

A ANÁLISE DOS EFEITOS PRÁTICOS DA SUB-ROGAÇÃO DO DIREITO AO USUFRUTO NA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DESAPROPRIAÇÃO

Danilo César Siviero Ripoli¹ & Simone Cristina Ceron Ripoli²

Resumo

O presente artigo procurou analisar, a partir de um levantamento bibliográfico, os efeitos práticos da sub-rogação do direito ao usufruto na indenização decorrente de desapropriação. O assunto é de grande importância no campo científico, principalmente para auxiliar advogados, juízes, membros do Ministério Público e outros profissionais do Direito quanto à sub-rogação tratada no art. 31 do Decreto-Lei nº. 3.365/41 e art. 1.409 do Código Civil, considerando que embora o texto legislativo seja claro em determinar que em caso de desapropriação de bem gravado de usufruto, este direito se sub-rogará no preço da justa indenização a ser paga pelo desapropriante, no entanto, não especificou como se dará tal sub-rogação no campo prático. Foram discutidas as seguintes possibilidades para implementação de tal sub-rogação: a) uma parte da indenização paga pela desapropriação deve ser concedida ao usufrutuário; b) o valor da indenização deve ser repassado ao usufrutuário, que terá direito aos frutos provenientes da indenização e c) com o valor da indenização deve ser adquirido um bem semelhante ao desapropriado na qual será gravado com as cláusulas de usufruto em favor do

¹ Prof. Me. Danilo César Siviero Ripoli. Procurador do Município de Sabino-SP. Professor do Unisalesiano Lins. danilo@unisalesiano.edu.br

² Simone Cristina Ceron Ripoli. Graduada em Direito e Administração. Advogada. sicceron@hotmail.com

usufrutuário. Para tanto, no artigo foram tratados de forma preliminar, alguns conceitos básicos sobre os dois institutos em questão, ou seja, usufruto e desapropriação, cujas compreensões serão necessárias para o entendimento da questão realmente posta em discussão.

INTRODUÇÃO

O presente artigo teve o propósito de realizar o levantamento bibliográfico sobre a existência de uma celeuma quanto aos efeitos práticos da sub-rogação do direito ao usufruto prevista nos art. 31 do Decreto-Lei nº. 3.365/41 e art. 1.409 do Código Civil, ou seja, quanto ao direito do usufrutuário cujo bem foi desapropriado.

O usufruto trata-se de expediente jurídico recorrente no cotidiano brasileiro, principalmente nas relações familiares, com função muitas das vezes de assegurar a subsistência do usufrutuário, onde se concede o uso e gozo de um bem. Quem nunca soube de certa situação de que os pais, já na velhice, doaram imóvel aos filhos e reservaram o usufruto vitalício para a sua residência e/ou sobrevivência?

Por outro lado, a desapropriação de bens pela Administração Pública e pelas empresas que detém concessões públicas também é ação muito utilizada em nosso país, para que possam atingir o interesse público.

Ocorre que em muitos casos, o bem desapropriado está gravado com o usufruto. Neste ponto, a legislação vigente é clara que o direito ao usufruto não se extingue com a desapropriação, mas se sub-roga no preço da indenização a ser paga.

Inicialmente foram destacados os atributos do direito de propriedade, o usufruto como um dos direitos reais de gozo, ocasião em que foi dado o conceito de tal instituto civilista e a sua previsão legislativa dentro do Código Civil.

Em seguida, o trabalho trata do que pode ser objeto de usufruto e suas espécies. Nesta seara foram tratados os direitos e deveres do usufrutuário, bem como a extinção do usufruto.

No campo da desapropriação, o artigo traz o seu conceito, a previsão constitucional e os pressupostos constitucionais para que transferência

do bem ocorra. Relativamente à desapropriação, o artigo tratou da indenização a ser paga pela realização da desapropriação, ressaltando suas características, conforme previsão expressa no texto constitucional.

Para finalizar os estudos, foi realizado um levantamento bibliográfico sobre os aspectos práticos de tal sub-rogação, já que não existe um posicionamento uníssono como a mesma se dará, o que poder causar certo prejuízo ao usufrutuário que tem no usufruto, muito das vezes, garantia de subsistência.

O USUFRUTO

Conceito

O art. 1.228 do Código Civil (BRASIL, 2002) enuncia que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. O proprietário pode dispor da coisa, tendo apenas que se sujeitar as limitações de interesse da coletividade.

Poderá haver situações em que o proprietário não concentra todos os atributos da propriedade previstos no dispositivo legal acima. É o caso dos direitos reais de gozo e fruição, que segundo os ensinamentos de Tartuce (2017), “como o próprio nome indica, transmitem-se a outrem os atributos de gozar ou fruir a coisa, com maior ou menor amplitude”.

