

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Constitucional**

Sergio Reis Crispim

**A DESAPROPRIAÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE
DA SUBMISSÃO DOS PAGAMENTOS PRÉVIOS
À FILA DOS PRECATÓRIOS.**

Brasília – DF

2011

Sergio Reis Crispim

**A DESAPROPRIAÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE
DA SUBMISSÃO DOS PAGAMENTOS PRÉVIOS
À FILA DOS PRECATÓRIOS.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Orientador: Prof. Flávio Unes

Brasília – DF

2011

Sergio Reis Crispim

**A DESAPROPRIAÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE
DA SUBMISSÃO DOS PAGAMENTOS PRÉVIOS
À FILA DOS PRECATÓRIOS.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Orientador: Prof. Flávio Unes

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Instituto da desapropriação e suas características fundamentais impedem que o patrimônio do particular seja expropriado sem prévia indenização. Sistema encontra respaldo em todas as Constituições editadas no Brasil, mas vem sendo paulatinamente mitigado com respaldo do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e de medidas provisórias convertidas em lei pelo Congresso Nacional, mediante as quais se tem buscado privilegiar o interesse público secundário do estado de não pagar previamente e em dinheiro as indenizações por desapropriações, o que constitui verdadeira afronta ao direito fundamental previsto na Constituição da República, artigo 5º, inciso XIV, além de afrontar princípio fundamental da República, conforme artigo 1º, inciso III. As exceções à regra da prévia indenização em dinheiro são aquelas admitidas na própria Constituição, conforme redação do inciso XIV do artigo 5º e nos termos do que dispõem os artigos 182, § 4º e 184, ambos também do texto Constitucional. A execução de medidas restritivas a um direito fundamental coloca em risco a própria República e o estado democrático de direito na medida em que o cidadão comum desacredita da conduta dos governantes. Urge a retomada da linha que deveria ser tomada em casos semelhantes, conforme a regra que institui o direito fundamental à prévia indenização.

Palavras-chaves: desapropriação, indenização, prévia, precatórios.

ABSTRACT

Expropriation institute of fundamental characteristics and prevent that of private equity is expropriated without prior compensation. System finds support in all european edited in Brazil, but come been gradually mitigated by support of the jurisprudential understanding of the Supreme Court of Federal and provisional measures converted into law by congress, by which has seeking privileges the public interest of the state of secondary do not pay in advance and cash payments as expropriations, that it is truly an affront to the fundamental right provided in the Constitution, article 5, paragraph XIV, to face beyond basic principle of the republic, according to article 1, section III. Exceptions to the rule of prior payment in cash are those admitted in the constitution itself, item XIV as writing the article 5 and under the provisions of articles 182, § 4 and 184, both also of the constitutional text. implementation of restrictive measures for a fundamental right places in own risk and the republic democratic state law to the extent that the common citizen discredited conduct of government. Urge a resumption of line that should be taken in similar cases as a rule establishing the fundamental right to prior claim.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

O interesse em se investigar o tema ora proposto se encontra justamente no exame de legitimidade perante a Constituição da República da pretensão da administração pública de não pagar o valor referente ao saldo controvertido das indenizações devidas em razão de desapropriação e reconhecidas por sentença judicial.

É relevante o estudo, porquanto os entes da federação tem-se notabilizado pela escusa em pagar o prévio e justo preço ao expropriado quando há fixação em sentença transitada em julgado da diferença entre o valor depositado inicialmente para garantir a imissão da administração pública na posse do bem e aquele real consubstanciado em laudo elaborado por perito no curso da instrução probatória.

Como se verá adiante a inovação tanto legislativa quanto no entendimento do Supremo Tribunal Federal martiriza o Texto Constitucional e será

importante analisar algumas decisões a respeito do tema, porque a Corte Constitucional brasileira é reticente quanto ao reconhecimento do direito fundamental quando prefere o interesse público secundário – ou interesse de estado – de remeter aos precatórios o pagamento das indenizações reconhecidas por sentenças judiciais, o que ajuda a manter o clima de instabilidade aos jurisdicionados que, além de perderem a propriedade, aguardam anos até o trânsito em julgado de uma sentença que, em determinadas situações, não encontra boa vontade dos governantes em cumpri-la. Ao contrário, intentam jogar a dívida para a fila dos precatórios.

É preocupante que com a crescente demanda de desapropriações pelo país afora em razão obras que serão realizadas para a Copa do Mundo de 2014, assim como a necessidade crescente de investimentos por parte do Poder Público que por certo levará a mais expropriações, a situação permaneça como está, pois o País poderá alocar recursos e pagar pelos serviços que estrangeiros estarão executando, mas certamente estará jogando para futuras gerações a conta que deveria ser paga aos brasileiros em razão do patrimônio que lhes será subtraído.

Na ponderação de direitos – o fundamental do cidadão previsto no artigo 5º, inciso XXIV da Constituição da República e o interesse secundário de não pagar a indenização em dinheiro e previamente, o que se previu no artigo 100 da Constituição da República – prevalece hoje a tese de que o estado pode mais do que o cidadão, o que tentaremos desconstruir por intermédio deste trabalho.

Num primeiro momento, cumpre examinar o instituto da desapropriação, o que este estudo passa a fazer em seguida.

1 - ASPECTOS DA DESAPROPRIAÇÃO

1.1 – Conceito.

A desapropriação é um procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, o qual deve ser substituído por prévia e justa indenização.

Trata-se de forma originária de aquisição da propriedade, porquanto não haja a transmissão da coisa e nenhum título anterior ao procedimento administrativo. É o fato jurídico em si que enseja a transferência da propriedade, o qual prescinde de correlação com qualquer título jurídico de que seja titular o anterior proprietário, não havendo sub-rogação de titular a titular. Procede-se em duas fases: a primeira, de natureza declaratória, na qual vai se indicar a necessidade, a utilidade pública ou interesse social na realização do ato de expropriação e a conseqüente fase executória, onde será feita a justa e prévia indenização com a transferência do bem expropriado para o expropriante. A fase executória poderá ser amigável ou não. No caso de não ser amigável, depois da declaração de utilidade pública haverá processo judicial, onde se discutirá precipuamente o valor da prévia e justa indenização.

Carvalho Filho ressalta ser a desapropriação um modo *sui generis* de aquisição da propriedade, mas “*pela forma como se consuma, é de ser considerada forma de **aquisição originária**, porque a só vontade do Estado é idônea a consumir o suporte fático gerador da transferência da propriedade, sem qualquer relevância atribuída à vontade do proprietário ou ao título que possua*”¹.

O Supremo Tribunal Federal, através de brilhante voto do então Ministro Moreira Alves no julgamento do recurso extraordinário nº 94.580-RS, abordou o caráter originário da aquisição por usucapião.

Em suma a desapropriação é um instituto de direito público, estando, pois, adstrita a essa ordem positiva e principiológica. Não por isso dever-se-á conduzir o processo mediante privilégios à administração pública, até mesmo porque o expropriado já estará pagando preço elevadíssimo com a perda de seu patrimônio. O Estado está, mediante o instituto da desapropriação, autorizado a adquirir irresistivelmente um bem de seu titular. Para tanto, deverá seguir necessariamente determinado procedimento e indenizar de forma prévia e justa.

Para o administrativista José Cretella Júnior, “*a desapropriação constitui a mais profunda penetração do poder de polícia, no campo do direito privado. É o instrumento jurídico mediante o qual o Estado se apodera do bem particular*”.

1.2. - Bens sujeitos à desapropriação e natureza da aquisição.

É admitida a desapropriação sobre quaisquer bens, que poderá recair em móveis e imóveis, corpóreos ou incorpóreos, consumíveis e inconsumíveis, conforme o art. 2º do Decreto-Lei 3.365/41.

Indubitável, pois, que na desapropriação inexistente qualquer liame negocial vinculando o expropriante ao proprietário, eis que há a extinção do direito de propriedade que o expropriado detinha sobre bem e o surgimento do direito de

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12.^a ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pg. 741.

propriedade do expropriante sobre o mesmo bem. Assim, é evidente a natureza originária da propriedade imóvel que venha a ser adquirida.

Dessa premissa surgem alguns importantes efeitos:

a) A desapropriação pode prosseguir até mesmo sem que se saiba quem é o proprietário.

b) Ainda que o dono não tenha sido indenizado, mas terceiro, a transferência operada através da desapropriação é irreversível.

c) Todos os direitos de reais de terceiros sobre a coisa passarão a incidir sobre o numerário depositado à ordem do juízo. Nesse sentido consta nos arts. 31² do Decreto-lei 3.365/1941 (chamado de “lei geral das desapropriações”), e 17³ da Lei 8.257/1991 (regula a expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas).

Assim, poderá incidir sobre gêneros alimentícios, direitos autorais, patentes, o solo e o espaço aéreo suprajacente e área ocupada pelo imóvel. Poderá ser total ou parcial, sempre que o bem comportar divisibilidade.

