

A Lei das Desapropriações conferiu ao Poder Público, com exclusividade, a competência para declarar a utilidade pública de imóveis para fins de desapropriação. É a denominada fase declaratória da desapropriação<sup>4</sup>, cujos atos podem ser praticados pelo Chefe do Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, vedada a delegação, de acordo com os arts. 6º e 8º do Decreto-Lei nº 3.365/1941, respectivamente.

Entretanto, o Decreto-Lei avançou em relação à legislação anterior no que se refere à competência executória para a desapropriação<sup>5</sup>, que abrange a promoção da desapropriação administrativa e a ação de desapropriação judicial. Passaram a ser legitimados, além da União, Estados e municípios, também concessionários de serviços públicos, “estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público”<sup>6</sup> e consórcios públicos<sup>7</sup>. Os concessionários, estabelecimentos que exercem funções delegadas – autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista – e consórcios públicos, entretanto, precisam de autorização expressa em lei ou contrato para promover desapropriações.

A Lei Geral de Concessões, promulgada em 1995, igualmente previu a delegação de competência ao concessionário para promoção das desapropriações, condicionando-a, todavia, ao pagamento das indenizações por ele.

Apesar da delegação de competência ao concessionário para a promoção de desapropriações ser prevista no ordenamento jurídico desde 1941, até a década de 1990 tal permissivo era

---

<sup>2</sup> Decreto de 21 de maio de 1821: “Determino que da data deste em diante, a ninguém possa tomar-se contra sua vontade coisa alguma de que for possuidor, ou proprietário; sejam quaesquer que forem as necessidades do Estado, sem que primeiro de *commum accordo* se ajuste o preço, que lhe deve por a Real Fazenda ser pago no momento da entrega; e porque pode acontecer que alguma vez falem meios proporcionaes a tão promptos pagamentos: Ordeno, nesse caso, que ao vendedor se entregue Título aparelhado para em tempo competente haver sua indemnização. quando elle sem constrangimento consinta em lhe ser tirada a coisa necessaria ao Estado, e aceite aquelle modo de pagamento.”

<sup>3</sup> Cf. CUSTODIO, Vinícius Monte. *Um Novo Olhar sobre as Desapropriações no Direito Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

<sup>4</sup> Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 600; e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 2014, p. 896.

<sup>5</sup> Usamos da expressão cunhada por CARVALHO FILHO, 2018.

<sup>6</sup> Art. 3º do Decreto-Lei nº 3.365/1941.

<sup>7</sup> Lei Federal nº 11.107/2005, art. 2º, §1º, II.

utilizado essencialmente para atribuir essa tarefa aos entes da administração indireta<sup>8</sup>. E mesmo nos primeiros anos após a edição da Lei nº 8.987/1995, as desapropriações continuaram a ser promovidas pelo Poder Público ou pelos entes da administração indireta incumbidos, que transferiam os imóveis já liberados para uso das concessões de serviços públicos.

Esse formato, entretanto, com frequência acarreta atrasos aos cronogramas das concessões, especialmente quando o uso dos imóveis é indispensável para o início da prestação dos serviços concedidos. Ademais, pairam dúvidas sobre ser ou não mais econômico aos usuários dos serviços a promoção das desapropriações pelo ente concedente.

A Lei Federal das Parcerias Público-Privadas – Lei nº 11.079/2004 – não tratou expressamente das desapropriações, mas estabeleceu como diretriz das concessões patrocinadas e administrativas a repartição de riscos entre as partes. Entre esses riscos se incluem as desapropriações.

Nessa esteira, cada vez mais o Poder Público tem optado por transferir ao particular a incumbência de promover as desapropriações dos imóveis necessários às concessões comuns e parcerias público-privadas. Pretende-se, com isso, desonerar o Poder Público de uma tarefa complexa, e alcançar mais eficiência e agilidade para os empreendimentos.

Algumas questões têm vindo a lume, trazidas especialmente por debates havidos no bojo de concessões e parcerias público-privadas que delegaram a promoção de desapropriações ao parceiro privado, e com ele compartilharam os riscos. Dizem respeito, especialmente, à conveniência e aos limites do compartilhamento dos riscos e da delegação das desapropriações. É do que tratamos nas linhas que seguem.

## **2. O compartilhamento dos riscos das desapropriações**

Um dos traços característicos das parcerias público-privadas, que as distingue em definitivo dos contratos administrativos comuns, é o compartilhamento de riscos. Enquanto o contrato administrativo atribui ao Poder Público todo o risco de alteração do cenário e dos resultados almejados, nas PPPs esse risco é compartilhado com o concessionário.

---

<sup>8</sup> Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal; et al. 20 Anos da Lei de Concessões, 10 Anos da Lei de PPPs: viabilizando a implantação e melhoria de infraestruturas para o desenvolvimento econômico social. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/ebook/arquivo/5A5F014503#@5541065E0003050C#@PDF>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

A experiência mostra que as desapropriações estão entre os primeiros pontos críticos para o cumprimento das metas e cronogramas de empreendimentos que dependem de imóveis originalmente privados para seu desenvolvimento. Não são poucos os casos de empreendimentos que, em razão de empecilhos havidos nas desapropriações necessárias, demoraram muitos anos e até décadas para início das obras.

As desapropriações trazem ainda outro risco aos empreendimentos: o econômico-financeiro. É que os valores envolvidos em custas dos processos, e principalmente em indenizações dos imóveis, não podem ser definidos de antemão, porque dependem de negociações com os proprietários ou de decisões judiciais.

São, portanto, dois os principais riscos envolvidos nas desapropriações: o risco da demora e o risco econômico-financeiro. A atribuição e compartilhamento desses riscos tem sido cada vez mais debatida, especialmente à vista das experiências recentes.

Os empreendimentos em que já existe uma infraestrutura para início da execução da concessão ou da PPP têm sido objeto de menos discussões quanto à atribuição dos riscos e à delegação da promoção das desapropriações necessárias para as ampliações previstas. É que, nesses casos, geralmente o valor das indenizações é menos significativo frente ao valor da concessão ou da parceria público-privada, e o prazo para liberação dos imóveis tem o potencial de prejudicar menos os cronogramas, porquanto os serviços concedidos não dependem das novas áreas para início da prestação. O menor impacto dos riscos ao concessionário, aliado à conveniência do concedente de se ver livre dos ônus das indenizações e do trabalho da promoção das desapropriações, têm levado os projetos recentes que dispõem de infraestrutura preexistente a atribuir ao parceiro privado todas as responsabilidades e riscos atinentes à liberação dos imóveis necessários ao empreendimento.

A situação muda quando se trata de empreendimentos em que a construção da infraestrutura para desenvolvimento do projeto e prestação dos serviços concedidos depende da liberação de áreas de propriedade de terceiros. Nesses casos, em razão do grande impacto que as desocupações de imóveis têm nos custos e nos prazos dos projetos, os debates têm sido intensos quanto à conveniência e aos limites da atribuição dos riscos e da promoção das desapropriações ao parceiro privado<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Sobre o tema, vide RIBEIRO, 2014.