Os direitos reais de gozo ou fruição estão enumerados no art. 1.225 do Código Civil (BRASIL, 2002): a) a superfície (inciso II); b) as servidões (inciso III); c) o usufruto (inciso IV); d) o uso (inciso V); e) a habitação (inciso VI); f) a concessão de uso especial para fins de moradia (inciso XI) e g) a concessão de direito real de uso (inciso XII).

No presente artigo, interessa estudar o usufruto, que segundo lições de Fábio Ulhoa Coelho (2013) “é o direito real que transfere à titularidade de uma pessoa (usufrutuário) o direito de possuir, usar e fruir coisa de propriedade de outra (proprietário ou nu-proprietário)”.

A propósito, na divisão de atributos da coisa entre usufrutuário e nu-proprietário, ensina a doutrina de forma didática:

Como primeira parte, há o usufrutuário que, como o próprio nome já diz, tem os atributos de usar (ou utilizar) e fruir (ou gozar) a coisa – GU. Repise-se que esses são os atributos diretos, que formam o domínio útil. Diante do fracionamento dos atributos da propriedade, o usufrutuário mantém a posse direta sobre o bem, tendo o contato corpóreo imediato.

A outra parte é o nu-proprietário, que tem os atributos de reivindicar (ou buscar) e dispor (ou alienar) a coisa – RD. É assim chamado justamente por estar despido dos atributos diretos, relativos ao domínio útil, que estão com o usufrutuário. Tem a posse indireta ou imediata da coisa, diante do exercício do direito real (TARTUCE, 2017).

Dessa forma, alguns poderes sobre a propriedade pertinentes ao proprietário são transferidos para o usufrutuário. Do proprietário é retirado o direito de perceber os frutos e utilidades, porém não perde seu direito de proprietário (DINIZ, 2010).

Assim, na sua relação com o bem, o usufrutuário poderá transformá-lo e retirar os frutos que ele produzir, suas utilidades, mas nunca terá o direito de propriedade. Nas palavras de Gonçalves (2017), “o usufruto é o direito real de retirar da coisa alheia durante um certo período de tempo, mais ou menos longo, as utilidades e proveitos que ela encerra, sem alterar-lhe a substância ou mudar-lhe o destino”.

Por derradeiro, vale destacar que embora haja semelhanças entre o usufruto e a locação, ambos não se confundem já que o usufruto é direito real e a locação, contrato. Ademais, acrescenta-se que:

o primeiro gera efeitos *erga omnes*, o segundo efeito *inter partes*, em regra. O usufruto é extinto com a morte do usufrutuário, o que não ocorre na locação, em regra, no caso de falecimento do locatário. Por fim, o usufruto pode ser gratuito ou oneroso; a locação é sempre onerosa (TARTUCE, 2017).

O objeto do usufruto

O usufruto como sendo o direito da pessoa fruir das utilidades e dos frutos de uma coisa, tem como objeto bens móveis ou imóveis, fungível ou infungível.

Dispõe o artigo 1.390 do Código Civil (BRASIL, 2002) que “o usufruto pode recair em um ou mais bens móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe no todo ou em parte, os frutos e utilidades”.

Neste particular, leciona Gonçalves (2017):

O usufruto tem, assim, um campo de incidência bastante amplo, recaindo sobre bens móveis ou imóveis individualmente considerados, sejam corpóreos ou incorpóreos, seja um patrimônio todo inteiro ou parte dele, abrangendo-lhe no todo ou em parte os frutos e utilidades.

(...).

Desse modo, se se trata de imóvel agrícola, o usufruto abrange, além da sede, lavoura, animais, pertencas etc.; se se cuida de imóvel residencial, o usufrutuário tem direito a desfrutar amplamente de todas as suas utilidades, como quintal, jardim, piscina, churrasqueira etc. Alcança, enfim, o que lhe é integrante e o que, por disposição da lei e vontade do proprietário, é acessório.

Segundo ensina Fábio Ulhoa Coelho (2013) os títulos de crédito, ou qualquer outro direito que tenham a natureza de bens móveis também podem ser usufruídos, ficando o usufrutuário com os rendimentos e o principal com a devida correção com o proprietário.

Quanto ao usufruto de imóveis, enuncia o art. 1.391 do Código Civil (BRASIL, 2002) que este dependerá de registro no Cartório de Registro de Imóveis quando não resultar de usucapião.

Espécies de usufruto

As espécies de usufruto são classificadas quanto à origem ou modo de constituição; quanto à duração; quanto ao objeto e quanto à extensão.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2017), o usufruto quanto à origem poderá ser legal quando for instituído por lei, ou convencional quando resultar de um negócio jurídico. No caso do convencional, o usufruto pode ser constituído de formal bilateral e *inter vivos*, a exemplo do contrato, geralmente em forma de doação, como também unilateral e *causa mortis*, a exemplo do usufruto instituído através de testamento.

