

CLOVIS BEZNOS

Biblioteca MA – PUCSP



100071781

**ASPECTOS JURÍDICOS DA INDENIZAÇÃO NA
DESAPROPRIAÇÃO**

Tese apresentada à Banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção do título
de Doutor em Direito sob a orientação da
Professora Doutora Lúcia Valle Figueiredo.

Biblioteca
Nadir Gouvêa Kfourí
PUC/SP

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
São Paulo — 2002

RESUMO

Os objetivos do presente estudo consistem em questionar aspectos relevantes da desapropriação, ao que respeita à indenização, eis que esta configura o aspecto primordial do instituto.

Para tanto, partimos de breve incursão nos aspectos históricos da desapropriação para, em seguida, expor nossa compreensão sobre ela, desaguando na análise de seu fundamento jurídico.

Após essa análise básica da desapropriação, situando-nos perante ela, partimos para a análise dos pontos específicos dos temas referentes à desapropriação, em que a indenização se evidencia como matéria preponderante.

O primeiro aspecto que o trabalho examina é a chamada “imissão provisória de posse”, que enseja o questionamento sobre a indenização para que seja efetivada.

Assim, a arguição que esse aspecto suscita consiste na controvérsia de ser de mister, ou não, a plena e prévia indenização para a efetivação da imissão provisória de posse.

Em seguida tratamos da chamada desapropriação indireta, questionando-nos sobre as suas conseqüências na ordem jurídica, em se considerando que sua ocorrência descumpra o preceito constitucional da prévia e justa indenização.

O aspecto seguinte que abordamos denominamos de “indenizações ambientais”, incursionando no exame da necessidade de preservação de florestas em áreas privadas, para o equilíbrio do meio ambiente, questionando-nos sobre quem deva suportar os ônus decorrentes.

Consideramos em seguida indenizações fixadas judicialmente, em descompasso com o comando constitucional da justa indenização, fazendo uma breve incursão sobre o tema da “coisa julgada inconstitucional”, invocando a aplicabilidade da ação popular como remédio eficaz para a questão posta.

Ao depois, abordamos a desapropriação-sanção, perseguindo a análise da função social da propriedade, seu descumprimento pelo proprietário urbano, examinando a lei que se autodenomina de “Estatuto da Cidade”, fazendo também breve análise do descumprimento da função social da propriedade rural, culminando com referência à reforma agrária.

O último tema objeto de nossa detença consistiu na execução da sentença na ação expropriatória, em que fizemos a análise da natureza jurídica da sentença que fixa a indenização nesse feito, para indagarmos da adequação do procedimento executório de parte do expropriado, via dos tormentosos precatórios.

ABSTRACT

The objectives of the present study are to discuss relevant aspects of dispossession in so far as compensation is concerned, since it characterizes a fundamental aspect of the institute.

For that we briefly address the historical aspects of dispossession to then discuss our comprehension of it and finally analyze its legal basis. After a basic analysis of dispossession, allowing us some understanding of the same, we set out to analyze specifics of topics concerning dispossession, with compensation featuring as a predominant matter.

The first aspect examined in the study is the so-called "provisional writ of entry", which attempts to discuss compensation in order for it to be effected.

Thus the dispute that arises out of this aspect consists in a controversy whether full and prior compensation is necessary or not in order for a provisional writ of entry to be effected.

Next we address the so-called indirect dispossession, discussing its consequences on the legal order, given that such occurrence is not in compliance with the constitutional precept of prior and fair compensation.

The next aspect we address is called "environmental compensation", examining the need to preserve forests in private areas so as to achieve environmental balance, asking ourselves who should bear the resulting costs.

Next we consider legally fixed types of compensation, in disagreement with the constitutional command of fair compensation, with a brief reference to "unconstitutional res judicata", invoking applicability of popular action as an efficient remedy for the question posed.

Later we address sanction dispossession, analyzing the social role of property and noncompliance on the part of city property owners, examining the law known as "City Statute", again with a brief reference to noncompliance with the social function of rural property, ending with a reference to agrarian reform.

The last topic and object of the delay consisted in the execution of a judgement in expropriation action, where we proceeded to analyze the legal nature of a judgement that determines compensation in such instance, in order to inquire into suitability of an executory proceeding on the part of the expropriated party, a cause of burdensome rogatory documents.

À *Lúcia Valle Figueiredo*, minha amiga,
cujo estímulo foi determinante à realização deste trabalho.