As autoridades públicas estão também autorizadas a expropriar as zonas que valorizem extraordinariamente em consequência da realização de obra pública. Dispõe o Decreto-Lei acima mencionado, no seu artigo 2º – *“Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e territórios”*.

Como é possível perceber, a amplitude é vasta para a administração pública. No entanto, alguns bens, como os direitos personalíssimos, direito pessoal do autor, direito à vida, à imagem, aos alimentos e a integridade

² *“Art. 31. Ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado”*.

³ *“Art. 17. A expropriação de que trata esta lei prevalecerá sobre direitos reais de garantia, não se admitindo embargos de terceiro, fundados em dívida hipotecária, anticrética ou pignoratícia”*.

moral, não são passíveis de sofrer desapropriação por serem componentes da dignidade da pessoa humana.

1.2.1. – Desapropriação de imóvel urbano.

A desapropriação prevista no art. 182 parágrafo 4º da CF tem incidência tão somente sobre o solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, e desde que seu proprietário não cumpra as exigências do Poder Público, referenciadas no mesmo dispositivo. Dispõe o art. 2º, inciso VI alínea e, da Lei nº 10.257/01.

Art 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

VI – ordenação e controle de uso do solo, de forma a evitar:

e) a retenção especulativa do imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização.

Art. 5º. Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

§ 1º Considera-se subutilização o imóvel:

I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;

1.2.2. – Desapropriação de imóvel rural.

Quanto à desapropriação para reforma agrária, seu objeto é o imóvel rural que não atender à função social, conforme dispõe o art. 186 da Constituição. Porém, o artigo 185 proíbe que essa modalidade de desapropriação incida sobre a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra.

Além da prévia e justa indenização, o Texto Constitucional prevê, como requisitos para a desapropriação, a existência dos elementos **necessidade pública, utilidade pública ou interesse social**, conforme estatuído nos artigos 5º, XXIV e 184 da Constituição da República, podendo-se diferenciar cada caso da forma seguinte:

Necessidade Pública – em situações de emergência nas quais se entremostra indispensável a incorporação de bens de terceiros ao seu domínio e uso.

Utilidade Pública – quando a transferência do bem de terceiros para a administração é conveniente ao interesse coletivo, como é o caso de alargamento ou prolongamento de ruas, construções de obras e a exploração de minas.

Interesse Social – quando a expropriação se destina a solucionar os chamados problemas sociais, em que se busca a distribuição de riquezas e atenuação das desigualdades sociais.

É indispensável indicar no ato de desapropriação o dispositivo legal em que se enquadra a situação observada no caso concreto. Não é o bastante a menção genérica de um dos três fundamentos, o que poderá acarretar a nulidade do ato administrativo assim consubstanciado por ausência de motivação.

1.3. – Momento da desapropriação para caracterização do pagamento prévio.

Feitas essas breves considerações preliminares acerca do instituto da desapropriação, importante destacar alguns aspectos sobre o tema central tratado neste estudo e que encontra amparo no inciso XXIV da Constituição da República. Avançaremos, portanto, quanto à previsão constitucional da **prévia** e justa indenização.

Observa-se que para definir o momento da consumação da desapropriação, e conseqüente aquisição da propriedade, surgiram várias posições doutrinárias e jurisprudenciais, as quais defendiam que ocorria a consumação nos momentos a seguir arrolados: **a) Pelo decreto declaratório da utilidade pública; b) Com a expedição do mandado de imissão na posse; c) Pela sentença; d) Com o registro da sentença no Cartório de Imóveis; e) Com o pagamento da indenização.**

Moraes Salles⁴ esclarece que essa diversidade de entendimentos originou-se da má redação do Decreto 4.956/1903, que regulava a matéria antes do advento do Decreto-lei 3.365/1941.

Segundo o citado autor, Ruy Barbosa entendia que, embora a aprovação das plantas não cessasse a propriedade em todos os seus elementos, já implicava na indisponibilidade jurídica sobre o bem. Todavia, a desapropriação se concretizava no momento em que era editado o decreto de aprovação dos planos e plantas relativos às obras que seriam executadas pelo Poder Público ou por seus concessionários.

Entretanto, o princípio da prévia indenização, que esteve presente em todas as nossas constituições, revelava que o decreto de aprovação não poderia importar em desapropriação. Ademais, essa declaração do Poder Público é apenas *ato-condição que precede à transferência do bem*⁵, não tendo qualquer efeito sobre o direito de propriedade, tanto que, se o processo expropriatório parasse nessa fase, deixando caducar o decreto expropriatório, não haveria desapropriação. Isto porque poderiam desaparecer os motivos que embasaram o decreto em questão.

Há também as correntes que buscaram observar a consumação dentro do processo judicial, no caso de não haver acordo.

Para os que consideram haver a consumação com a imissão na posse, diz-se que somente com tal ato despontaria para o expropriante o domínio do bem expropriado, aperfeiçoando-se ou complementando-se. Referem-se à imissão definitiva do art. 29⁶ do Decreto-lei 3.365/1941. Todavia, refuta-se tal doutrina ao

4 SALLES, José Carlos de Moraes. Ob. Cit., p. 511.

5 Hely Lopes *apud* COSTA, Maria Isabel Pereira da. **A transferência do domínio do bem imóvel para o poder expropriante no processo judicial**. Revista AJURIS n.º 47 - 1989, pág. 146.

6 “Art.29. Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição no registro de imóveis”.(G.n.)

argumento de que o domínio é antecedente à posse, a não ser em casos excepcionais, como no usucapião. Para a maioria, o elemento posse é irrelevante para fixar o momento da perda da propriedade⁷. De fato, posse e propriedade são institutos absolutamente distintos.

Dentre os que entendem que é a sentença que transfere o domínio, cita-se Eurico Sodré e Manoel de Oliveira Franco Sobrinho⁸. Aquele defendia tal posição por ser a sentença de adjudicação que permitiria a extração da respectiva carta a ser transcrita no registro de imóveis, meio pelo qual se operava a tradição solene. Todavia, o referido autor entendia que a desapropriação era modo derivado de aquisição da propriedade.

Quanto à corrente que atribui a consumação à transcrição da sentença ou acordo no registro competente, foi adotada por Pontes de Miranda e Calmon de Passos⁹. Todavia, sendo a desapropriação um modo originário de aquisição, não há que se subordinar à transcrição do título translativo, seja sentença ou acordo, posto que a transcrição é modo derivado de aquisição da propriedade, reclamando uma relação de causalidade, representada por um fato jurídico, entre o adquirente e o alienante.

Por fim, resta a posição hoje aceita pela ampla maioria da doutrina, que tem como momento consumativo da desapropriação o pagamento da indenização.

7 COSTA, Maria Isabel Pereira da. Ob. Cit., p. 149/150.

8 SALLES, José Carlos de Moraes. Ob. Cit., p. 506/507 e 518, respectivamente.

9 **A Transferência da Propriedade para o Domínio do Expropriante no Curso da Ação de Desapropriação**. Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. 31 - 1.º Bim. de 1982, p. 63.

Sustenta-se que é o pagamento da indenização que dá ensejo à consumação da desapropriação, acarretando a aquisição da propriedade pelo expropriante e a perda pelo expropriado¹⁰.

Afirma Moraes Salles que há a consumação da desapropriação com o *pagamento ou o depósito judicial da indenização fixada pela sentença ou estabelecida em acordo*¹¹.

Impende ressaltar que o pagamento se refere ao valor fixado na sentença do art. 24¹² do Decreto-lei 3.365/1941, pois somente pela justa indenização há a substituição do bem no patrimônio do expropriando, o que demarca *precisamente o momento em que a desapropriação se consuma*¹³.

Ressalta-se, ainda, que mesmo quando há acordo na fase administrativa da desapropriação, dispensando o ajuizamento do feito expropriatório, esse acordo versará unicamente sobre o valor da indenização a ser paga ao expropriando e não sobre a desapropriação, que *é sempre ato unilateral da Administração e, portanto, compulsório*. Apenas será consubstanciado em escritura pública (se o bem desapropriado for imóvel de valor superior ao estabelecido no art. 108 do CC/2002), mas *essa escritura pública não será “desapropriação amigável”, e sim composição amigável sobre o preço*¹⁴.

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ob.cit., p. 765.

11 SALLES, José Carlos de Moraes. Ob. Cit., p. 520.

12 “Art. 24. Na audiência de instrução e julgamento proceder-se-á na conformidade do Código de Processo Civil. Encerrado o debate, o juiz proferirá sentença fixando o preço da indenização.

Parágrafo único Se não se julgar habilitado a decidir, o juiz designará desde logo outra audiência que se realizará dentro de dez dias a fim de publicar a sentença”.

13 Ebert Chamoun *apud* SALLES, José Carlos de Moraes. Ob. Cit., p. 515.

14 SALLES, José Carlos de Moraes. Ob. Cit., p. 479.

1.3.1. - A importância da indenização na consumação da desapropriação. Casos de aplicação e confisco.

A indenização assume tamanha relevância face ao dispositivo constitucional que reza: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” (art. 5.º, XXIV). Nos exatos termos do referido dispositivo, não pode haver desapropriação sem o pagamento prévio da justa indenização ao expropriado.