Quanto a sua duração pode ser temporário, isto é, com prazo de duração certo, extinguindo-se o direito quando se consuma o termo ou vitalício que terá sua vigência até a morte do usufrutuário (GONÇALVES, 2017). Geralmente, o direito é vitalício.

Com relação ao objeto divide-se em próprio que recai sobre coisa infungível e o impróprio que recaem sobre bens consumíveis ou fungíveis, devendo o usufrutuário restituir ao proprietário, coisa do mesmo gênero, quantidade e qualidade (LISBOA, 2013).

Quanto a sua extensão pode ser universal e particular, pleno e restrito:

Universal é o usufruto que recai sobre uma universalidade de bens, como a herança, o patrimônio, o fundo de comércio, ou parte alíquota desses valores; particular é o que incide sobre determinado objeto, como uma casa, uma fazenda etc.

Pleno é o usufruto que compreende todos os frutos e utilidades que a coisa produz, sem exclusão de nenhum; restrito é o que

restringe o gozo da coisa a alguma de suas utilidades (GONÇALVES, 2017).

Direitos do usufrutuário

O usufrutuário detém direitos e deveres que em regra estão expressos no ato que instituiu o usufruto.

Dispõe o artigo 1.394 do Código Civil (BRASIL, 2002) que o usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos. Constituem o mínimo dos direitos assegurados ao usufrutuário, nada impedindo que no ato constitutivo do usufruto, os direitos sejam ampliados (GONÇALVES, 2017).

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2010) ensina que “o usufrutuário tem por um determinado período o direito de perceber a utilidade e frutos do bem alheio, bem como o uso e gozo da coisa, ficando o proprietário somente com a nua propriedade”.

Considerando que sua o usufrutuário detém a posse direta do bem, pode ser valer dos interditos possessórios (manutenção e reintegração) e interdito proibitório, seja para defendê-la ou recuperá-la (NADER, 2016).

O uso e gozo da coisa devem ser entendidos como toda espécie de fruição. No entanto, afirma Caio Mário da Silva Pereira (2017) que “deve ser fundamentalmente perquirida no título, que será respeitado, no que contiver de abrangente ou de restritivo”.

No que concerne ao direito de administração do bem, o usufrutuário não tem o direito de exercer atos jurídicos ligados à disposição do objeto (SILVA, 2017). Pode o usufrutuário quanto ao bem, arrendá-lo, habitá-lo, emprestá-lo e cultivá-lo (GONÇALVES, 2017).

O usufrutuário poderá gozar da coisa, colher ou perceber os frutos naturais ou civis, a partir do início do usufruto.

Segundo o artigo 1.396 do Código Civil, salvo direito adquirido por outrem, os frutos naturais pendentes ao tempo do início do usufruto poderá ser colhido pelo usufrutuário sem precisar pagar ao proprietário. No término do usufruto, os frutos pendentes serão do proprietário (ULHOA, 2013).

Frutos naturais “são os que desenvolvem e se renovam periodicamente, em virtude da força orgânica da própria natureza, como as frutas das árvores, os vegetais, as crias dos animais etc” (GONÇALVES, 2017). Como exemplos de frutos civis, podem ser dados os alugueis e os juros, pois são rendimentos produzidos pelo bem, em virtude de sua utilização por pessoa que não seja o proprietário (GONÇALVES, 2017).

Dos deveres do usufrutuário

Os deveres do usufrutuário são regulados pelos artigos 1.400 a 1.409 do Código Civil (BRASIL, 2002) e podem ser anteriores, simultâneas e posteriores ao usufruto.

O art. 1.400 do Código Civil (BRASIL, 2002) dispõe como obrigações anteriores ao usufruto, inventariar os bens que receber, discriminando o estado em que o bem se encontram, bem como dar caução de lhes velar pela conservação e entregá-los findo o usufruto.

O inventário permite ao final do usufruto que seja verificado se o que foi recebido está sendo restituído. A caução não é obrigatória, somente se o proprietário exigir e tem como finalidade garantir a restituição do objeto do usufruto, bem como, eventuais perdas e danos em decorrência do gozo abusivo pelo usufrutuário (GONÇALVES, 2017).

As obrigações simultâneas são aquelas que deverão ser observadas durante o usufruto: conservar a coisa, fazer reparações ordinárias e pagar certas contribuições.

Segundo disposto no art. 1.402 do Código Civil (BRASIL, 2002), o usufrutuário não é obrigado a pagar as deteriorações resultantes do exercício regular do usufruto.

Maria Helena Diniz (2010) acrescenta aos deveres, gozar da coisa frutuária, com moderação; conservar a destinação que lhe deu o proprietário; definir a coisa usufruída; evitar o perecimento de servidões ativas e obstar que se criem servidões passivas e abster-se de tudo que possa danificar o bem frutuário.