SUMÁRIO

ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	9
Capítulo 1	
O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO	12
1.1. <i>Esboço Histórico</i>	12
1.2. <i>O Instituto da Desapropriação</i>	17
1.3. <i>O Fundamento Jurídico da Desapropriação</i>	20
Capítulo 2	
A IMISSÃO PROVISÓRIA DE POSSE	34
2.1. <i>A Previsão Normativa</i>	34
2.2. <i>A Evolução Jurisprudencial</i>	39
2.3. <i>A Noção de Posse</i>	44
2.4. <i>O Direito à Indenização Completa e Prévia</i>	46

Capítulo 3	
DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA.....	50
3.1. <i>O Conceito de Desapropriação Indireta – seu fundamento normativo</i>	50
3.2. <i>O Ilícito, a Ação Reivindicatória e a Via Reparatória</i>	54
Capítulo 4	
AS INDENIZAÇÕES AMBIENTAIS	65
4.1. <i>A Legislação Florestal e a Indenização</i>	65
4.2. <i>A Servidão</i>	82
Capítulo 5	
A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	85
5.1. <i>A Revisão do Julgado Inconstitucional</i>	85
5.2. <i>A Ação Popular</i>	94
Capítulo 6	
DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO	105
6.1. <i>A Função Social da Propriedade</i>	105
6.2. <i>O Estatuto da Cidade</i>	118
6.3. <i>A Reforma Agrária</i>	130
Capítulo 7	
A EXECUÇÃO DE SENTENÇA NA AÇÃO EXPROPRIATÓRIA	138
CONCLUSÕES	149
BIBLIOGRAFIA	157

ABREVIATURAS

ADIn.	Ação Direta de Inconstitucionalidade
art.	artigo
CC	Código Civil
Cf.	conforme
cit.	citado(a)
<i>DJU</i>	<i>Diário de Justiça da União</i>
inc.	inciso
<i>RDA</i>	<i>Revista de Direito Administrativo</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Direito Público</i>
rel.	relator
REsp	Recurso Especial
<i>RSTJ</i>	<i>Revista do Superior Tribunal de Justiça</i>
<i>RTJ</i>	<i>Revista Trimestral de Jurisprudência</i>
T.	Turma
TDA's	Títulos da Dívida Agrária
ven.	venerando
v.g.	verbi gratia

INTRODUÇÃO

A indenização é o ponto nodal da desapropriação que, sem ela, pura e simplesmente não existe.

É ela a marca da existência do direito à desapropriação em contraposição ao confisco, bem como é, conforme seja adotada uma ou outra modalidade, o traço caracterizador de seu caráter sancionador.

Configura a indenização o símbolo do respeito pelo poder aos direitos individuais, traduzindo-se também em evidente significado do princípio da igualdade.

O Estado de Direito pressupõe a inexistência de sacrifícios individuais, em prol das arcas do príncipe ou da obra pública, e por isso os ônus públicos são repartidos pela coletividade, pela via da indenização.

Todavia, o Estado de Direito pressupõe também a efetividade do direito e do respeito à Constituição.

É papel do jurista identificar os mecanismos de defesa do Estado de Direito, para que o direito em sua dinâmica seja efetivo.

Assim, o princípio da constitucionalidade, informador da supremacia da Constituição e da eficácia dos seus meios de defesa, paralelamente ao princípio da igualdade, constitui-se em ideal a ser perseguido.

De seu turno, a ideologia é aspecto indispensável à coerência de qualquer construção jurídico-científica, não se podendo dela prescindir para que qualquer esforço nessa área tenha algum significado.

Todavia, é de mister reconhecer que da estática da norma à sua dinâmica há um árduo caminho a percorrer, e que somente o aprendizado, a experiência e o experimento com os acertos e erros inevitáveis são a via que leva ao encontro do ideal perseguido.

O Estado que não paga, caloteiro, que toma a propriedade alheia, pela execrável prévia imissão; que pratica o esbulho, pela malsinada “desapropriação indireta”; que arrasta à eternidade a sua fila de credores, pelos não menos abomináveis precatórios; que utiliza expedientes de pura technicalidade para postergar feitos, com teses já vencidas; que utiliza processos legislativos para parcelar suas dívidas em dez longos anos, é realmente um Estado de Direito?

Existe, em verdade, a responsabilidade extracontratual do Estado, que ministramos aos nossos alunos nos bancos acadêmicos? Existe a desapropriação mediante prévia e justa indenização? Existe a isonomia?

De outra parte, pode o jurista assistir passivamente ao dinheiro público ser às escâncaras desviado de tantas necessidades de nosso povo miserável, para ser carregado aos ávidos bolsos de espertalhões que, aproveitando-se do sono administrativo, e com a ajuda de espertos “experts”, escudam-se na coisa julgada para enriquecer suas arcas? Tem o direito resposta para isso?