Esse entendimento se aplica, então, às hipóteses em que há uma indenização, quais sejam as desapropriações clássica/ordinária e extraordinária.

Já para a desapropriação confiscatória (art. 243 da CF/88), que tem como uma de suas características não comportar indenização, sua consumação resta explícita no art. 15¹⁵ da Lei 8.257/1991, havendo a incorporação ao patrimônio da União após o trânsito em julgado da sentença no procedimento judicial estabelecido na referida Lei. Todavia, a doutrina ressalva que, embora o art. 243 se refira à “expropriação”, na verdade essa hipótese cuida-se de verdadeiro *confisco* e não de desapropriação¹⁶.

15 “Art. 15. Transitada em julgado a sentença expropriatório, o imóvel será incorporado ao patrimônio da União.

Parágrafo único. Se a gleba expropriada nos termos desta lei, após o trânsito em julgado da sentença, não puder ter em cento e vinte dias a destinação prevista no artigo 1º, ficará incorporada ao patrimônio da União, reservada, até que sobrevenham as condições necessárias àquela utilização “.

16 SALLES, José Carlos de Moraes. Ob. Cit., p. 89; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16.^a ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 167.

1.4. – Desapropriação indireta.

Quanto à desapropriação indireta, leciona Maria Sylvia que o que ocorre nessa hipótese é, na realidade, a afetação do bem. Tendo em conta que a simples afetação do bem a um fim público não constitui forma de transferência da propriedade, também deve haver a indenização para que se consuma a transferência do imóvel. Isto porque, há a aplicação analógica do art. 35¹⁷ do Decreto-lei 3.365/1941, pelo que, uma vez dada a destinação pública ao imóvel, com sua conseqüente incorporação, este não poderá ser objeto de reivindicação, cabendo ao particular pleitear a indenização. Entretanto, se não o faz em tempo hábil, verificando-se a prescrição, restará ao Poder Público regularizar a propriedade pela usucapião¹⁸.

Afirma a referida autora: *“O que ocorre, com a desapropriação indireta, é, na realidade, a afetação, assim entendido ‘o fato ou a manifestação de vontade do poder público, em virtude do que a coisa fica incorporada ao uso e gozo da comunidade’ (cf. Marienhoff, 1960:152-153); acrescenta-se que se trata de afetação ilícita, porque atinge bem pertencente a particular; lícita é apenas a afetação que alcança bens já integrados no patrimônio público, na qualidade de bens dominicais, para passá-los à categoria de uso comum do povo ou de uso especial”*¹⁹.

17 “Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”.

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. Cit., p. 178.

19 Idem.

2. - ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA INDENIZAÇÃO PRÉVIA

Entendidos os aspectos sobre o momento da consumação da transferência patrimonial, passemos à análise legal e jurisprudencial acerca do tema.

2.1. – Mitigação do direito fundamental à indenização prévia pelos poderes da república. Confronto equivocado entre o artigo 5º, inciso XXIV e o artigo 100 da Constituição da República.

A despeito do que a Constituição da República preconiza como direito fundamental do cidadão no artigo 5º, inciso XXIV, os três poderes da república entendem de maneira diversa a respeito da necessidade de se resguardar a indenização prévia enquanto interesse do cidadão que coincide com o interesse da coletividade em não permitir que a propriedade privada seja expropriada sem a justa e prévia indenização em dinheiro. Os poderes da República tem entendido que o interesse de estado de não pagar a indenização é que deve prevalecer nessas hipóteses, o que tem encontrado eco em parte da doutrina brasileira.

Com essa “quase unanimidade” é que este trabalho discorda e passa a tentar construir razões suficientes para a mudança de entendimento sobre o assunto, porquanto um direito fundamental esteja sendo vilipendiado em favor do interesse secundário do estado enquanto sujeito de direito comum e mediante o qual

não realiza sua razão de existir que é a busca pela proteção individual e coletiva das pessoas.

2.1.1. – O Supremo Tribunal Federal modifica entendimento secular. Desapropriação para fins de reforma agrária.

Desde meados da última década do século passado, o Supremo Tribunal Federal sedimenta em suas salas o entendimento de que o comando constitucional quanto à prévia indenização não é assim um direito tão fundamental. Ao contrário, caminha exatamente no sentido de mitigar o dispositivo constitucional em favor do interesse estatal de não pagar as indenizações provenientes da desapropriação. Eis o que quase se assentou no julgamento da ADI 1187 da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, julgada em 27/03/1996, em que no voto dele se declararam inconstitucionais os dispositivos da Lei Complementar 76/93 que apenas obedeceram o preceito fundamental insculpido no inciso XXIV do artigo 5º da Constituição da República ao prever o pagamento prévio e em dinheiro da indenização em desapropriações de imóveis rurais. Felizmente a maioria da Corte entendeu que não seria o caso de conhecer da ação porque na ação direta de inconstitucionalidade é obrigatório atacar o sistema vinculativo como um todo e não apenas dispositivos de lei de forma esparsa. Não superada a preliminar de inépcia a Lei Complementar continuou imaculada.

Como mencionado, ali o relator já adiantava firme posicionamento no sentido de privilegiar o artigo 100 da Constituição da República quanto ao saldo do valor do imóvel apurado no curso da instrução processual e declarado em sentença. Ou seja, o interesse secundário do estado de não pagar a indenização previamente e em dinheiro prevaleceu sobre o direito fundamental do cidadão de não ser expropriado sem receber o valor correspondente.

Anos mais tarde, em 09 de agosto de 2000, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 247.866, curiosamente distribuído para o mesmo Ministro Ilmar Galvão, veio a solapada derradeira contra o direito fundamental do cidadão. Ali, mais uma vez em divergência, o Ministro Marco Aurélio se pronunciou:

Peço vênia ao nobre Ministro-Relator para reiterar o voto que proferi quando da apreciação da ação direta de inconstitucionalidade, mencionada por Sua Excelência, na fase do exame de pedido de concessão de liminar. Entendo constitucional o artigo 14, como também assento a constitucionalidade dos dispositivos a que me referi do Decreto-lei 3.365/41, já que os textos legais estão em harmonia com o mandamento do inciso XXIV do artigo 5º, no que remete à satisfação da prévia indenização.

Ainda que sem aprofundamento no estudo da matéria, o Ministro Marco Aurélio preferiu o direito fundamental ao interesse público secundário do estado e isso mostra que a tese aqui defendida ainda há de vingar no âmbito do Poder Judiciário, apesar da vitória quanto à aplicação do artigo 100 em hipótese que a nosso ver ele não deveria ser aplicado.

Tratava-se da manutenção de entendimento de mais de cem (100) anos a respeito da necessidade de se indenizar previamente o expropriado, o que, com a devida vênia, o precatório não consegue prover.

Prevaleceu, contudo, o entendimento do relator. Vale transcrever o julgado para se der idéia dos argumentos lançados:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS. ALEGADA OFENSA DOS ARTS. 14, 15 e 16 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 76/93 AO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O art. 14 da Lei Complementar nº 76/93, ao dispor que o valor da indenização estabelecido por sentença em processo de desapropriação para fins de reforma agrária deverá ser depositado pelo expropriante em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais, contraria o sistema de pagamento das condenações judiciais, pela Fazenda Pública, determinado pela Constituição Federal no art. 100 e parágrafos.

Os arts. 15 e 16 da referida lei complementar, por sua vez, referem-se, exclusivamente, às indenizações a serem pagas em títulos da dívida agrária, posto no estar esse meio de pagamento englobado no sistema de precatórios.

Recurso extraordinário conhecido e provido, para declarar a inconstitucionalidade da expressão **"em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e,"**, contida no Art. 14 da Lei Complementar nº 76/93.

A C O R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer e prover o recurso para afastar a obrigatoriedade do depósito, declarando a inconstitucionalidade, no artigo 14 da Lei Complementar nº 76, de 06 de julho de 1993, da expressão "em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e,", vencido o Presidente (Ministro Marco Aurélio), que não conhecia do extraordinário.

Brasília, 09 de agosto de 2000.

MARCO AURÉLIO – PRESIDENTE

ILMAR GALVÃO – RELATOR

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 247.866-1 CEARÁ

RELATOR	:	MIN.	ILMAR	GALVÃO
RECORRENTE:		INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA	-	INCRA
ADVOGADOS:		VIVIANE MOURÃO DUTERVIL E OUTROS		
RECORRIDA:		CONSTRUTORA METRO LTDA.		
ADVOGADOS:		ISAC SOMBRA RODRIGUES E OUTRO		

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que manteve ordem de depósito de valores relativos à indenização de benfeitorias em processo de desapropriação para fins de reformas agrária, com base nos arts. 14, 15 e 16 da Lei Complementar nº 76/93, considerados compatíveis com a Constituição Federal.