A doutrina mais especializada recomenda que os riscos sejam atribuídos ao parceiro que tiver melhores condições de controlá-los e de mitigá-los<sup>10</sup>. E Marçal Justen Filho com Rafael Wallbach Schwind<sup>11</sup>, acompanhados de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado<sup>12</sup>, alertam que a distribuição inadequada dos riscos, ou que envolva incertezas, pode acarretar um encarecimento desnecessário do contrato da PPP, porque os riscos são precificados pelo parceiro privado.

Difícil, entretanto, é definir qual dos parceiros, público ou privado, tem melhores condições de controlar e mitigar os riscos da demora e da variação do valor das indenizações das desapropriações.

Essa definição depende, primeiramente, da avaliação acerca da possibilidade de se promover desapropriações administrativas, ou seja, mediante acordos extrajudiciais com os proprietários. Alguns fatores definem essa avaliação, como a natureza dos imóveis (urbanos ou rurais), a situação dominial e a existência de posseiros e/ou locatários como terceiros interessados.

Presentes as condições adequadas, se a desapropriação administrativa se mostra viável, o parceiro privado apresenta melhores condições de assumi-las. É que ele controla e tem melhores condições de mitigar o risco da demora nas tratativas, porque não se sujeita aos procedimentos burocráticos que vinculam o Poder Público em acordos extrajudiciais, e que exigem mais tempo para formalização das desapropriações administrativas. Além disso, o parceiro privado tem maior liberdade para chegar a um acordo econômico conveniente, que não esteja necessariamente atrelado a um laudo de avaliação.

A complexidade da atribuição dos riscos da desocupação de imóveis é maior nos casos de empreendimentos em que as áreas necessárias não apresentam condições para a promoção de desapropriações administrativas<sup>13</sup>, demandando atuação judicial. Nesses casos é mais difícil de se perceber se o parceiro público ou o privado tem melhores condições de controlar os riscos da demora e do valor das indenizações.

---

<sup>10</sup> Cf. PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. Revista do BNDES. Rio de Janeiro, v. 13, nº 25, p. 155-182, jun. 2006; ZANCHIM, Kleber Luiz. Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): Risco e Incerteza. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: reflexões iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal, SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.) Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>12</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal, PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

<sup>13</sup> É o que ocorre, por exemplo, em projetos desenvolvidos em áreas urbanas densamente habitadas. Nesses casos, é comum a existência de ocupantes que não são formalmente proprietários dos imóveis, o que costuma exigir um provimento jurisdicional para a desocupação.

## 2.1. O risco de variação do valor das indenizações nas desapropriações judiciais

O valor de indenização dos imóveis nas desapropriações judiciais, em regra, é definido a partir de perícia técnica, levada a cabo por *expert* nomeado pelo juízo<sup>14</sup>. Em razão disso, o risco de variação dos valores em relação àqueles calculados previamente não pode ser de todo controlado, mas há dois fatores que podem influenciá-lo: a avaliação dos imóveis para a estimativa dos valores e a atuação do expropriante em juízo.

Nas PPPs em que pretende atribuir total ou parcialmente ao concessionário o ônus das desapropriações, o concedente deve realizar avaliação prévia dos imóveis, e constar no edital da licitação a estimativa de valor, que será considerada na elaboração das propostas pelos concorrentes.

Maurício Portugal Ribeiro<sup>15</sup> pondera que o grau de detalhamento e a qualidade técnica da avaliação dos imóveis impactam o risco de variação do custo das indenizações. De fato, se a avaliação é realizada com rigor, seguindo as normas técnicas aplicadas pelos peritos judiciais, a estimativa do valor apresentada tende a se assemelhar ao preço dos imóveis atingido nos laudos. Por outro lado, se a avaliação é realizada sem utilizar as normas técnicas e os parâmetros adotados pelas perícias judiciais, o risco de variação cresce muito, tornando o valor das indenizações imprevisível.

Em parcerias público-privadas cujas indenizações pelas desapropriações tenham vulto significativo face ao projeto, as avaliações prévias necessariamente devem ser realizadas pelo concedente, quer os riscos e ônus sejam-lhe atribuídos, quer sejam partilhados ou transferidos ao concessionário. A razão é que só uma avaliação prévia pode validamente estimar os custos das desapropriações, e uma licitação não pode atribuir ao concessionário riscos e ônus expressivos ao empreendimento sem indicar, com o edital, uma estimativa de valores em casos que, como nas desapropriações, o particular não tem condições de avaliar no prazo de elaboração de propostas. A hipótese de conferir ao parceiro privado um ônus importante às cegas implicaria um encarecimento sensível e desnecessário de sua proposta na licitação, que oneraria indevidamente o usuário e/ou o Poder Público concedente<sup>16</sup>.

Por isso, em PPPs cujo valor das desapropriações for relevante, cabe ao poder concedente a mitigação dos riscos de variação a partir da elaboração de uma avaliação prévia tecnicamente consistente.

<sup>14</sup> Decreto-Lei nº 3.365/1941, art. 14.

<sup>15</sup> RIBEIRO, 2014, p. 86.

<sup>16</sup> Nesse sentido, JUSTEN FILHO e SCHWIND, 2015, p. 38.

A atuação do expropriante em juízo é o outro fator de possível impacto no valor das indenizações. Durante a tramitação do processo, a análise detida dos laudos periciais por profissional habilitado e qualificado, contratado pelo expropriante como assistente técnico, lhe permite questionar os critérios adotados quando os valores alcançados pelo perito não coadunarem com aqueles estimados previamente pelo poder concedente ou pelo concessionário. E nesses casos, a discussão da avaliação em juízo, baseada em pareceres tecnicamente fundamentados, pode levar à redução de valores das indenizações.

O Poder Público, como litigante em juízo, está adstrito às limitações operacionais que lhe são peculiares. Em boa parte dos casos, no decorrer dos processos ele só pode contar com os quadros próprios para apoio técnico na análise dos laudos periciais, o que, aliado ao reduzido contingente de pessoal e ao excesso de demanda típicos de boa parte das repartições públicas brasileiras, frequentemente acarreta uma atuação deficiente, se comparada com um ente privado que pode buscar livremente no mercado profissionais que melhor possam atender suas necessidades. Nessa linha, o concessionário, em regra, tem melhores condições de proporcionar uma defesa técnica no processo que auxilie na redução dos valores das indenizações das desapropriações.

Então, embora o risco de variação dos valores das indenizações de desapropriações não seja plenamente controlável por nenhuma das partes de uma parceria público-privada, o concedente pode reduzi-lo a partir de uma adequada avaliação prévia à licitação, e o concessionário pode contribuir para tal redução com uma atuação em juízo tecnicamente embasada. Daí porque se sugere o compartilhamento do risco e do ônus das desapropriações entre as partes.