Como obrigações posteriores, ou seja, aquelas em consequência da extinção do usufruto citam-se restituir o bem usufruído, no estado em que consta no inventário feito como obrigação anterior e pagar os juros dos débitos que onerem o patrimônio ou parte dele (DINIZ, 2010).

Extinção do usufruto

Sendo o usufruto um direito real sobre a coisa alheia por determinado tempo, o Código Civil (BRASIL, 2002) elenca no seu artigo 1.410 os modos de extinção de tal direito.

A primeira forma de extinção se dá pela renúncia ou morte do usufrutuário. Se o usufrutuário venha a falecer antes do vencimento do prazo do usufruto, esse não passa para os herdeiros, extingue-se (VENOSA, 2013). Se forem mais de um usufrutuário, o usufruto extingue-se somente em relação ao que faleceu observado o disposto na parte final do art. 1.411 do Código Civil (BRASIL, 2002). Vale lembrar que não há sucessão em usufruto (GONÇALVES, 2017).

Se o usufrutuário for pessoa jurídica, o prazo de duração é de até trinta anos (art. 1.410, III do Código Civil). Se a pessoa jurídica for extinta antes do término do prazo fixado, o usufruto também se extingue.

O artigo 1.410, II da legislação civilista (BRASIL, 2002), estabelece que a duração do usufruto possa ser determinada no seu ato constitutivo, passado esse período o usufruto se extinguirá.

Outra forma de extinção é pela cessação do motivo de que se origina (art. 1.410, IV do Código Civil), que pode ser “pio, moral, artístico, científico etc” (GONÇALVES, 2017).

Quando a coisa não sendo fungível for destruída, haverá a extinção do usufruto, conforme preceitua o inciso V do art. 1.410 do Código Civil (BRASIL, 2002), pois se não tem mais a coisa, também não haverá usufruto. Se a destruição for parcial e o bem perder suas utilidades, não sendo útil ao que se destina, o usufruto também será extinto (DINIZ, 2010).

Extingue-se o usufruto também quando as qualidades de usufrutuário e proprietário estão na mesma pessoa, como por exemplo, o usufrutuário adquire a coisa (GONÇALVES, 2017).

O inciso VII do art. 1.410 do Código Civil (BRASIL, 2002) enuncia que ocorre a extinção do usufruto por culpa do usufrutuário, que não cumpre o seu dever de cuidar do bem.

O usufruto também se extingue quando o usufrutuário não utiliza ou não frui a coisa, ou pelo abandono (art. 1.410, VIII).

A desapropriação não é modo de extinção do usufruto, já que o direito do usufrutuário se sub-roga no preço (art. 1.409). Tal questão será tratada em momento próprio.

A DESAPROPRIAÇÃO

Conceito e noções gerais

Entre as garantias trazidas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) está o direito de propriedade (art. 5º, XXII), dando ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Entretanto, esta garantia vem sofrendo limitações ao longo do tempo, sendo cada vez maior a necessidade de restringir a liberdade individual em detrimento da coletividade.

Uma das formas de limitação dessa liberdade é a retirada da propriedade através da desapropriação. A própria Constituição Federal (art. 5º, XXIV) outorgou ao Estado o direito de intervir na propriedade, desapropriando-a, desde que motivada na necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos no próprio texto constitucional.

Para o doutrinador José Carlos de Moraes Salles (2002), “desapropriar é privar alguém de sua propriedade”. Segundo Nakamura (2013), o conceito de desapropriação revela como sendo “o procedimento pelo qual o Poder Público ou legitimado pela lei retira um bem da propriedade de alguém mediante o pagamento de justa e prévia indenização, desde que presentes a necessidade pública, utilidade pública ou interesse social”.

O Decreto-Lei nº. 3.365/41 (BRASIL, 1941) que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, revela que todos os bens podem ser desapropriados, ou seja, coisas móveis e imóveis, corpóreas e incorpóreas, públicas ou privadas, incluindo o espaço aéreo e o subsolo. Neste ponto, Harada (2005) ensina que podem ser desapropriados, desde que necessários para atingir uma finalidade de interesse público, “os bens móveis e imóveis, os direitos autorais (aspecto patrimonial), os privilégios de invenção, os

semoventes, as ações de sociedades anônimas, os arquivos e documentos de valor artístico ou histórico”.

Os bens passíveis de desapropriação segundo artigo 2º do Decreto-Lei nº. 3.365/41 (BRASIL, 1941), são aqueles que visam a atender a utilidade pública, não podendo esquecer os que atendam a necessidade pública e o interesse social.

A desapropriação é um ato motivado pela necessidade pública, na utilidade pública ou no interesse social em que o Estado obriga o proprietário do bem a transferi-lo mediante pagamento de indenização (CRETELLA JÚNIOR, 1998).