O recorrente, argüindo a inconstitucionalidade dos arts. 14, 15 e 16 da Lei Complementar nº 76/93 ante o art. 100 da Carta Magna, alega que esses dispositivos criam, indevidamente, um tipo de despesa decorrente de decisão judicial ao qual não se aplica o regime de precatórios, único modo constitucionalmente previsto para realização de tais pagamentos.

A recorrida, em suas contra-razões, afirma que o art. 100 da CF estabelece uma norma geral, que é excepcionada pelo art. 184 do texto constitucional, em relação ao qual seriam compatíveis os referidos artigos da LC 76/93.

O recurso, devidamente processado, foi admitido na origem.

A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. João Batista de Almeida, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 247.866-1 CEARÁ

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): Os arts. 14 e 15 da Lei Complementar nº 76, de 06 de junho de 1993, já foram objeto da ADI no 1.187, Redator para o acórdão Min. Maurício Corrêa, D.J. de 30/05/97, promovida pelo Procurador-Geral da República e que não foi conhecida por não englobar o art. 16 do mesmo diploma legal, que forma com os citados dispositivos um sistema de pagamento de indenizações por desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária. Naquela ocasião, manifestei opinião que mantenho no presente recurso extraordinário.

Nos processos de desapropriação, além do depósito da indenização, oferecido com a petição inicial, o expropriante é condenado, na decisão final, ao pagamento de uma complementação, acrescida de juros moratórios e compensatórios e monetariamente corrigida.

Somente o valor da indenização oferecido quando da inicial pode ser prontamente desembolsado pelo expropriante, isso porque é um valor conhecido e que já representa verba orçamentária específica que lhe foi consignada, em face de recursos disponíveis.

O mesmo não ocorre com a parte complementar da indenização fixada na decisão judiciária final da ação expropriatória, já que indefinida, antes do trânsito em julgado da sentença. Dessa forma, essa complementação não pode constar de previsão orçamentária regular, que há de ter por objeto determinada quantia, em dinheiro, referida a certo exercício financeiro.

A complementação da indenização, fixada na decisão judiciária, somente pode ser paga dentro do processo do precatório, previsto no art. 100 da Constituição Federal, que estabelece:

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

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos

com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

Esse sistema, com exceção da previsão do § 3º do art. 100 da Carta da República (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98), não admite outra forma de efetuar pagamentos devidos em virtude de sentença judiciária, como faz certo o advérbio **exclusivamente** inserido pelo constituinte no texto.

Por sua vez, os arts. 14, 15 e 16 da Lei Complementar nº 76/93 assim dispõem:

Art. 14. O valor da indenização, estabelecido por sentença, deverá ser depositado pelo expropriante à ordem do juízo, em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e, em Títulos da Dívida Agrária, para a terra nua.

Art. 15. Em caso de reforma de sentença, com o aumento do valor da indenização, o expropriante será intimado a depositar a diferença, no prazo de quinze dias.

Art. 16. A pedido do expropriado, após o trânsito em julgado da sentença, será levantada a indenização ou o depósito judicial, deduzidos o valor de tributos e multas incidentes sobre o imóvel, exigíveis até a data da imissão na posse pelo expropriante.

Esses artigos criam, portanto, uma forma de pagamento diversa do sistema de precatórios, o que contraria o disposto no art. 100 do texto constitucional.

Não se pode dizer, igualmente, que os arts. 14, 15 e 16 da LC 76/93 têm seu fundamento no art. 184 da Constituição Federal, que em seu § 4º determina que "o orçamento fixará anualmente... o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício", uma vez que esse dispositivo não pode ser tido como referido às condenações judiciais da Fazenda nos processos expropriatórios, mas aos depósitos a serem feitos quando do ajuizamento de tais ações.

Por outro lado, a desapropriação, conforme pacífico entendimento do STF, somente é consumada pela integralização do pagamento da indenização, momento em que o domínio é transmitido ao expropriante. Isso faz com que o sistema dos precatórios seja compatível com a cláusula - mediante prévia e justa indenização" - contida no caput do art. 184 da Constituição, uma vez que seu processamento sempre precederá a transferência da propriedade para o patrimônio do expropriante.

Assim sendo, fora de dúvida que o art. 14 da LC 76/93, ao dispor que o valor da indenização estabelecido por sentença deverá ser depositado pelo expropriante à ordem do juízo, "em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais", contraria o sistema de pagamento das condenações judiciais, pela Fazenda Pública, determinado pela Constituição Federal no seu art. 100 e seus parágrafos, não podendo, por isso, subsistir.

Nessa perspectiva, é de dizer-se que os arts. 15 e 16 da LC 76/93 referem-se somente às indenizações a serem pagas em títulos da dívida agrária, uma vez que esse meio de pagamento não está englobado no sistema de precatórios.

Ante o exposto, meu voto conhece do recurso extraordinário, dando-lhe provimento para declarar a inconstitucionalidade da expressão "**em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e,**" contida no art. 14 da Lei Complementar nº 76/93.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 247.866-1 CEARÁ

VOTO

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, o voto do Ministro Ilmar Galvão, Relator, na verdade sustenta a mesma tese da ADI 1.187, de que fui Redator para o acórdão. A divergência, na ocasião, circunscreveu-se, apenas, ao fato de que o ataque não foi do sistema criado pelas normas. E hoje o que se discute é exatamente o conjunto, o sistema.

Estou inteiramente de acordo e acompanho o eminente Relator.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 247.866-1 CEARÁ

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: - Sr. Presidente, estou de acordo; já acompanhava - creio que nós todos - o Ministro Ilmar Galvão, quando no julgamento cautelar da ADIn 1.187 se deferiu, em parte, a cautelar com interpretação conforme, para esclarecer que esse conjunto de dispositivos se aplicava à indenização em títulos, mas não à indenização em dinheiro, porque esta última se sujeita à execução mediante o precatório, conforme o art. 100 da Constituição.

O sofisma que logrou êxito e foi utilizado pelo relator chegou ao ponto de considerar que a indenização continuaria prévia e em dinheiro, conforme o comando do artigo 184 da Constituição da República, ainda que o pagamento fosse feito na forma do artigo 100 da Lei Maior, porque a transferência do domínio definitivo ao expropriante somente se daria após o que denominou “processamento” do precatório, com o que não disse coisa alguma para afastar o direito fundamental do cidadão, utilizando-se indevidamente da nata do entendimento doutrinário sobre o tema.

2.1.2. – Razões de estado preponderam sobre o direito do cidadão. Desapropriação urbana não apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Equívocos da Ordem dos Advogados do Brasil e do próprio Supremo Tribunal Federal.

A defesa das razões de estado em certos momentos contraria a própria lógica do Estado Democrático de Direito e talvez esta seja a deformação grave a acometer o sistema e corroê-lo aos poucos até que o desgaste completo tome conta por completo de todas as engrenagens. Outra forma política de governo sucederá a atual, então, para talvez diminuir a sanha dos governantes que não titubeiam em usurpar do cidadão direitos que a Lei das Leis prevê. Isso prova que mais mecanismos de controle deverão ser aprimorados para frear o avanço do estado sobre as pessoas e seus direitos, já que nem mesmo o Poder Judiciário consegue escapar da entrega às vontades de quem se encontra sentado na cadeira do Poder Executivo.

Na perpetração da inconstitucionalidade e em busca de deixar fechadas também as comportas da desapropriação urbana, já que as da rural contaram com o ajuste jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o posicionamento da administração pública no sentido de que o pagamento do “saldo” de indenização apurado em laudo avaliatório de processo judicial em que se discuta o preço encontraria respaldo na Medida Provisória 1.577/97, posteriormente editada

sob o nº 2027/2000 e subsequentes reedições, mediante a qual se buscou modificar o decreto-lei nº 3.365/41, inclusive com previsão de que, nas desapropriações, deve-se seguir a determinação do artigo 100 da Constituição da República, cuja redação do *caput* prevê:

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

A medida provisória em referência, por seu turno, fazia a seguinte previsão:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 10.

Parágrafo único. Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem como ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público.” (NR)

Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.

§ 1º Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário.

§ 2º Não serão devidos juros compensatórios quando o imóvel possuir graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero.

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo aplica-se também às ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem assim às ações que visem a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença.

§ 4º Nas ações referidas no parágrafo anterior, não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação.

Art. 15-B. Nas ações a que se refere o artigo anterior, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a

partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição.

Art. 27.....

§ 1º A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observados o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais).

.....

§ 3º O disposto no § 1º deste artigo se aplica:

I - ao procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária;

II - às ações de indenizações por apossamento administrativo ou desapropriação indireta.

§ 4º O valor a que se refere o § 1º será atualizado, a partir de maio de 2000, no dia 1º de janeiro de cada ano, com base na variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA do respectivo período.

Lançando mão da legitimidade para propor ações diretas de inconstitucionalidades, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil voltou-se contra o artigo 1º da referida medida provisória, mas o fez apenas e tão somente na parte em que introduziu o artigo 15-A e modificou o artigo 27 do Decreto-lei nº 3.365/41, olvidando-se de atacar a mais nefasta modificação para o expropriado, qual seja, a parte na qual introduziu o artigo 15-B ao mencionado decreto-lei e onde se alterou por completo o regime constitucional de pagamento da indenização por desapropriação sem, contudo, poder fazê-lo.