## **2.2. O risco de demora das desapropriações judiciais**

O risco da demora da prestação jurisdicional, que se insere no que Marcos Augusto Perez denomina de risco jurídico<sup>17</sup> e Floriano de Azevedo Marques Neto nomeia risco judiciário<sup>18</sup>, é outro dos riscos que não podem ser plenamente controlados pelo concedente nem pelo concessionário. Pode, todavia, ser mitigado se forem adotadas antes da licitação as providências

---

<sup>17</sup> PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 166-168. Nas palavras do autor, “sob a expressão *risco judicial*, por seu turno, abrigamos duas áleas. Uma relacionada ao exercício regular do controle judicial sobre o contrato de concessão. A segunda relacionada às deficiências da prestação jurisdicional do Estado. (...) No Brasil, a maior deficiência do sistema jurisdicional encontra-se na sua excessiva lentidão como revelou recente pesquisa do Ministério da Justiça. Essa lentidão é um fator de grande insegurança em todos os negócios jurídicos e, como não poderia deixar de ser, nas concessões.”

<sup>18</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas: revisitando o risco nos contratos de delegação. In: SOUZA, Mariana Campos de (coord.) Parceria Público-Privada. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 53-85

possíveis, como a avaliação dos imóveis e a edição do decreto de utilidade pública<sup>19</sup>. É uma mitigação de riscos que pode ser adotada, portanto, pelo concedente.

A par disso, o zelo aplicado na atuação do expropriante no processo em diversas situações é determinante da agilidade ou morosidade do processo. Como já asseverado, o Poder Público tem amarras institucionais, procedimentais e operacionais que não raras vezes trazem dificuldade à fluidez do processo, impedindo que os advogados públicos possam dedicar às causas a atenção necessária para imprimir-lhes agilidade. O parceiro privado, ao contrário, detém mais flexibilidade para escolha e contratação de profissionais, de modo que possa se assegurar que seus representantes legais apliquem nos processos todo o cuidado necessário para que sua tramitação seja a mais breve possível, especialmente até a imissão de posse. Portanto, é um fator de risco que pode ser melhor mitigado pelo concessionário.

Da combinação desses fatores, um melhor mitigado pelo concedente e outro pelo parceiro privado, subtrai-se que a melhor solução é um compartilhamento entre ambos do risco de demora, de forma a incentivar cada um dos parceiros a contribuir, no que lhe couber, para a agilidade dos processos judiciais de desapropriação.

### **3. A promoção das desapropriações**

O processo de desapropriação se inicia a partir da declaração de utilidade pública, que compete ao chefe do Poder Executivo das três esferas de governo e ao Poder Legislativo, de acordo com os arts. 6º e 8º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941<sup>20</sup>.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>21</sup> bem resume os efeitos da declaração de utilidade pública:

*A declaração expropriatória, por si mesma, além do efeito principal de abrir o processo próprio, com a manifestação do interesse público a ser atendido, e de permitir a imediata efetivação consensual da desapropriação, produz ainda outros efeitos acessórios de grande importância (Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941):*

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, RIBEIRO, 2014.

<sup>20</sup> A jurisprudência é pacífica ao reconhecer ser indelegável e indispensável a declaração de utilidade pública pelo chefe do Poder Executivo. Nesse sentido vai o acórdão do Supremo Tribunal Federal do ano de 1953, no Recurso Extraordinário nº 15.870, Relator Ministro Ribeiro da Costa, ainda hoje considerado paradigma na matéria.

<sup>21</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 422-423.

- a) autoriza as autoridades administrativas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial (Lei citada, art. 7º);
- b) fixa o termo inicial do prazo de caducidade de cinco anos, do próprio ato declaratório, não podendo, no caso de caducar, ser reeditado sobre o mesmo bem senão depois de um ano (Lei citada, art. 10);
- c) autoriza a imissão provisória na posse, se contiver cláusula de urgência (Lei citada, art. 15)<sup>22</sup>;
- d) desobriga o Poder Expropriante de indenizar as benfeitorias voluptuárias e as úteis, quando feitas sem sua autorização (Lei citada, art. 26, §1º); e
- e) fixa a precedência da pessoa administrativa expropriante que primeiro a declara, atendendo-se em caso de concomitância à ordem do art. 2º da Lei citada: União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios e, implicitamente, das autarquias da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios e, finalmente, das paraestatais e das demais delegatárias, se autorizadas, na sequência e na mesma ordem.

Declarada a utilidade pública dos imóveis necessários ao empreendimento, inicia-se a realização dos atos executórios das desapropriações administrativas ou do ajuizamento e condução dos processos judiciais de desapropriação. A relação de entes legitimados para a promoção das desapropriações, definida pelo Decreto-Lei nº 3.365/1941, como já dito, abrange os entes da administração indireta<sup>23</sup>, os consórcios públicos e os concessionários de serviço público, desde que expressamente autorizados por lei ou por contrato.

---

<sup>22</sup> A imissão provisória na posse, se não permitida pelo proprietário na desapropriação administrativa, depende de autorização judicial, no processo de desapropriação.

A Súmula 652 do Supremo Tribunal Federal declara que o art. 15, §1º do Decreto-Lei nº 3.365/1941, que autoriza a imissão provisória na posse antes da citação, é compatível com a Constituição Federal. E nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido:

“(…) Dessume-se do art. 15, § 1º, "c", do Decreto 3.365/1941 que, apontada a urgência na desapropriação e depositado o valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do IPTU ou do ITR, a imissão provisória na posse pode ser realizada, independentemente da citação do réu e, por óbvio, em momento anterior à avaliação, visto que esta ocorre na instrução processual. Tal dispositivo é chancelado pela jurisprudência do STJ, com destaque para o REsp 1.185.583/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.

4. O Supremo Tribunal Federal firmou, pela Súmula 652, a compreensão de que o art. 15, §1º, do Decreto-Lei 3.365/1941 não afronta o princípio da justa e prévia indenização, preconizado no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal. (...) Recurso Especial conhecido e provido.” (REsp 1760129 / GO, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 25/09/2018).

<sup>23</sup> A doutrina é unânime ao entender que a expressão “estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público” contempla as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesse sentido: FRANÇA, 1978; ANDRADE, 2006; SALLES, 2009; MALUF, 1995; CRETELLA JÚNIOR, 1998. Também a jurisprudência reconhece a legitimidade das entidades da administração indireta para a promoção de desapropriações: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2053352-82.2013.8.26.0000. Agravante: São Paulo Obras - SP Obras. Agravados: Maria da Conceição Melo de Oliveira e Lino de Oliveira. Relator: Desembargador Luis Fernando Camargo de Barros Vidal. São Paulo, 02 de dezembro de 2003.

O primeiro ponto a se realçar, em relação às concessões e PPPs, é que a delegação da promoção das desapropriações ao concessionário é uma prerrogativa do Poder Público concedente, não um dever. Quando exercida, deve ser definida no edital de licitação, que também deve indicar o responsável pelo ônus das indenizações<sup>24</sup>. Significa que o ente público deve identificar, por meio de estudos preparatórios para a licitação, se é viável e vantajoso ao projeto e à Administração Pública que esta promova as desapropriações e arque com os respectivos ônus, ou se é mais adequado que sejam atribuídos ao futuro concessionário.