Para a execução de obras e serviços públicos, muita das vezes o Poder Público se vê obrigado a adquirir bens privados ou mesmo público de entidade de grau inferior, utilizando, desta maneira, da desapropriação, como instrumento capaz de realizar a transferência compulsória da propriedade para o Poder Público.

A competência para declarar a necessidade pública, utilidade pública ou interesse social é da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e territórios, conforme artigo 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41 (BRASIL, 1941).

Contudo a regra do artigo acima é excepcionada pelo fato de também poder declarar os pressupostos da desapropriação a ANEEL – Agencia Nacional de Energia Elétrica e o DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes.

Conforme artigo 10 da Lei nº. 9.074/95 (BRASIL, 1995), a ANEEL – Agencia Nacional de Energia Elétrica, pode declarar utilidade pública, necessidade pública e interesse social para desapropriação de áreas necessárias a instalação de concessionários e permissionários de energia elétrica. No mesmo sentido, ao DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes o artigo 82, IX da Lei nº. 10.233/2001 (BRASIL, 2001) deu a

competência para declarar a utilidade pública de bens e propriedades a serem desapropriados para implantação do Sistema Federal de Viação.

Por outro lado, a competência para executar os atos que transformarão a propriedade privada em um bem público, de acordo o artigo 3º do Decreto-Lei nº. 3.365/41 (BRASIL, 1941) será dos entes federativos, dos concessionários de serviço público, dos estabelecimentos de caráter público e dos entes da administração indireta que possuem interesse na transferência da propriedade do bem. A propósito, exemplifica Harada (2005) que no âmbito do Governo do Estado de São Paulo podem executar a desapropriação, entre outras, as entidades do Metrô, Sabesp, CDHU etc.

A desapropriação é um modo originário de aquisição de propriedade, não guardando qualquer vínculo com o título anterior. Não há sucessões de proprietários e não se filia à legitimidade de títulos anteriores, não se considera vícios anteriores da propriedade porque não existe titular anterior (NAKAMURA, 2013).

Pressupostos constitucionais da desapropriação

São pressupostos constitucionais da desapropriação, previstos no artigo 5º, XXIV da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a necessidade pública, utilidade pública e o interesse social, sendo legítima a sua realização somente quando presentes tais pressupostos.

Esses pressupostos foram diferenciados com maestria por José Carlos de Moraes Salles, que dedicou uma obra à respeito do tema da desapropriação (2000):

a necessidade pública surge quando a Administração pública se depara com situações de emergência, que para serem sanadas exigem a transferência da propriedade de terceiros para seu

domínio tendo seu uso imediato. A utilidade pública ocorre quando a transferência do bem é conveniente e vantajosa ao interesse da coletividade. O interesse social é motivado pela destinação da propriedade para soluções sociais.

Os casos de necessidade pública para fins de desapropriação estão previstos no Decreto-lei nº. 3.365/41 (BRASIL, 1941), a exemplo da segurança nacional, defesa do Estado e socorro público (art. 5º, a, b e c), não obstante estarem indicados no texto legal como sendo casos de utilidade pública.

No que se refere ao pressuposto da utilidade pública “existe quando a utilização da propriedade privada é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui imperativo irremovível” (SALLES, 2000).

A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social (art. 1º da Lei nº. 4.132/62). Ensina Alexandre Mazza (2014) que “são fundadas no interesse social as desapropriações para política urbana (art. 184, § 4º, III, da CF) e para reforma agrária (art. 184 da CF), sendo que a indenização não é paga em dinheiro, mas em títulos públicos”.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) confere a cada um dos entes da Federação a incumbência de definir a função social da propriedade urbana, sendo que tudo dependerá dos problemas e necessidades de cada ente, que variam de um para o outro (HARADA, 2005).

Cumpra a função social a propriedade rural que tiver aproveitamento racional e adequado, preservar o meio ambiente, realizar o uso adequado dos recursos naturais, observar as leis do trabalho, explorar de forma a favorecer o bem-estar dos proprietários e trabalhadores (CF, art. 186, I a IV).

Para melhor entender a função social da propriedade necessário se faz transcrever os ensinamentos de Nakamura (2013):

além da colocação do bem para a produção de riquezas para seus proprietários, exige-se, ainda, que seu uso tenha como objetivo a justiça social, isto é, uma sociedade mais justa e igualitária, sendo a propriedade uma oportunidade de ampliação das oportunidades de todos, realizando o desenvolvimento nacional e redução das desigualdades.

A indenização a ser paga em decorrência da desapropriação

O texto constitucional (art. 5º, XXIV) garantiu que a desapropriação se dará mediante o pagamento prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na própria Constituição Federal. As únicas formas de desapropriação sem qualquer tipo de indenização é aquela de terras onde se localizam as culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo (art. 243 da Constituição Federal).