O curioso é que a inépcia que atingiu a ADI 1187, porque, no dizer do Ministro Maurício Correa, “Seria como se tirasse o motor de um veículo e deixasse a carcaça. Evidentemente que essa não poderia funcionar sem aquele.”, porquanto ali se tenha atacado dispositivos sem englobar o sistema de pagamento de indenizações, deixando de lado outros, o que privilegiaria a insegurança jurídica, no caso da ADI 2332 o mais importante dispositivo da discussão toda, a nosso ver, foi deixado de lado sem que o mesmo entendimento fosse suscitado. Ou seja, ali se adotou uma posição e no caso da ADI 2332 outra.

Mantido o dispositivo em comento por ausência de impugnação, conservou-se a determinação para que os pagamentos das indenizações passassem a ser feitos a partir do 1º dia de janeiro do ano seguinte ao que deveriam ter sido realizados e nos termos do artigo 100 da Constituição da República, o que quebrou uma cláusula pétrea consubstanciada no direito fundamental previsto pelo artigo 5º, inciso XXIV da Constituição da República, que é o do pagamento da indenização de forma prévia.

Na busca de manter esse pernicioso instituto, inconstitucional a nosso ver, toda sorte de argumentos está sendo lançada, inclusive a de que o próprio inciso XXIV lançou a possibilidade de exceções à regra, o que caracteriza argumentação sofismática e imprópria, porquanto as exceções à regra sejam aquelas previstas nos artigos 182 e 184 da Constituição da República quando prevêm que os pagamentos por desapropriações urbanas poderão ser feitas por precatórios nos expressos casos do § 4º e após seguida aquela gradação, mediante autorização do Senado Federal e, no caso da desapropriação de imóvel rural, mediante emissão de Títulos da Dívida Agrária.

2.2. – Modificação da sistemática constitucional para evitar o pagamento das indenizações.

A nosso ver, o que o Governo Federal de antanho pretendeu, com absoluto sucesso, foi modificar uma sistemática constitucionalmente prevista por dispositivos que instituem inclusive um direito fundamental do cidadão de ser previamente indenizado quando desapropriado de seu patrimônio. A previsão constitucional é tão perfeita e bem engendrada que chega a reduzir a dois os casos de pagamento em títulos da dívida pública, mas sempre por interesse social, ou seja, quando a propriedade não esteja atendendo a função preconizada no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição da República. Vale a transcrição dos artigos 182, § 4º e 184, ambos também da Constituição da República e onde estão previstas às exceções aludidas pelo inciso XXIV do artigo 5º, *verbatim*:

Art. 182.....

§ 4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado, ou não

utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

Em outras palavras, no caso da desapropriação urbana por interesse social, somente após instituir o parcelamento ou edificação compulsórios e após instaurar a tributação progressiva é que o ente municipal – e somente ele – poderá desapropriar com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal.

Até quando quis punir o proprietário que lesa o interesse da coletividade no ambiente urbano o legislador constituinte não fez prever o pagamento mediante precatórios, mas sim pela emissão de títulos da dívida pública devidamente autorizada pelo Senado Federal e apenas pelo ente municipal.

A outra hipótese excepcional prevista no Texto Constitucional faz referência à desapropriação de imóvel rural por interesse social e para fim de reforma agrária, cujo valor poderá ser pago em Títulos da Dívida Agrária, os conhecidos TDA's, mas ressalvadas as benfeitorias úteis e necessárias que serão indenizadas em dinheiro.

Em qualquer dos casos, jamais se admitiu pagamento via precatório, o que, por mais que se esforce para desenvolver qualquer raciocínio lógico sobre o tema, não se equipara ao pagamento prévio, mesmo porque a imissão provisória do poder público na posse do imóvel já afasta do cidadão

expropriado qualquer possibilidade de voltar a utilizar ou auferir frutos de algo que já fez parte de sua propriedade.

A redação da Medida Provisória 2027/2000 altera por completo o regime de exceção constitucionalmente previsto para transformá-lo em regra corriqueira e passível de ser adotada por todos os entes da federação, em franco desrespeito à previsão do direito fundamental de receber previamente a indenização pela expropriação. Mais do que isso, referida disposição intenta modificar por completo um instituto historicamente inserido em todas as constituições brasileiras com o intuito de se salvaguardar o interesse do indivíduo que é por demais penalizado com a supressão de seu patrimônio e que, justamente por isso, merece receber previamente a indenização justa pela perda sofrida em proveito da coletividade.

2.4. – Na ação direta de inconstitucionalidade nº 2332 proposta pela OAB, apesar de não rechaçar os dispositivos que modificaram o sistema da prévia indenização, o Supremo Tribunal Federal ainda tentou respaldar o instituto. Demais tribunais divergem sobre o tema.

A decisão cautelar na ADI 2332, outrora relatada pelo Ministro Moreira Alves e atualmente sob os cuidados do Ministro Joaquim Barbosa, foi assim redigida, *verbis*:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, na parte que altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzindo o artigo 15-A, com seus parágrafos, e alterando a redação do parágrafo primeiro do artigo 27. - Esta Corte já firmou o entendimento de que é excepcional o controle judicial dos requisitos da urgência e da relevância de Medida Provisória, só sendo esse controle admitido quando a falta de um deles se apresente objetivamente, o que, no caso, não ocorre. - Relevância da arguição de inconstitucionalidade da expressão "de até seis por cento ao ano" no "caput" do artigo 15-A em causa em face do enunciado da súmula 618 desta Corte. - Quanto à base de cálculo dos juros compensatórios contida também

no "caput" desse artigo 15-A, para que não fira o princípio constitucional do prévio e justo preço, deve-se dar a ela interpretação conforme à Constituição, para se ter como constitucional o entendimento de que essa base de cálculo será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença. - Relevância da arguição de inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 15-A, com fundamento em ofensa ao princípio constitucional da prévia e justa indenização. - A única consequência normativa relevante da remissão, feita pelo § 3º do aludido artigo 15-A está na fixação dos juros no percentual de 6% ao ano, o que já foi decidido a respeito dessa taxa de juros. - É relevante a alegação de que a restrição decorrente do § 4º do mencionado artigo 15-A entra em choque com o princípio constitucional da garantia do justo preço na desapropriação. - Relevância da arguição de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 27 em sua nova redação, no tocante à expressão "não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)". Deferiu-se em parte o pedido de liminar, para suspender, no "caput" do artigo 15-A do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, a eficácia da expressão "de até seis por cento ao ano"; para dar ao final desse "caput" interpretação conforme a Constituição no sentido de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença; e para suspender os parágrafos 1º e 2º e 4º do mesmo artigo 15-A e a expressão "não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)" do parágrafo 1º do artigo 27 em sua nova redação.

Fácil constatar que, apesar de não tratar da modificação inserida pela introdução do artigo 15-B ao Decreto-lei nº 3.365/41, já que a petição inicial elaborada pela OAB também não cuida do tema, o Supremo Tribunal Federal elegeu o princípio constitucional da prévia e justa indenização para suspender cautelarmente a vigência dos demais dispositivos do indigitado diploma. O curioso é que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 247.866, o entendimento que prevaleceu foi justamente de que seriam inconstitucionais normas que, em regulamentação do artigo 184 da Constituição da República, determinavam o pagamento prévio e em dinheiro, mesmo daquilo que fosse fixado posteriormente em sentença judicial.

À míngua de uma decisão expressa acerca do tema (artigo 15-B do Decreto-lei nº 3.361/41), os sodalícios nacionais tergiversam a respeito do tema, nos moldes do que adiante se procurará demonstrar.

2.4.1. Tribunais estaduais respaldam o Texto Constitucional. Superior Tribunal de Justiça acolhe a inovação.

Os Tribunais nacionais procuram dar respaldo à norma constitucional que erigiu o direito fundamental do cidadão de ser prévia e justamente indenizado. Já o Superior Tribunal de Justiça embarcou na alteração legislativa, sem dar-se conta de sua inconstitucionalidade. Senão vejamos:

Os juros moratórios nas desapropriações são devidos a partir de 1º de janeiro do exercício financeiro seguinte àquele em que o pagamento deveria ser efetuado, tal como disposto no art. 15-B do Decreto-lei nº 3.365/41, regra que deve ser aplicada às desapropriações em curso no momento em que editada a MP nº 1.577/97. Precedentes das Turmas e da Seção.²⁰

No mesmo sentido, as decisões proferidas no recurso especial 610.469, da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, e várias outras que serviram para firmar o posicionamento no Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. O artigo 15-B, segundo o tribunal encarregado de pacificar o entendimento jurisprudencial infraconstitucional no Brasil, está em pleno vigor e eficácia.

Como já mencionado, algumas Cortes Estaduais divergem do referido entendimento. É exemplo disso o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, para quem prevalece o instituto do inciso XXIV do artigo 5º da Constituição da República.