Já foi dito que a Lei nº 8.987/1995, ao manter a permissão legal de promoção das desapropriações pelo concessionário, a condicionou ao pagamento das indenizações por ele. A Lei Geral das Concessões se aplica subsidiariamente às parcerias público-privadas, mas o que se discute é o limite dessa aplicação no que tange às desapropriações.

Nas concessões comuns não há discussão relevante sobre a exigência de que o ônus das indenizações caiba àquele incumbido contratualmente das desapropriações, seja ele o poder concedente ou o concessionário. E seguindo essa linha, a doutrina, de modo geral<sup>25</sup>, mesmo para PPPs<sup>26</sup>, não tem aventado outra possibilidade legal.

Nada obstante, na experiência prática e na jurisprudência tem surgido uma terceira hipótese nas PPPs: o endereçamento em contrato, ao parceiro privado, do dever de promover a desapropriação, mantendo, entretanto, para o poder concedente o ônus das indenizações aos expropriados. Esse desenho tem dado azo a divergências nas instâncias do Poder Judiciário, especialmente o paulista, a quem têm sido apresentadas essas situações em PPPs do Governo do Estado. Mesmo antes disso, o descasamento entre promoção da desapropriação e pagamento das indenizações já vinha gerando debates em processos decorrentes de projetos da Prefeitura da capital, delegados para a execução de empresas públicas municipais.

Dentre os temas frequentes discutidos na jurisprudência das desapropriações da última década, esse é o único especificamente relacionado às PPPs, e também o mais debatido nas ações expropriatórias movidas pelos parceiros privados. Por isso passamos a tratá-lo detidamente, com as questões e argumentos envolvidos.

---

<sup>24</sup> Art. 18, XII, da Lei nº 8.987/1995, e art. 11, *caput* da Lei nº 11.079/2004.

<sup>25</sup> Dentre os doutrinadores que mencionam somente essas hipóteses, destacam-se alguns monografistas do tema: CUSTODIO, 2017; SOUZA, 2017; HARADA, 2014.

<sup>26</sup> Vide RIBEIRO, 2014.

### **3.1. A legitimidade ativa da concessionária nas desapropriações arcadas pelo Poder Concedente**

No âmbito da Corte Estadual Paulista, tiveram início em 2011 os debates sobre a legitimidade ativa do delegatário de serviços públicos em ações de desapropriação cujas indenizações seriam pagas pelo ente da Administração Direta titular dos serviços. Naquele ano, a empresa pública SP Obras, da capital, incumbida de realizar as desapropriações dos projetos a ela atribuídos, passou a ajuizar as ações em nome próprio, mas esclarecendo que o pagamento das indenizações permaneceria a cargo da Prefeitura do Município de São Paulo, a cujo patrimônio deveriam ser incorporados os imóveis ao final dos processos.

Parte significativa dos juízes das varas da Fazenda Pública da Capital extinguiram as ações por ilegitimidade ativa da SP Obras<sup>27</sup>. Entendiam, nessas sentenças, que o interesse defendido era da Prefeitura, responsável pelas indenizações e beneficiária dos imóveis, e então a hipótese era de substituição processual, que demandava lei processual autorizadora, de competência da União. Ainda, sustentavam que a SP Obras, que em sua ótica defendia os interesses da Prefeitura, a estava representando judicialmente, o que é vedado pela Lei Orgânica do Município, que reserva à Procuradoria Geral a competência privativa de representação do município<sup>28</sup>.

Tempos depois, no ano de 2014 foram ajuizadas ações de desapropriação para implantação da Linha 6 do Metrô de São Paulo, dessa feita pela Concessionária Move São Paulo, que celebrara contrato de concessão patrocinada com o Governo do Estado paulista<sup>29</sup>. A concessionária esclarecera nas petições iniciais que o contrato da PPP a incumbira de promover as desapropriações, mas atribuíra o dever de pagar as indenizações ao poder concedente, a cujo patrimônio deveriam ser incorporados os imóveis, ao final dos processos.

---

<sup>27</sup> A exemplo das sentenças da 8ª Vara da Fazenda Pública, processo nº 0042771-48.2011.8.26.0053; e da 7ª Vara da Fazenda Pública, processo nº 0043038-20.2011.8.26.0053.

<sup>28</sup> Houve também sentenças, como da 13ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo no processo nº 1028690-72.2014.8.26.0053, e da 12ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo no processo nº 1023926-43.2014.8.26.0053, que consideraram que a Concessionária Move São Paulo, ao ajuizar ação para desapropriação de imóvel cuja indenização seria paga pelo concedente, estaria usurpando função institucional exclusiva da Procuradoria Geral do Estado de representação do estado.

<sup>29</sup> Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=2211>. Acesso em: 29 jun. 2019.

Mais de metade das ações de desapropriação ajuizadas pela Concessionária Move São Paulo para implantação da Linha 6 do Metrô<sup>30</sup> foram extintas em primeira instância, sob as mesmas alegações que constaram nas sentenças de extinção das ações da SP Obras.

As sentenças de extinção das ações de desapropriação da SP Obras e da Move São Paulo por ilegitimidade ativa foram todas reformadas em segunda instância pelo Tribunal de Justiça, cujas Câmaras de Direito Público entenderam, unanimemente<sup>31</sup>, que os argumentos em que se basearam as sentenças então recorridas não se sustentavam<sup>32</sup>. Não tendo havido recursos dos expropriados, a questão não fora levada aos tribunais superiores.

Embora tais discussões ainda estejam mais concentradas no Estado de São Paulo, que concentra as primeiras ações de desapropriação promovidas nesses moldes<sup>33</sup>, a discussão se faz relevante porque os argumentos favoráveis e contrários à legitimidade dos concessionários podem se replicar em outras parcerias público-privadas que adotem esse modelo de delegação das desapropriações.

### **3.1.1. A legitimação ordinária da concessionária nas ações de desapropriação**

---

<sup>30</sup> Mais precisamente 189 das 370 ações ajuizadas, segundo informações colhidas nos próprios processos, de acesso público.

<sup>31</sup> Houve voto vencido, entretanto, do Desembargador Ricardo Dip, da 11ª Câmara de Direito Público, nas Apelações nº 1026910-97.2014.8.26.0053 e 1026799-16.2014.8.26.0013, e do Desembargador Magalhães Coelho, da 7ª Câmara de Direito Público, na Apelação nº 1024177-61.2014.8.26.0053, que entenderam que o delegatário que atua em juízo em nome próprio, mas em desapropriação cuja indenização será paga pelo ente concedente com imóvel incorporado ao patrimônio deste, age na defesa de direito alheio, que configura hipótese de legitimação extraordinária, a reclamar lei exceptiva explícita para a substituição.