Com a desapropriação, é necessário que o patrimônio do proprietário seja recomposto com a garantia que corresponda ao que lhe foi retirado. Nem mais e nem menos, para que a desapropriação não seja instrumento de enriquecimento e nem de empobrecimento tanto do proprietário ou de quem está promovendo a desapropriação (SALLES, 2000).

Para Di Pietro (2011), “a indenização é exigência que se impõe como forma de buscar o equilíbrio entre o interesse público e privado”.

Como já dito, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) confere ao Estado o direito de desapropriar, estabelecendo como condição para a desapropriação o pagamento da indenização prévia e justa.

Estabelecer que o pagamento seja justo e prévio tem como finalidade garantir ao indivíduo o seu direito de propriedade contra todos do poder público (NAKAMURA, 2013).

A indenização prévia “significa que deve ser ultimada antes da consumação da transferência do bem” (CARVALHO FILHO, 2017). Segundo o

Procurador do Estado Nakamura (2013), “a previedade é em relação à transcrição do título e em relação ao mandado de imissão, provisória ou definitiva, que o juiz não deve expedir antes de efetivado o pagamento ou depositada a quantia” e “resulta da necessidade de repor o patrimônio do expropriado antes da perda definitiva da propriedade, como forma de evitar que o cidadão fique por algum lapso temporal privado da propriedade e da indenização” (NAKAMURA, 2013).

O conceito de indenização justa foi bem delineado por Hely Lopes Meirelles (2002):

A indenização justa é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio. Se o bem produzia renda, essa renda há de ser computada no preço, porque não será justa a indenização que deixe qualquer desfalque na economia do expropriado. Tudo que compunha seu patrimônio e integrava sua receita há de ser repostado em pecúnia no momento da indenização; (...). A justa indenização inclui, portanto, o valor do bem, suas rendas, danos emergentes e lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogado e correção monetária.

Efetuada o pagamento da indenização, será expedido em favor do expropriante o mandado de imissão de posse.

Por final, vale lembrar que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) admite duas modalidades de desapropriações onde o pagamento não será prévio e em dinheiro. A primeira modalidade, trata-se da desapropriação urbanística sancionatória que mediante lei específica pode exigir do proprietário de solo em área incluída no Plano Diretor promova seu adequado aproveitamento, sob pena de desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos (art. 182, §4º, III). A segunda está na desapropriação sanção, nos casos de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, com pagamento mediante

títulos da dívida agrária, podendo ser resgatados em até vinte anos, e somente a partir do segundo ano de sua emissão (art. 184).

A DESAPROPRIAÇÃO DE BEM ONERADO POR USUFRUTO

O objeto do presente artigo é estudar a solução a ser dada ao direito do usufrutuário em caso de desapropriação de bem onerado por usufruto. Verifica-se que na doutrina e na jurisprudência, não há um consenso à respeito.

Primeiro ponto que deve ser considerado, que a desapropriação de bem em tal situação, ou seja, onerado pelo usufruto, não é causa de extinção de usufruto. Por força do art. 31 do Decreto-Lei nº. 3.365/41 (BRASIL, 1941) e art. 1.409 do Código Civil (BRASIL, 2002) fica sub-rogada no ônus do usufruto, em lugar do prédio, a indenização a ser paga, se ele for desapropriado. Portanto, o direito de usufruto fica sub-rogado na indenização a ser paga, liberando o bem desapropriado de tal ônus.

Como já dito, não há um consenso na doutrina e jurisprudência, de como ficará a situação do usufrutuário, ou como dito por Salles (2002), “como se darão, na prática, os efeitos dessa sub-rogação”. Antecipando as soluções existentes, verificam-se os seguintes posicionamentos: a) uma parte da indenização paga pela desapropriação deve ser concedida ao usufrutuário; b) o valor da indenização deve ser repassado ao usufrutuário, que terá direito aos frutos provenientes da indenização e c) com o valor da indenização deve ser adquirido um bem semelhante ao desapropriado na qual será gravado com as cláusulas de usufruto em favor do usufrutuário original.

Analisando a doutrina, é primordial trazer à baila os ensinamentos de Salles (2002) que praticamente resume os entendimentos doutrinários existentes:

Ora, se o direito de usufruto persiste, como deverá ser exercitado, na prática?

Seabra Fagundes entende que o nu-proprietário e o usufrutuário exercem, ambos, os seus direitos sobre a indenização: o primeiro é o dono da quantia e o segundo percebe os rendimentos.

Caio Mário da Silva Pereira, citando a lição de Planiol, Ripert e Boulanger, defende entendimento semelhante, acrescentando, apenas, que o usufrutuário há de prestar caução ao nu-proprietário. São suas as palavras: “Ocorrendo a desapropriação da coisa usufruída, entendem alguns que o preço deve ser entregue ao usufrutuário para que frua os rendimentos pelo tempo do seu direito, sujeito todavia a dar ao nu-proprietário caução que lhe garanta a restituição”.