Segue ementa a respeito da matéria, *verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. CUMPRIMENTO DO PRECEITO JUDICIAL DETERMINANDO O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. FORMA DE PAGAMENTO Nas

20 EDREsp 805505/GO, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 19.02.2008.

ações de desapropriação e indenização devida ao expropriado deve ser prévia, justa e em dinheiro, preceito reiterado no art. 32 do Decreto-lei nº 3.365/41. Assim, inviável conciliar a obrigação constitucional da justa e prévia indenização em dinheiro com a sujeição do desapropriado, para receber o crédito a que faz jus, à ordem dos precatórios, de difícil e sempre longínqua realização, razão pela qual mostra-se cabível o pagamento imediato e independente daquele procedimento.

2.4.2. – Análise do Supremo Tribunal Federal em casos isolados e sem efeito *erga omnes*.

Entretanto, fora do âmbito da ADI 2332 onde não se chegou a decidir a respeito da inconstitucionalidade do artigo 15-B, o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado estar equivocado quanto à defesa do direito fundamental do expropriado de receber sua indenização justa de maneira prévia, pois prefere, quando proferida sentença, seguir a lentidão do artigo 100 da Constituição da República.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski “*os pagamentos, na hipótese de complementação de débitos da Fazenda Pública Federal, Estadual o Municipal, decorrentes de decisões judiciais, deverão ser objeto de novo precatório, com a devida citação da Fazenda Pública, nos termos do artigo 100 da CF/88.*”

E ele não está sozinho no entendimento. Acompanha a posição assentada pelo Ministro Ilmar Galvão no Recurso Extraordinário nº 168.019/SP e pelo Ministro Eros Grau, no Recurso Extraordinário nº 598.678/MG.

Anote-se que o interesse da fazenda pública em deixar de pagar a prévia indenização é de natureza secundária frente à garantia constitucional ao direito fundamental de previamente ser indenizado. O Supremo Tribunal Federal fora do âmbito da ADI 2332 não reconhece o preceito fundamental. Ao contrário, relega à ausência de importância o interesse público de primeira ordem – ***pois o reconhecimento e efetividade de direitos fundamentais devem ser perseguidos e sustentados pelo Estado Democrático de Direito*** - para priorizar o interesse público secundário de não pagar o valor devido pela expropriação.

Recentemente a confirmação desse entendimento foi dada em medida cautelar pelo Ministro Carlos Britto:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A AÇÃO CAUTELAR. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA SUSTAR EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. ALEGADA OFENSA AO ART. 100 E § 1º DA CARTA MAGNA. RECURSO INADMITIDO NA ORIGEM. AGRAVO DE INSTRUMENTO. "O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os pagamentos de débitos da Fazenda Pública, decorrentes de decisões judiciais, são regidos exclusivamente pela sistemática do art. 100 e parágrafos da Constituição Federal" (AI 495.180 ED, Relator Ministro Carlos Velloso). No caso, a decisão recorrida extraordinariamente determinou à Fazenda Pública o pagamento de indenização independentemente de precatório, fato que confere forte plausibilidade jurídica ao apelo extremo. Situação excepcional que autoriza a atribuição de efeito suspensivo ao mesmo recurso, até o julgamento do agravo de instrumento interposto na origem. Agravo regimental provido.²¹

Causa espécie que a mais alta Corte brasileira interprete a constituição denominada Cidadã de forma a prestigiar o Estado governante em detrimento de um direito fundamental que é inclusive parte integrante do histórico de todas as Constituições redigidas pela República Federativa do Brasil. A Constituição deve ser vista como proteção ao indivíduo das garras da máquina estatal.

21 AC 1546, AGReg.

3. - ASPECTOS DOUTRINÁRIOS

3.1. – Uma visão sobre o sistema de prévia indenização adotado pela Constituição da República enquanto direito fundamental.

Parece-me que o sistema principiológico que informou o sistema de pagamento de indenizações em desapropriações, sejam elas ordinárias (interesse ou necessidade pública) ou especiais (interesse social), encontra um núcleo rígido consubstanciado no artigo 5º, inciso XXIV c/c o artigo 1º, inciso III, todos da Constituição da República.

Isso porque ali estão encerrados dispositivos fundamentais que alicerçam toda a base que norteia o sistema das desapropriações, onde em nome da dignidade da pessoa humana se previu que o proprietário que se vê expropriado de seus bens deverá receber a indenização de forma prévia e justa. Os artigos 182 e 184 da Carta Magna completam esse sistema, ao abrir as exceções à regra que o próprio inciso XXIV do artigo 5º faz prever.

Nas exceções abertas pelos artigos 182 e 184, o Texto Constitucional caminha não no sentido de admitir o pagamento posterior ao expropriado. Ao contrário, cuida para que os pagamentos sejam feitos de maneira prévia e justa, ainda que mediante a entrega de títulos da dívida urbana ou agrária. Jamais via precatórios.

Não se pode olvidar que no Brasil o pagamento via precatório se equivale a não pagamento, quanto menos se considerado o fato de que nas desapropriações o expropriado perde a posse e, portanto, a possibilidade de utilização e de colher frutos e rendimentos do patrimônio que lhe foi arrancado desde o primeiro momento em que a respectiva ação é proposta pelo Poder Público.

O caminho até a sentença judicial já é por demais tortuoso e longo, chegando-se a casos em que a discussão se arrasta por dez, vinte ou mais anos. Entender, então, que o pagamento por precatório equivale àquele preconizado nos artigos 1º, inciso III, 5º, inciso XXIV e 182 e 184, todos da Constituição da

República é, com a devida vênia, transformar o redondo em quadrado, o triangular em linha única, pois a realidade não pode estar tão distante dos olhos do julgador que, no caso do Supremo Tribunal Federal, tem-se notabilizado pelo ativismo e pela colheita de depoimentos e explicações técnicas para tomar a decisão mais acertada.

Transformar o pagamento por precatórios em “prévia e justa indenização” é distorcer o comando constitucional por afetar a dignidade da pessoa humana do expropriado, é admitir que o governante se torne supremo soberano contra as posses dos administrados. É admitir a tirania da máquina estatal sobre os direitos escritos e não lidos dos cidadãos. É, em última instância, perpetrar o golpe contra o Estado de Democrático de Direito simplesmente para apoiar o interesse espúrio da fazenda pública que somente pensa em arrecadar e jamais pagar suas obrigações. É, infelizmente, dar ao cidadão o mau exemplo de que neste país é possível subtrair o patrimônio conquistado a duras penas por seu semelhante, mediante a certeza de que nada lhe acontecerá, pois o Estado que deveria dar o exemplo de quem governa de forma justa e reta, ao invés de punir o caloteiro, se traveste de um sem a menor cerimônia porque encontra nas instituições o respaldo maior para perpetrar suas arbitrariedades.

Chega a causar certa revolta o fato de que a casa do povo consubstanciada no Congresso Nacional e mais a última porta em que o cidadão poderá bater, o Poder Judiciário, se curvem ao Executivo de forma tal que admitem a edição de normas e entendimentos que subtraem do cidadão aquilo que a Constituição da República lhes resguardou como direito fundamental.

3.2. – Visão dos estudiosos a respeito dos direitos fundamentais enquanto alicerces do sistema constitucional. Força impositiva no estado social.

Sobre esses princípios e direitos fundamentais, o sempre brilhante Luis Roberto Barroso, comenta:

Se o constituinte de 1988 não tivesse dito mais nada; se a Carta se cifrasse a um único artigo que abrigasse os princípios acima, ainda assim ter-se-iam os contornos essenciais do Estado que se pretendeu criar. Se se deixasse tudo o mais para o legislador ordinário, não poderia ele desfigurar o modelo básico que a ele se impôs.

E prossegue falando sobre o artigo 5º:

Há características peculiares a esses princípios, em contraste com os que se dizem fundamentais. Em primeiro lugar, eles não tem caráter organizatório do Estado, mas sim limitativo de seu poder, resguardando desde logo situações individuais. Seu conteúdo tem menos de decisão política e mais de valoração ética, embora, de certa forma, não deixem de ser meros desdobramentos daquelas opções políticas fundamentais. Os princípios gerais, embora se possam encontrar em diferentes passagens da Constituição, concentram-se no capítulo dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º).

Quanto à aplicabilidade das normas que encerram direitos fundamentais, sobre o tema, Paulo Ricardo Schier discorre de forma magistral. Dentre as citações que elabora para constituir seus argumentos, vale a de Hans Peter Schneider:

A lei fundamental pode ser considerada como a Constituição dos direitos fundamentais, e interpretada e desenvolvida sempre em função destes direitos fundamentais; e o Estado existe para servir aos indivíduos e não o indivíduo para servir o Estado. Em todas as Constituições modernas encontramos catálogos de direitos fundamentais, nos quais os direitos das pessoas, dos indivíduos, são protegidos frente às pretensões que se justificam por razões de Estado. O Estado não deve poder fazer tudo o que em um momento determinado lhe é mais cômodo e lhe aceite um legislador complacente. A pessoa deve possuir direitos sobre os quais tampouco o Estado possa dispor. Os direitos fundamentais devem reger a Lei Fundamental; não devem ser apenas um adorno da Lei Fundamental.²²

Em suma, o que dá suporte à Constituição são os direitos fundamentais, os quais não podem ser suprimidos ou mitigados pelos diversos regulamentos inferiores à Lei Fundamental e, voltando-nos ao caso em estudo, muito menos pela pretensão do governante em fazer valer o interesse estatal secundário de não pagar em dinheiro e de forma prévia a indenização devida ao expropriado.