<sup>32</sup> A exemplo dos acórdãos: Apelação nº 1028690-72.2014.8.26.0053, 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Ronaldo Andrade, julgado em 10/03/2015; Apelação nº 1026772-33.2014.8.26.0053, 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, julgado em 08/09/2014; Apelação nº 1026938-65.2014.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Heloísa Martins Mimessi, julgado em 10/11/2014; Apelação nº 1026593-02.2014.8.26.0053, 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Leme de Campos, julgado em 01/09/2014; Agravo de Instrumento nº 2038547-27.2013.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Leme de Campos, julgado em 16/12/2013; Apelação nº 1026593-02.2014.8.26.0053, 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Leme de Campos, julgado em 01/09/2014; Apelação nº 1028138-10.2014.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Marcelo L. Theodósio, julgado em 04/11/2014; Apelação nº 1024236-49.2014.8.26.0053, 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Ferraz de Arruda, julgado em 05/11/2014.

<sup>33</sup> O contrato de concessão patrocinada nº 672/2013, celebrado entre a Secretaria de Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo e a Concessionária do Monotrilho da Linha 18 – Bronze, para implantação da linha de monotrilho, também prevê que as ações de desapropriação devem ser promovidas pela concessionária, as indenizações pagas pelo poder concedente e ao seu patrimônio os imóveis serão incorporados. Contrato disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=2206>. Acesso em: 29 jun. 2019. Ocorre que, conforme noticiado na imprensa, as ações de desapropriação ainda não foram ajuizadas por falta de recursos para as indenizações (conforme matéria jornalística disponível em: <https://www.metrocptm.com.br/estado-podera-contrair-ate-r-603-milhoes-de-emprestimos-para-desapropriacoes-da-linha-18-bronze/>. Acesso em: 30 mai. 2019)

As sentenças de primeira instância que extinguíram ações de desapropriação movidas pela Move São Paulo entenderam que a concessionária atuava em nome próprio, mas na defesa de direito alheio, porquanto as indenizações seriam pagas pelo concedente, a quem também reverteriam os imóveis ao final dos processos<sup>34</sup>. Nessa ótica, entenderam os juízes que o caso seria de legitimação extraordinária por substituição processual, disciplinada pelo artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973 (vigente no momento de publicação das sentenças), substituído pelo artigo 18 do Código de Processo Civil atualmente em vigor<sup>35</sup>.

Ocorre que a legitimação extraordinária, conforme disposição do artigo 6º do CPC então vigente, dependia de autorização legal<sup>36</sup>. E enquanto algumas sentenças consideravam que a Lei Federal de Concessões não contemplava essa autorização, porque se aplica aos casos em que a concessionária arcava com as indenizações das desapropriações<sup>37</sup>, outras ressalvam que a autorização deve ser exclusiva de lei processual, de competência exclusiva da União<sup>38</sup>.

Em sua defesa, a Concessionária Move São Paulo alegou que o Estado de São Paulo dispõe de uma lei específica para disciplinar suas PPPs, que autoriza a delegação da promoção de desapropriações ao parceiro privado, independente do ônus das indenizações<sup>39</sup>. No mesmo sentido foi a defesa da SP Obras nas ações de que foi parte, em que sustentou que a lei que dispôs sobre sua criação estabeleceu entre suas finalidades precípua a promoção das desapropriações necessárias ao desenvolvimento dos projetos a seu cargo<sup>40</sup>.

---

<sup>34</sup> Nesse sentido foram as primeiras sentenças dos processos nº 1024311-88.2014.8.26.0053, da 4ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo; 1024083-16.2014.8.26.0053, da 12ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo; 1028690-72.2014.8.26.0053, da 13ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo;

<sup>35</sup> Esses mesmos argumentos foram adotados nas sentenças que extinguíram ações de desapropriação intentadas pela SP Obras, a exemplo das primeiras sentenças do processo nº 0042771-48.2011.8.26.0053, da 8ª Vara da Fazenda Pública; e do processo nº 0043038-20.2011.8.26.0053, da 7ª Vara da Fazenda Pública.

<sup>36</sup> *In verbis*: “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. A redação do art. 18 hoje vigente exige não mais autorização legal, mas do “ordenamento jurídico”.

<sup>37</sup> A exemplo da sentença do processo nº 1028690-72.2014.8.26.0053, da 13ª Vara da Fazenda Pública.

<sup>38</sup> Caso das sentenças dos processos nº 0042846-87.2011.8.26.0053 e 0042840-80.2011.8.26.0053, da 8ª Vara da Fazenda Pública.

<sup>39</sup> Trata-se da Lei Estadual nº 11.688/2004, que em seu artigo 8º estabelece: “§1º - 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 de projetos associados, podendo promover as requisições e as desapropriações diretamente ou mediante outorga de poderes ao contratado.” Outros estados, em suas respectivas leis que regulam as PPPs estaduais, disciplinaram a delegação das desapropriações em termos semelhantes, sem relacioná-las ao ônus das indenizações. São eles: Alagoas (Lei Estadual nº 6.972/2008), Amapá (Lei Estadual nº 921/2005), Maranhão (Lei Estadual nº 10.521/2016), Mato Grosso (Lei Estadual nº 9.641/2011), Mato Grosso do Sul (Lei Estadual nº 4.303/2012), Rio de Janeiro (Lei Estadual nº 5.068/2007), e Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 12.234/2005). O estado do Rio de Janeiro, inclusive, alterou sua Lei de PPPs em 2015 para acrescentar ao dispositivo que previa a atribuição das indenizações das desapropriações ao parceiro privado a ressalva de “eventual compartilhamento de tal risco contratualmente estabelecido” (art. 20, VI).

<sup>40</sup> A saber, Lei Municipal nº 15.056/2009.

Nada obstante, não há que se discutir a autorização legal para substituição processual, porque o caso não é de legitimação extraordinária, mas sim ordinária, em que a concessionária – e também a empresa pública comentada – atua em juízo em nome próprio, e em defesa de interesse igualmente próprio.

Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes<sup>41</sup>, acerca da substituição processual, esclarecem:

Esta consiste na legitimidade de um sujeito para agir em nome próprio mas no interesse alheio (CPC, art. 18, parte final). É como o cidadão agindo em juízo mediante uma *ação popular*. Parte no processo será ele mas os interesses que defende não são seus, senão do ente público alegadamente prejudicado. O cidadão será um substituto processual, e esse ente, substituído (...). A sentença de mérito que julgar procedente a ação do substituto incidirá sobre a esfera de direitos do substituído e não daquele.

Humberto Theodoro Júnior<sup>42</sup>, ao tratar do tema, exemplifica como casos de substituição processual aqueles em que a parte, durante o curso de um processo, aliena o bem litigioso e transfere a outrem o direito defendido em juízo, mas permanece na ação.

Tal não é o que se vê nas ações de desapropriação em análise, especialmente aquelas promovidas por concessionários de PPPs. É que estes celebraram contratos de parceria público-privada, e sua execução é seu direito e seu interesse. Ora, se a desocupação de imóveis privados é condição para a execução dos contratos e dos serviços delegados, então a desapropriação íntegra, indubitavelmente, também sua esfera de interesses próprios.