Sem embargo da solução proposta por aqueles eminentes juristas, que reconhecemos viável, parece-nos que melhor seria atendida a situação do usufrutuário e do nu-proprietário se a lei houvesse previsto o emprego da indenização, decorrente da expropriação, na aquisição de outro bem, semelhante ao expropriado e do mesmo valor, para o qual seriam transferidos os direitos de usufrutos afetados pela desapropriação. De *lege ferenda*, parece-nos que essa será a solução mais consentânea com os interesses em jogo em tais situações.

Todavia, apesar do silêncio da lei, não vemos impedimento a uma composição amigável entre nu-proprietário e usufrutuário, objetivando a aquisição de novo bem, sobre o qual incidirão os direitos do usufruto atingindo pela desapropriação.

Reconhecemos, entretanto, a insuficiência dessa solução para a generalidade dos casos, uma vez que situações ocorrem em que a expropriação é parcial, não permitindo a aplicação do critério acima preconizado. Nessas hipóteses, mais adequada será a solução sugerida por Seabra Fagundes e Caio Mário da Silva Pereira.

Cretella Júnior (1998) em brilhante obra sobre o Decreto-Lei nº. 3.365/41 não trouxe soluções práticas à par da sub-rogação do direito do usufrutuário na indenização, pois “em caso de desapropriação, o nu-proprietário e o usufrutuário exercem um direito sobre a indenização global, porque assim dispõe o Código Civil de 1916-1917 (art. 738), em consonância com o que preceitua a Lei das Desapropriações”.

O administrativista Carvalho Filho (2017) leciona que a melhor solução é a divisão da indenização entre nu-proprietário e usufrutuário:

No que se refere ao usufruto, direito também real sobre a coisa alheia, previsto no art. 1.390 do Código Civil, há discrepância quanto à solução a ser adotada, por não ter a lei contemplado disciplina a respeito. Tendo em vista que o usufruto não se extingue pela desapropriação, mas apenas altera o objeto de incidência, passando do bem desapropriado para o valor da indenização, alguns autores advogam o entendimento de que proprietário e usufrutuário exercem conjuntamente seus direitos: aquele é o dono do montante indenizatório, ao passo que este percebe os rendimentos oriundos do referido montante. Outros sustentam que a lei deveria ter previsto que, com a indenização, fosse adquirido outro bem, semelhante ao expropriado, transferindo-se para ele os direitos de usufruto afetados pela desapropriação. A melhor solução, todavia, parece ser aquela oriunda de ajuste, se possível, entre o proprietário e o usufrutuário, em que o primeiro destinasse ao segundo parte da indenização como compensação pela desapropriação do bem sobre o qual incidia o direito real.

No campo jurisprudencial, foi verificado que grande parte do entendimento caminha no sentido da divisão da indenização a ser paga, conforme se vislumbra, a exemplo da primeira ementa colacionada. No entanto, nos termos da segunda ementa, encontra-se solução diversa, onde o relator entendeu que o usufrutuário teria direito aos frutos da vantagem econômica:

DESAPROPRIAÇÃO. Indenização deve ser justa (Art. 5º, XXIV, da CF). Valor apurado pelo perito adequado e justo. Não restou configurado evento capaz de gerar danos morais passíveis de indenização. Repartição adequada do valor indenizatório entre os proprietários e a usufrutuária vitalícia. Extinção do usufruto que não ocorre com a desapropriação. Recebimento de parte da indenização que configura esgotamento do direito real, eis que sub-rogado no quantum indenizatório. Sentença mantida. RECURSOS DESPROVIDOS. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 0001962-34.2011.8.26.0047; Relator (a): Isabel Cogan; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Assis - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/05/2015; Data de Registro: 06/05/2015)

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. Usufrutuário que possui direito aos frutos decorrentes de eventual indenização do bem expropriado. Sistema jurídico anterior e atual que acolhe esse direito à subrogação (art. 738, do Código Civil de 1916; art. 1.409, do Código Civil de 2002; e art. 31, do Decreto-Lei nº 3.365/41). Legitimidade ativa do usufrutuário que se mostra hígida no caso, cumprindo, então, afastar a extinção da ação sem resolução do mérito e, em razão da causa não se encontrar madura (art. 515, par. 3º, do CPC), determinar o regresso dos autos à origem para o seu respectivo prosseguimento Prescrição vintenária não constada - Anulação da r. sentença Recurso do usufrutuário-expropriante provido para este fim. (TJSP; Apelação 0019670-16.2009.8.26.0032; Relator (a): Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Araçatuba - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/12/2013; Data de Registro: 19/12/2013)

A propósito, destaca Salles (2002) o seguinte acórdão:

RT. 684/84. Sub-rogação na indenização. Pedido de levantamento dos juros e correção monetária. Deferimento. Impossibilidade. Decisão reformada para determinar o levantamento tão-só dos juros. Rel. Des. Franciulli Netto.