22 Paulo Ricardo Schier. *Interesses Públicos versus Interesses Privados*, p. 224/225

Os direitos fundamentais no Estado liberal já foram vistos como “direitos negativos”, quase direitos naturais do homem por antecederem a força estatal. Hoje, no Estado social, mais do que se impor negativamente à força estatal, eles merecem a atuação contundente do Estado para que possam prevalecer e ser resguardados. Sobre o tema leciona Daniel Sarmento, *verbis*:

Para o individualismo, o ser humano era antes o ‘homo economicus’ que o cidadão. A esfera privada, dentro da qual inseriam-se as relações econômicas, era considerada prioritária em relação à pública, e esta última limitava-se às relações travadas com o Estado. Este deveria ser o menor possível, porque sua existência constituída em si um perigo para a liberdade. Assim, a doutrina do ‘laissez faire, laissez passer’ não se alicerçava apenas sobre argumentos econômicos. Ela baseava-se também em fundamento ético, exprimindo o reconhecimento da superioridade do privado – espaço das relações regidas por regras supostamente imutáveis, porque derivadas da razão humana – sobre o público – reino do efêmero e do contingente. Se o privado era superior ao público, este último tinha de ser limitado ao menor tamanho possível. Em suma, preferia-se a ‘ordem espontânea’ representada pelo mercado à ‘ordem artificial’ construída pela intervenção do Estado.

Sob esta ótica, os direitos fundamentais eram vistos essencialmente como direitos de defesa em face dos governantes. E tais direitos eram tidos como naturais, porque anteriores e superiores ao Estado, já que presentes no Estado da Natureza, e mantidos pelos indivíduos após a celebração do contrato social. Não se cogitava da necessidade de intervenção do Estado para assecuramento destes direitos, já que eles configuravam direitos negativos, que envolviam abstenções e não prestações. Por isso, fazia sentido proclamar que os direitos do indivíduo deviam ser sempre postos acima do alcance da ação do Estado.

Porém, quando, com o advento do Estado Social, passou-se a reconhecer a necessidade de intervenção do Estado, através de políticas públicas, para proteção dos mais débeis diante do arbítrio dos mais fortes, e garantia das condições materiais básicas de existência, aquela idéia da supremacia incondicional do direito individual sobre o interesse coletivo não teve como subsistir. A consagração dos direitos sociais, bem como a relativização das liberdades econômicas e dos institutos que lhe são correlatos, como propriedade e autonomia contratual, criaram nova correção de forças entre os interesses públicos e privados. Foi o caso do individualismo possessivo.

No entanto, a história das idéias não é linear, mas às vezes parece percorrer verdadeiros ciclos. E assim, eis que o individualismo burguês, na sua versão mais extremada, ressurge no final do século XX, pela voz de autores ditos libertários, cujo magistério encontrou algum eco no contexto de crise do Estado Social. Os libertários, como Friederich Von Hayek, o casal Friedman e Robert Nozick, não se contentam em afirmar a primazia dos indivíduos sobre a sociedade e o Estado – tese que também encampamos. Eles vão muito além disso, ao defender o Estado mínimo, com base numa

leitura reducionista dos direitos fundamentais, que não atribui nenhuma importância à igualdade substantiva e à sociedade nega o próprio conceito de justiça distributiva – e nisso os libertários diferenciam-se profundamente dos chamados liberais igualitários, como John Rawls e Ronald Dworkin.²³

Sarmiento conclui que a Constituição brasileira é tipicamente social, onde o poder estatal deve ser exercido de forma a proteger os direitos fundamentais do próprio Estado, apesar de reconhecer que a nossa Lei Fundamental impõe a tutela do interesse público à Administração do Estado, pontuando, contudo, que “este dever de tutela do interesse público que pesa sobre a Administração não lhe concede o poder de atropelar indene os interesses particulares porventura conflitantes. (...) Dessa forma, a ação estatal conforme ao Direito não será aquela que promover de forma mais ampla o interesse público colimado, mas sim a que corresponder a uma ponderação adequada entre os interesses públicos e privados presentes em cada hipótese, realizada sob a égide do princípio da proporcionalidade.”²⁴

Aplicado o referido raciocínio ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal que prefere remeter o cidadão à fila interminável dos precatórios, quando a Constituição lhe outorga o direito fundamental de ser indenizado previamente, deduz-se que é urgente a necessidade de se rever o entendimento da Corte Constitucional para não se perpetrar a mais repugnante das injustiças ao proprietário que já sofre com a perda de seu patrimônio em favor da coletividade e não pode ser penalizado ainda mais, senão nos casos expressamente consignados nos artigos 182 e 184 da Constituição da República.

3.3. A tese aqui exposta frente ao entendimento doutrinário.

23 Daniel Sarmiento, obra citada, p. 67/68.

24 Obra citada, p. 115.

Deflui-se da tese que aqui se constrói ser insustentável a permanência do artigo 15-B do Decreto-lei nº 3.365/41, introduzido pela Medida Provisória nº 2183-56/2001 no ordenamento jurídico, assim como o posicionamento firmado em outras oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal. Pena que a Ação Direta de Inconstitucionalidade em que se tenha proposto a discussão do tema o referido dispositivo tenha quedado fora do questionamento. Contudo, insta observar que o texto normativo em apreço subverte a ordem constitucional por completo como aqui analisado, porquanto os pagamentos das indenizações por desapropriação somente devam ocorrer por títulos da dívida urbana ou agrária nos exatos termos previstos nos artigos 182 e 184 da Constituição da República.

Não há como se admitir a alteração de um direito fundamental pelo texto de uma medida provisória manifestamente editada para privilegiar o “caixa” estatal em detrimento do cidadão expropriado.

José Carlos de Moraes Salles, por outro lado, concorda com a tese vencedora no Supremo Tribunal Federal de que o pagamento em dinheiro e prévio devido em razão das desapropriações deverá seguir a fila dos precatórios. Para ele trata-se de instituto inclusive moralizador. Contudo, em caso de prevalência desta tese o pagamento prévio e em dinheiro não estará, *data vênia*, ocorrendo e assim um direito fundamental do cidadão perecerá diante do interesse da Fazenda Pública de não desembolsar valores pela expropriação de parte ou da totalidade do patrimônio de um particular.

É certo que o patrimônio privado é útil aos interesses particulares, mas deve igualmente servir ao interesse social, o que não se confunde com o interesse público secundário de não proceder ao pagamento em dinheiro e previamente nos casos de desapropriação.

José dos Santos Carvalho Filho e praticamente toda a doutrina estudiosa do direito administrativo do País concorda com a tese de que os pagamentos devem seguir a fila dos precatórios em razão da prevalência do interesse público sobre o privado e porque o artigo 100 da Constituição da República é terminativo ao dispor que os pagamentos derivados de sentenças judiciais deverão ser realizados mediante precatório.

Contudo, em Celso Antonio Bandeira de Mello aprende-se que o interesse secundário do estado somente prevalecerá sobre o interesse primário caso aquele coincida com este no desempenho de seu mister. O escólio do renomado jurista retrata melhor o instituto, *verbatim*:

18. Também assim melhor se compreenderá a distinção corrente na doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses primários – que são os interesses da coletividade como um todo – e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade. Poderia, portanto, ter o interesse secundário de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas ‘seus’, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos.

Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir.

19. Em face do exposto, fácil é ver-se que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais.”

Conclui o renomado jurista, ao tentar definir a locução “interesse público” com não menos brilhantes ensinamentos:

8. O que fica visível, como fruto dessas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas – e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras.

Pois bem, é este último interesse o que nomeamos de interesse do todo ou interesse público. Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – comparecem em tal qualidade. Então, dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão -, só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos. Onde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente tem quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.

Ainda na mesma obra, Celso Antonio Bandeira de Mello concorda com a inconstitucionalidade do artigo 15-B inserido no Decreto-Lei nº 3.365/41, seja porque referida inserção se deu pela via da medida provisória, seja por desrespeitar o artigo 5º, inciso XXIV da Constituição da República. Interessante que em outra passagem, o jurista assim define os requisitos da desapropriação, separando-a em comum e para política urbana ou para reforma agrária. Sustenta ele, *verbatim*:

Os requisitos ou condições que autorizam a desapropriação são os previstos no art. 5º, XXIV, do Texto Constitucional, ou seja: necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, pagamento de indenização prévia, justa e em dinheiro, no caso da desapropriação comum, prevista no citado art. 5º, XXIV, da Constituição, e em títulos especiais da dívida pública, quando se tratar de desapropriação para política urbana ou para reforma agrária, nos termos e condições dos arts. 182 e 184 e ss., respectivamente.