É a mesma lógica que se aplica quando o parceiro privado promove uma ação de desapropriação cuja indenização é paga por ele, e o imóvel passa a compor seu patrimônio. O interesse maior em questão não é o acréscimo patrimonial ou a redução do valor da indenização, porque se assim o fosse a desapropriação não teria utilidade pública, que é condição *sine qua non* para sua legalidade. O interesse principal da desapropriação pelo concessionário é sempre, e inafastavelmente, o uso do imóvel para a prestação dos serviços concedidos<sup>43</sup>, e para isso não importa quem é o responsável pela indenização ou o patrimônio beneficiário final do bem.

Isso também se aplica, diga-se, às empresas públicas delegatárias de serviços públicos que recebem a incumbência de desapropriar imóveis para a realização de seus objetivos. Esses

---

<sup>41</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 155-156.

<sup>42</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 59 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1, p. 279-280.

<sup>43</sup> Nesse sentido, CARVALHO FILHO, 2018, p. 895.

entes, como a mencionada SP Obras, são criados com a finalidade de prestar serviços de interesse público, serviços esses que, para execução, são condicionados à utilização de imóveis que precisam, para tanto, ser liberados. Daí seu interesse próprio na desapropriação dos bens, independente de quem paga as indenizações ou do patrimônio ao qual é incorporado o imóvel desapropriado.

Trata-se, portanto, de legitimação ordinária, em que a concessionária da PPP – e também a empresa pública nos casos mencionados – atua em nome próprio, e em defesa de direito e de interesse próprio. E nesse sentido são as decisões de segunda instância do Tribunal de Justiça paulista que anularam as sentenças de extinção das ações promovidas pela concessionária da Linha 6<sup>44</sup>, e outras que antes disso reformaram as sentenças contrárias à legitimidade da empresa pública SP Obras<sup>45</sup>.

### **3.1.2. A autorização legal para promoção das desapropriações independente do pagamento das indenizações**

Já foi dito que o Decreto-Lei nº 3.365/1941, expressamente, permitiu a promoção de desapropriações por concessionários de serviço público e por “estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas”, desde que autorizados por lei ou por contrato<sup>46</sup>.

A Lei Geral de Concessões, que disciplina as concessões comuns, como também já se expôs, replicou a permissão de promover desapropriações aos concessionários, entretanto a condicionou à assunção do ônus das indenizações pelo contratado<sup>47</sup>.

Por fim, no âmbito federal, a Lei de Parcerias Público-Privadas não tratou do tema das desapropriações, mas dispôs, de forma geral, que o contrato de PPP deve definir a repartição objetiva de riscos entre as partes<sup>48</sup>, e que poderá prever aporte de recursos do poder concedente em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> Por exemplo, os seguintes acórdãos: Apelação nº 0042840-80.2011.8.26.0053, 5ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Moreira de Carvalho, julgada em 15 de abril de 2015; Apelação Cível nº 1026938-65.2014.8.26.053, 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Heloísa Martins Mimessi, julgado em 10 de novembro de 2014.

<sup>45</sup> De que vale destacar os seguintes acórdãos: Apelação nº 1024180-16.2014.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rubens Rihl, julgado em 17/09/14; Apelação nº 1026910-97.2014.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior, julgado em 02/12/2014; Apelação nº 0043241-79.2011.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Wanderley Federighi, julgado em 03/10/2012.

<sup>46</sup> Art. 3º.

<sup>47</sup> Lei nº 8.987/1995, art. 29, VIII.

<sup>48</sup> Lei nº 11.079/2004, arts. 4º, VI, e 5º, III.

<sup>49</sup> Lei nº 11.079/2004, art. 6º, §2º.

A discussão que se tem entabulado, especialmente no bojo das divergências entre instâncias do Poder Judiciário sobre a legitimidade das concessionárias em contratos de PPPs para promover ações de desapropriação, é se o requisito do artigo 29, VIII da Lei Geral de Concessões se aplica às parcerias público-privadas. Em outras palavras, se tem debatido se o concessionário de uma PPP, ao contrário daquele de uma concessão comum, pode promover ações de desapropriação às expensas do Estado, e para incorporação do bem ao patrimônio do concedente.

O *caput* do artigo 3º da Lei Federal de PPPs estabelece que, “adicionalmente” à própria Lei nº 11.079/2004, se aplicam às concessões administrativas os artigos da Lei nº 8.987/1995 que indica, incluindo o artigo 29, que trata, entre outros pontos, da atribuição do ônus das desapropriações à parte que as promover.

Já o §1º do mesmo artigo 3º da Lei nº 11.079/2004 disciplina que a aplicação da Lei nº 8.987/1995 às concessões patrocinadas é apenas subsidiária. E diferente do tratamento jurídico conferido às concessões administrativas, para as patrocinadas a Lei não relaciona dispositivos específicos da Lei de Concessões que se aplicam, calando, portanto, em relação ao mencionado artigo 29 daquele diploma.

Há quem defenda, no entanto, que a aplicação subsidiária de uma norma abrange todas as regras concernentes a temas que não forem especificamente tratados de forma diversa pela lei principal. E que, diante disso, e da ausência de regulação específica das desapropriações na Lei Federal de PPPs, deve se aplicar às parcerias público-privadas em geral as disposições da Lei Geral de Concessões atinentes ao tema<sup>50</sup>, notadamente seu artigo 29, VIII.

Por outro lado, decisões de segunda instância do Tribunal de Justiça paulista<sup>51</sup> sustentam que o princípio da especialidade, segundo o qual lei especial prevalece sobre a lei geral, determina que às parcerias público-privadas, em conflito de normas, se apliquem as leis específicas que regulam PPPs, em detrimento das leis de concessão federal e estadual.

A questão, a nosso ver, vai além dos pontos abordados pela jurisprudência.

A parceria público-privada foi inserida no ordenamento jurídico nacional por uma lei específica, para dar-lhe contornos jurídicos distintos dos até então existentes. É fato que, como

---

<sup>50</sup> Nesse sentido a sentença proferida pela 6ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo Processo nº 1023906-52.2014.8.26.0053.

<sup>51</sup> Dentre elas: Apelação nº 1024177-61.2014.8.26.0053, 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Designado Des. Eduardo Gouvêa, julgado em 23/02/2015; e Apelação Cível nº 1028706-26.2014.8.26.0053, 9ª Câmara de Direito Público, Relator Des. José Maria Câmara Junior, julgado em 24/09/2014.

define o artigo 2º da Lei das PPPs, as parcerias público-privadas são espécies de concessão, mas com elas não se confundem<sup>52</sup>.

Como lembra Fernando Vernalha Guimarães<sup>53</sup>, as parcerias público-privadas foram concebidas como “um novo modelo de arranjar financeiramente as operações contratuais da Administração”. Seu propósito era dar espaço a uma lógica que incentivasse investimentos privados antecipados e viabilizasse a implementação de empreendimentos, especialmente para alavancar o desenvolvimento de projetos de infraestrutura custosos e complexos.