No entanto, nas pesquisas realizadas no âmbito das decisões judiciais proferidas pelos Tribunais, foram encontradas situações que o julgado é claro que haverá sub-rogação do direito ao usufruto na indenização, no entanto, as decisões não entraram no aspecto prático que é o objeto deste artigo, ou seja, como se dará tal sub-rogação.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve o propósito de levantar a existência de uma celeuma quanto aos efeitos práticos da sub-rogação do direito ao usufruto

prevista nos art. 31 do Decreto-Lei nº. 3.365/41 e art. 1.409 do Código Civil, ou seja, quanto ao direito do usufrutuário cujo bem foi desapropriado.

O assunto se mostra de grande utilidade, pois o instituto do usufruto é de larga utilização no cotidiano nacional, principalmente nas relações familiares, com função de muitas das vezes de assegurar a subsistência do usufrutuário.

Não menos importante, é o instituto da desapropriação, pois o agente público se vê obrigado a utilizar da desapropriação para fins de atendimento dos fins da Administração Pública. No mesmo sentido, acontece com as empresas detentoras de concessões públicas.

No entanto, pode calhar de que o bem desapropriado esteja gravado com o ônus do usufruto e neste sentido, procurou-se tratar das alternativas existentes no campo doutrinário e jurisprudencial, para assegurar o direito do usufrutuário.

Embora os artigos acima sejam claros que a desapropriação não extingue o usufruto e tal direito fica sub-rogado no preço da indenização justa a ser paga pelo desapossamento do bem, os efeitos práticos de tal sub-rogação não são bem claros.

A doutrina diverge sobre tais efeitos. A jurisprudência, por seu turno, é quase pacífica que o usufrutuário tem direito à indenização. No entanto, os julgados não se mostram uniformes como tal indenização será repartida ou se será entregue integralmente ao usufrutuário para perceber os frutos a que tem direito.

Verificou-se a possibilidade também, do usufrutuário ter direito aos juros produzidos pela indenização. Como também, vislumbrou-se possível da indenização ser entregue ao usufrutuário, mediante a concessão de caução ao nu-proprietário. Nesta última solução, haveria garantia do usufrutuário utilizar dos rendimentos e devolver ao final o valor da indenização, sob pena de perder o valor caucionado.

No entanto, acreditamos que a melhor solução, inclusive dada pela doutrina, é que a lei tivesse a previsão de que o valor da indenização seja utilizado na compra de outro bem semelhante ao desapropriado, sendo transferido a este, o usufruto que existia no bem objeto de desapropriação. É claro que tal solução não se aplica quando a desapropriação for parcial. A justificativa para tanto, está que muita das vezes a divisão da indenização com o usufrutuário, ou mesmo a concessão dos frutos de tal capital, não poderão atingir a finalidade que o usufruto originário se propunha, lembrando-se que frequentemente o instituto tem nítido caráter de garantia de subsistência ao usufrutuário.

Como tal solução não está prevista lei, talvez a melhor solução ao magistrado seja tentar uma conciliação que atende aos interesses tanto do usufrutuário como do proprietário, inclusive quanto a compra de outro bem semelhante, gravado com o usufruto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. . Portal da Legislação, Brasília, set. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. . Portal da Legislação, Brasília, jul. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração

de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. . Portal da Legislação, Brasília, jun. 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0019670-16.2009.8.26.0032, São Paulo, SP, 18 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0001962-34.2011.8.26.0047. São Paulo, SP, 06 mai. 2015

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. E-Book. ISBN 978-85-97-00998-9. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009996/cfi/6/10!/4/26/2@0:0>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. Direito civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.

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

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. Vade mecum saraiva. 21 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Direito civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5. E-Book. ISBN 978-85-472-1328-2. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547213039/cfi/4!/4/4@0:00:0.00>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

HARADA, Kiyoshi. Desapropriação: doutrina e prática. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4. E-Book. ISBN 978-05-02-20123-1. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502201231/cfi/4!/4/4@0:00:8.44>>. Acesso em 30 jul. 2018.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NADER, Paulo. Curso de direito civil. 7. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 4. E-Book. ISBN 978-85-309-6869-4. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968700/cfi/6/10!/4/18@0:21.8>>. Acesso em 30 jul. 2018.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. E-Book. ISBN 978-85-309-7458-9. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974596/cfi/6/10!/4/12/2@0:0>>. Acesso em 30 jul. 2018.

SALLES, José Carlos de Moraes. A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TARTUCE, Flávio. Direito civil. 9. ed. rev., atual.e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 4. E-Book. ISBN 978-85-309-7404-6. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974053/cfi/6/10!/4/26/2@0:3.86>>. Acesso em 30 jul. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 5.