O maior estudioso das desapropriações no Brasil, Seabra Fagundes, já em 1949 lecionava sobre o princípio da PRÉVIA indenização com brilhantismo ímpar. Recordar seu escólio talvez faça avivar na mente dos atuais aplicadores do direito que os rumos seguidos pelo Poder Público (Legislativo, Executivo e Judiciário) na atualidade equivalem à adoção de um estado de exceção, jamais de direito como preconiza a Constituição da República. Eis o que diz, *verbatim*:

Para cercar de maior eficácia a proteção do patrimônio particular, em face desse excepcional direito do Estado, a Constituição (1946) condicionou o exproprioamento à PREVIA INDENIZAÇÃO. O patrimônio do indivíduo, forçado a sofrer desincorporação de valor em atenção ao interesse público, antes que ela se efetive, é segurado do ônus que lhe vai pesar com o pagamento, em dinheiro, de valor correspondente.

Evitam-se, dessarte, os transtornos que à economia individual poderiam acarretar delongas da Administração no pagamento do preço.

Assim já dispunham a Constituição Imperial e as Constituições Republicanas de 1891, de 1934 e de 1937.

A INDENIZAÇÃO PRÉVIA é exigida por quase todas as legislações. Assim ocorre no direito Frances (onde existe exceção ao princípio no caso da chamada DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA, que se dá quando, na execução de determinado trabalho público, o Estado fique na contingência de apropriar-se de imóvel não compreendido no plano primitivo); no direito italiano (embora assumindo a forma, ao nosso ver, inaceitável, de depósito à disposição dos interessados; no direito alemão; no direito espanhol; no direito argentino; etc.

Só excepcionalmente se encontra alguma legislação admitindo a indenização A POSTERIORI, como a mexicana.

Mas, enquanto no direito anterior o único requisito constitucionalmente imposto à indenização era a sua antecipação ao exproprioamento, sob a vigente Carta Magna (1946) se vai adiante: prescreve-se que a indenização, além de PRÉVIA deverá ser JUSTA e EM DINHEIRO.

Ambas essas exigências, cujo objetivo é completar a proteção do indivíduo contra os abusos do direito de expropriar, impedindo que se relaxe o princípio da INDENIZAÇÃO PRÉVIA através de critérios menos justos de avaliação e de pagamento em valores de circulação menos fácil, se inspiraram na aplicação recente do decreto-lei nº 3.365, de 21 de julho de 1941.”

E segue o renomado jurista discorrendo sobre a inconstitucionalidade que se abatia, já naquela época, contra o decreto-lei 3.365/41:

Esse decreto-lei, rompendo a tradição do direito nacional, admitiu que, em cada caso, “havendo autorização prévia do Poder Legislativo”, o pagamento poderá efetuar-se em títulos da dívida pública federal, admitidos em bolsa, de acordo com a cotação do dia anterior ao do depósito”. Tal critério como regra não é plausível, pelo que foi feliz o legislador constituinte ao bani-lo, peremptoriamente, no preceito do art. 141, § 16. Embora como exceção, a título transitório e dentro de certas circunstâncias (sobretudo tendo em vista o alto valor de dados bens), se explicasse e até impusesse a indenização em títulos para tornar exequível a política social do Estado delineada na própria Constituição.

No referido escólio já se encontravam contornos do que, na Carta de 1988, viraria regra constitucional, com a admissão de pagamento mediante títulos da dívida pública em caso de desapropriação por interesse na política social.

Àquele tempo nem isso era admitido, porquanto, explica Seabra Fagundes, o título da dívida pública constitui apenas uma obrigação de pagar a quantia correspondente ao seu valor nominal à data do vencimento, o que, em última instância, não se equivale ao pagamento prévio. E justificava ele:

O desfalque imposto ao patrimônio particular pode subsistir, de modo efetivo e real, não obstante o recebimento dos títulos, alterando fundamentalmente a situação econômica do expropriado pela impossibilidade de movimentar os valores correspondentes ao preço, ou pela inferioridade do rendimento que lhe assegurem em comparação com os que obtinha diretamente da coisa desapropriada.

Forte nestas razões, faço a seguir as conclusões deste trabalho.

CONCLUSÃO

Em conclusão, urge a revisão do pensamento que se consolida no Supremo Tribunal Federal em função das premissas aqui estabelecidas, quais sejam:

1. O direito fundamental ao prévio pagamento da justa indenização supera o interesse secundário das fazendas públicas em proceder ao pagamento nos termos do artigo 100 da Constituição da República;
2. A Constituição da República prevê o pagamento justo e prévio da indenização ordinária e os casos excepcionais ali previstos, enquadrados como interesse social, se encontram regulados pelos artigos 182 e 184, os quais se referem exclusivamente aos pagamentos através de títulos da dívida pública por entes municipais nos casos do inciso III do § 4º do artigo 182 e por títulos da dívida agrária, nos termos do artigo 184, jamais pela modalidade dos precatórios.
3. A sentença que fixa o valor complementar da indenização nada mais faz do que seguir critérios técnico-científicos do laudo pericial produzido em juízo e em obediência ao contraditório, nos casos em que o numerário depositado pela administração pública não corresponder à realidade do valor do bem expropriado.
4. O expropriado já é penalizado suficientemente em favor da coletividade quando tem parte ou totalidade de seu patrimônio suprimido e sobre ele não deve pesar a obrigação de submeter-se à fila dos precatórios para receber o preço fixado em sentença, mesmo porque se trata da justa indenização que deve ser paga previamente.

Espera-se poder contribuir com este trabalho para que a República Federativa do Brasil continue em crescimento com respeito ao cidadão e seus direitos fundamentais, os quais se confundem com a dignidade da pessoa humana, princípio que deve reger todas as relações do Estado com seus administrados. Ao agir com respeito aos referidos fundamentos o Estado

Democrático de Direito se consolida nas terras tupiniquins. Ao contrário, se abandonados direitos fundamentais em prol do interesse estatal não coincidente com aqueles, ficarão cada vez mais abertas e profundas as voçorocas do clientelismo e das perseguições políticas que tanto corroem e corrompem as relações dos cidadãos deste país.

Daí a necessidade urgente de se modificar o entendimento mantido atualmente pelo Supremo Tribunal Federal, mediante o qual os interesses do governo são assegurados às custas do patrimônio de quem não tem a sorte de “ser amigo do rei” para receber antecipadamente e sem discussão judicial o preço justo pelo bem expropriado.

Impõe-se igualmente que o Congresso Nacional, conhecido pelas “trocas espúrias” com o Poder Executivo e contrárias ao verdadeiro interesse público, altere sua forma de agir e imponha reais limites à sanha do Poder Executivo que não titubeia em assacar os direitos fundamentais do cidadão, a quem deveria ser reconhecido o título de verdadeiro e único soberano no Estado Democrático de Direito.

Por fim, ao Poder Executivo caberia assumir sua verdadeira função de servir de espelho ao povo, mediante adoção de critérios justos e que privilegiem o mérito das pessoas que vivem neste país. Deve ser abandonada a idéia de proteção aos apaniguados, porquanto essa perversão mate o sistema capitalista ao mesmo tempo em que corrói os alicerces do Estado Democrático de Direito no qual poucos acreditam ou sabem existir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert; Trad. HECK, Luiz Afonso. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, 2ª tiragem.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo (Diretor). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Fortaleza: Instituto Albaniza Sarasate.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 2.ª ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pg. 741.
- CASTRO, Mônica. *A Desapropriação Judicial no Novo Código Civil*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 19 - SET-OUT/2002, pág. 145.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva 2007.
- COSTA, Maria Isabel Pereira da. *A transferência do domínio do bem imóvel para o poder expropriante no processo judicial*. Revista AJURIS n.º 47 - 1989, pág. 142.
- COUTINHO, Diogo R. e VOJVODIC, Adriana M. (Organização). *Jurisprudência Constitucional: Como Decide o STF?* São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16.ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 5ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

- FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2.^a Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3^a Edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang – (Coordenação). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em Homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander e JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.
- MENDES, Gilmar. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2^a Edição, São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm; Trad. Marcio Pugliese. *Além do Bem e do Mal ou Prelúdio de uma Filosofia do Futuro*. São Paulo: Hemus Editora.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *A Transferência da Propriedade para o Domínio do Expropriante no Curso da Ação de Desapropriação*. Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. 31 – 1.^o Bim. de 1982, pág. 63.
- ROMANO, Santi; Trad. DINIZ, Maria Helena. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.
- SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4.^a ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3^a Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- SPITZCOVSKY, Celso. *Direito Administrativo*. 4.^a ed. São Paulo: Ed. Paloma, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
- SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VIANA, Raimundo. *Do Registro na Desapropriação*. Revista Forense. Vol. 298 – Abril/Junho de 1987, pág. 373.