Essa é a razão do compartilhamento de riscos ser um dos traços definidores da parceria público-privada, em detrimento dos contratos administrativos genéricos ou das concessões comuns. O compartilhamento dos riscos do empreendimento garante às PPPs a maleabilidade necessária para adequar os projetos de acordo com a sua complexidade, e permitir que sejam desenhados de forma a efetivamente atrair investimentos privados, que não se interessariam pelas mesmas propostas se fossem delineadas com as feições dos institutos jurídicos até então existentes. O aporte de recursos públicos nos projetos, previsto no artigo 6º, §2º da Lei das PPPs, tem papel de igualmente relevante na atração de investimentos privados a projetos de grande porte.

O exemplo concreto a Linha 6 – Laranja do Metrô de São Paulo demonstrou na prática a importância do aporte de recursos públicos e do compartilhamento de riscos adequado, para atração de interessados do setor privado. Esse empreendimento de grande porte<sup>54</sup> teve duas licitações anteriores desertas<sup>55</sup>. A primeira versão do edital alocava todos os riscos e ônus das desapropriações ao parceiro privado<sup>56</sup>, e a segunda tentativa compartilhava os riscos entre os

---

<sup>52</sup> Ao comentar o artigo 3º da Lei nº 11.079/2004, Maurício Portugal Ribeiro, que atuou na redação do projeto de lei e nas discussões do governo que levaram à aprovação da Lei das PPPs, conta, em livro publicado em coautoria com Lucas Navarro Prado, que a relação da disciplina das PPPs com as regras da concessão comum foi uma “estratégia político-jurídica elaborada (...) a partir da avaliação de que a forma mais conveniente para corrigir os equívocos e problemas técnicos do projeto de Lei de PPP e apressar sua tramitação era vincular a disciplina das PPPs às regras já vigentes sobre contratos administrativos, e especificamente ao regime dos contratos de concessão de serviço público previstos nas Leis 8.987/1995 e 9.074/1995.” (RIBEIRO e PRADO, 2010, p. 82). A intenção do legislador, portanto, não foi aplicar às PPPs o arcabouço jurídico próprio das concessões, mas sim facilitar a compreensão das parcerias público-privadas, a partir da aproximação com um instituto já conhecido, e com o qual guardava similitudes.

<sup>53</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Parceria Público-Privada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

<sup>54</sup> O contrato de concessão patrocinada foi celebrado pelo valor de R\$ 23.138.729.185,58, conforme cópia disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=2211>. Acesso em 29 jun. 2019.

<sup>55</sup> Como registrou a ata da 58ª Reunião Ordinária do Conselho Gestor do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas do Estado (disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=28497>. Acesso em: 29 jun. 2019).

<sup>56</sup> Como historiam RIBEIRO, 2014, p. 93-94, o Juiz Adriano Laroça, na primeira sentença do processo nº 1023926-43.2014.8.260053, e a juíza Cynthia Thomé na primeira sentença do processo nº 1023906-52.2014.8.26.0053.

parceiros público e privado<sup>57</sup>. Talvez pela proporção que as desapropriações representavam no todo do projeto<sup>58</sup>, em nenhuma das propostas houve interessados, e somente quando o Poder Público assumiu os ônus das desapropriações mediante aporte de recursos, na terceira tentativa, houve concorrência na licitação, e a parceria público-privada foi enfim celebrada<sup>59</sup>.

Isso mostra que os traços característicos das PPPs, notadamente o compartilhamento de riscos e a possibilidade de aporte de recursos, podem ser essenciais para a atratividade e o sucesso do projeto, pelos próprios contornos e dimensões dos empreendimentos aos quais as parcerias público-privadas se destinam.

Não por outro motivo a Lei nº 11.079/2004 enumera expressamente os dispositivos da Lei Geral de Concessões que se aplicam “adicionalmente” às concessões administrativas, e resguarda a aplicação apenas subsidiária de tal diploma às concessões patrocinadas. O objetivo do legislador foi, claramente, permitir a aplicação da Lei nº 8.987/1995 apenas no que não conflitasse com a natureza específica das PPPs e com o delineamento jurídico necessário ao seu desenvolvimento, conferido pela própria Lei das Parcerias Público-Privadas<sup>60</sup>.

Ora, atrelar a promoção das desapropriações ao pagamento das indenizações é agregar à parceria público-privada uma exigência que conflita diretamente com a adaptabilidade que o compartilhamento de riscos e a possibilidade de aporte de recursos públicos objetivam, para garantir maior eficiência e atratividade ao projeto. E essas qualidades, sabe-se, são finalidades definidoras das parcerias público-privadas.

---

<sup>57</sup> Conforme descrito na Ata da 55ª Reunião Ordinária do Conselho Gestor do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas de São Paulo, disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=28496>. Acesso em: 29 jun. 2019

<sup>58</sup> Os aportes para desapropriação foram estimados inicialmente em R\$ 673,6 milhões (conforme cláusula 37.1.2 do contrato disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=2211>. Acesso em 29 jun. 2019), e o CAPEX total do projeto foi orçado em R\$ 12,2 bilhões (conforme informação disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/116>. Acesso em 27 jun. 2019).

<sup>59</sup> Vale ressaltar, entretanto, que o contrato de concessão patrocinada da Linha 6 do Metrô São Paulo – a primeira que se fez conhecer por se utilizar do modelo ora debatido – atribuiu todos os riscos das desapropriações ao poder concedente, ficando o parceiro privado incumbido somente de promover as ações de desapropriação. Em próximos projetos, parece-nos que esse desenho poderia ser aprimorado, a partir da realização de uma avaliação dos imóveis mais detalhada do que aquela oferecida com a licitação, e que, portanto, fosse potencialmente mais próxima da avaliação dos bens posteriormente realizada em juízo. Isso porque, como analisamos nos itens 2.1 e 2.2 deste capítulo, os riscos da variação do valor e da demora das desapropriações não poderiam ser controlados por nenhuma das partes da parceria público-privada, mas poderiam ser mitigados por ambas. Daí que um modelo que conte com uma eficiente redução dos riscos a partir de uma boa avaliação dos imóveis demonstrada na licitação pelo poder concedente, mas que contemple o compartilhamento de riscos com o parceiro privado, especialmente no tocante à demora das desapropriações, poderia ter atratividade, e parece mais próximo da eficiência que as parcerias público-privadas almejam.

<sup>60</sup> Sobre a subsidiariedade da aplicação da Lei de Concessões às concessões patrocinadas, Maurício Ribeiro Portugal e Lucas Navarro Prado ressaltaram: “A relação de subsidiariedade implica que os dispositivos da lei subsidiária figurem como pano de fundo da lei principal. Por outro lado, exclui-se a incidência dos dispositivos previstos na lei subsidiária que forem incompatíveis com a lei principal”. RIBEIRO e PRADO, 2010, p. 83.

Por tudo isso, a vedação de delegar ao parceiro privado a promoção das desapropriações quando não for factível ou vantajoso ao projeto atribuir a ele os ônus das indenizações mostra-se colidente com o modelo jurídico das PPPs fornecido pela Lei nº 11.079/2004. Posto que o conflito de normas é resolvido, nos termos do artigo 3º da Lei de PPPs, com a preponderância desta sobre a Lei nº 8.987/1995, o inciso VIII do artigo 29 da Lei de Concessões não se aplica às parcerias público-privadas.

### 3.2. A incorporação do imóvel nas desapropriações pagas pelo poder concedente

Alguns autores sustentam que, como regra, os bens desapropriados devem integrar o patrimônio do ente público ou privado que promoveu a desapropriação<sup>61</sup>. Em sentido contrário, Luiz Sérgio Fernandes de Souza reconhece que, nas desapropriações realizadas em parcerias público-privadas, sob a égide da Lei Federal nº 11.079/2004, o bem desapropriado em ação promovida pelo concessionário deve integrar o patrimônio do poder concedente<sup>62</sup>.

A questão se resolve a partir da definição de quem paga pela desapropriação, poder concedente ou concessionário.

Como acentua Fernando Vernalha Guimarães,

A concessão de serviço público envolve, necessariamente, a transferência ao concessionário do direito de usar e explorar certos bens públicos (dominicais e não dominicais). Há bens públicos cujos direitos de uso e exploração são transferidos já por ocasião da outorga; outros, que nascem ou são adquiridos a partir da exploração do objeto da concessão pelo concessionário.<sup>63</sup>

Os bens desapropriados pelo poder concedente ou pelo concessionário integram a classe de ativos que devem ser disponibilizados ao parceiro privado para uso e exploração durante o período da concessão, comum ou PPP. O direito de uso dos bens não implica necessariamente, entretanto, a transferência da propriedade ao concessionário, ainda que transitória.

Dessa forma, se a indenização for paga pelo concessionário, é permitido a ele integrar o bem ao seu acervo, ou transferir sua propriedade, *ab initio*, ao poder concedente a quem, de qualquer forma, se reverterá ao final da concessão.

---

<sup>61</sup> Entre eles: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007; e BANDEIRA DE MELLO, 2014.

<sup>62</sup> SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de Souza. Desapropriação de Imóveis. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 8

<sup>63</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de serviço público. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 313.

Por outro lado, se a indenização for paga pelo Poder Público, ainda que a desapropriação seja promovida pelo parceiro privado, o acréscimo do bem ao acervo patrimonial deste constituiria enriquecimento ilícito, que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, especialmente em se tratando de recursos públicos.

Como já dissemos, a utilidade pública do imóvel desapropriado está relacionada à sua necessidade para instalação ou prestação do serviço concedido<sup>64</sup>. Portanto, a declaração que deflagra o processo de desapropriação não tem o fito de propiciar o enriquecimento do concessionário, mas sim permitir a implantação da estrutura necessária à prestação do serviço concedido. Dessa forma, sendo a indenização da desapropriação paga pelo concedente, não há outra destinação legítima que não o patrimônio público.

A Lei das PPPs prevê a aplicação, “no que couber”, do artigo 23 da Lei nº 8.987/1995 às parcerias público-privadas. Tal dispositivo relaciona, entre as cláusulas essenciais do contrato, a relativa aos bens reversíveis. Some-se a isso que o artigo 6º da própria Lei nº 11.079/2004 prevê a aquisição, com recursos aportados pelo poder concedente, de bens que sejam revertidos ao erário no final da concessão administrativa ou patrocinada.

A melhor interpretação dos dispositivos leva a concluir que, se a lei autoriza a aquisição de bens que, ao final do contrato de PPP, sejam revertidos ao patrimônio do poder concedente, não há razão alguma para que esses bens não possam, desde sempre, ser incorporados ao patrimônio da Fazenda, e disponibilizados para uso da concessão.

Diante da autorização legal para aquisição de bens – classe em que se pode incluir a desapropriação mediante pagamento de indenização ao proprietário – com recursos públicos para uso da parceria público-privada e reversão patrimonial ao concedente, ao lado da vedação de acréscimo do patrimônio do concessionário com bens adquiridos com recursos do Poder Público, exsurge o dever de incorporar ao patrimônio do ente titular dos serviços concedidos os bens desapropriados por si ou com indenizações pagas pelo erário.

De outro lado, sendo as indenizações das desapropriações arcadas pelo concessionário, não nos parece haver vedação legal para que os bens sejam incorporados ao patrimônio de qualquer das partes da parceria público-privada.

#### **4. Conclusão**

---

<sup>64</sup> Nesse sentido, CARVALHO FILHO, 2018, p. 895.

O capítulo analisou os principais riscos incidentes nas desapropriações havidas nas parcerias público-privadas, a saber, o risco de variação dos valores de indenizações e o risco de demora do processo de desapropriação dos imóveis necessários à instalação ou prestação dos serviços concedidos. Concluímos, ao final, que o compartilhamento desses riscos é o modelo mais adequado, porquanto poder concedente e concessionário têm, ambos, condições para mitigar tais fatores, embora não possam integralmente controlá-los ou evitá-los.

Ainda, o capítulo tratou das possibilidades de promoção das desapropriações, e se debruçou com mais detença sobre a hipótese mais controvertida na jurisprudência, qual seja, aquela em que o parceiro privado promove a desapropriação, mas o concedente paga pelas indenizações aos expropriados. Após análise das principais questões atinentes, concluímos pela legitimidade ordinária do concessionário para promover tais desapropriações, e pela legalidade da incorporação do imóvel ao patrimônio do concedente, quando este for responsável pelas indenizações cabíveis.

#### **Referências bibliográficas**

ANDRADE, Leticia Queiroz de. Desapropriações de bens públicos: à luz do princípio federativo. 1. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 31. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 32. ed., São Paulo: Atlas, 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à lei da desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CUSTODIO, Vinícius Monte. Um Novo Olhar sobre as Desapropriações no Direito Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. Manual prático das desapropriações: aspectos públicos, privados e processuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

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

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de serviço público. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

HARADA, Kiyoshi. Desapropriação: doutrina e prática. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal, SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: reflexões iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal, SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.) Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas: revisitando o risco nos contratos de delegação. In: SOUZA, Mariana Campos de (coord.) Parceria Público-Privada. São Paulo: Quartier Latin, 2008

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Teoria e prática da desapropriação. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. Revista do BNDES. Rio de Janeiro, v. 13, nº 25, p. 155-182, jun. 2006.

RIBEIRO, Maurício Portugal, PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

RIBEIRO, Maurício Portugal; et al. 20 Anos da Lei de Concessões, 10 Anos da Lei de PPPs: viabilizando a implantação e melhoria de infraestruturas para o desenvolvimento econômico social. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/ebook/arquivo/5A5F014503#@5541065E0003050C#@PDF>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

SALLES, José Carlos de Moraes. A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Desapropriação de Imóveis. In: NUNES Jr., Vidal Serrano, et al. (coord.) Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II: direito administrativo e constitucional, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 59 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1.

ZANCHIM, Kleber Luiz. Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): Risco e Incerteza. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.