A coisa julgada que afronta a Constituição Federal, com desprezo ao pressuposto da justa indenização, deve ser extirpada do ordenamento?

O objetivo deste singelo trabalho é o encontro de soluções para os pontos que se nos afiguram relevantes acerca da indenização no instituto da desapropriação, além da afirmativa com ênfase de soluções já encontradas, mas não usualmente tratadas, talvez pela modéstia de seus autores ou, quem sabe, pelo desânimo da tese não escutada.

Considerando a pertinência ao tema escolhido, a busca da efetividade das normas que asseguram o respeito ao indivíduo e à sua propriedade, à coletividade e ao Erário Público, e que realizem o ideal do Estado de Direito, é o objetivo deste trabalho. Se conseguirmos despertar o leitor para o questionamento dos pontos abordados, teremos atingido nosso objetivo.

Capítulo 1

O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO

1.1. Esboço Histórico

O instituto da desapropriação caminha historicamente em paralelo com a noção da propriedade individual.

Com efeito, a propriedade privada caracteriza-se por ser exclusiva, no sentido do poder que assiste ao seu titular de excluir o restante da comunidade de sua fruição, enquanto a desapropriação exclui o proprietário privado, para alocar o bem sob a fruição da coletividade.

Todavia, não obstante essa aparente contradição, é evidente que uma é pressuposto da outra, havendo quem, como EURICO SODRÉ, afirme que “a desapropriação é uma das garantias constitucionais da propriedade”¹.

1. SODRÉ, Eurico. In: *A Desapropriação*, p. 9.

Anotando o seu caráter de compulsoriedade, assinala MARIA GARCIA, com apoio em PONTES DE MIRANDA, o seu aspecto de asseguramento da propriedade, que afirma preponderante sobre a ameaça de sua integridade².

Quanto à sua origem, refere VICENTE SABINO JÚNIOR a divergência doutrinária no sentido de que alguns supõem que em seus primórdios fora ela coletiva, tal como a propriedade tribal que hoje se conhece, enquanto outros dizem que a propriedade privada sempre existiu³.

Segundo CANASI, a palavra domínio deriva etimologicamente da palavra latina "domus" ("dominus", senhor da casa), significando o poder que uma pessoa tem de usar e dispor livremente do que lhe pertence⁴.

Observa-se no Direito Romano uma evolução do conceito da propriedade, que se origina na pilhagem, no butim de guerra, para ao depois concretizar-se no chefe de família a capacidade exclusiva de domínio, "domus", para em seqüência estender-se ao indivíduo que adquire tal capacidade com o alcance precedente⁵.

2. "Não obstante se assinale universalmente essa característica de *vis compulsiva*, Pontes de Miranda observa que a expropriação figura na sistemática constitucional brasileira, antes como garantia da propriedade do que como ameaça à sua integridade, sendo a indenização o ressarcimento, a compensação à perda patrimonial sofrida pelo expropriado, prévia e justa, mediante a qual o princípio da garantia mantém-se incólume e inviolado. Sem dúvida que o posicionamento do ilustre jurista encontra apoio no consenso doutrinário constitucional, porquanto a circunscrição do âmbito do poder de intervenção estatal para a 'forçosa transferência da propriedade', na pré-citada expressão de Alessi, a determinação dos contornos dessa possibilidade a ser exercida contra o detentor da propriedade vem constituir, exatamente, a garantia dessa mesma titularidade, desse mesmo direito." GARCIA, Maria. In: *Desapropriação para Urbanização e Reurbanização*, pp. 27 e 28.

3. "Afirmam outros que a propriedade privada sempre existiu, confundindo, segundo determinados autores, a apropriação momentânea com o conceito real de propriedade. Não se encontra na legislação oriental antiga alusão precisa sobre a propriedade imobiliária, a não ser inuito vagamente nas Leis de Esnunna (1930 a.C.). Não se sabe, porém, se a referência ao proprietário de um campo diz respeito à propriedade efetiva da terra, ou somente à sua cultura. A rigor o que pertence ao chefe é o produto de seu trabalho e a sua casa, além das coisas móveis e semoventes." SABINO JÚNIOR, Vicente. In: *Da Desapropriação*, p. 13.

4. CANASI, José. In: *Derecho Administrativo*, p. 834.

5. *Idem*, *ibidem*, p. 835.

Ao que tange à desapropriação, a sua evolução histórica também sugere divergências quanto à sua existência no Direito Romano, ou mesmo em épocas anteriores.

Refere MARIENHOFF vestígios dela na Bíblia, em passagem do Velho Testamento, advertindo todavia que tais escritos não refletem precisamente manifestações de desapropriações, mas de atos de força, de poder ou de autoridade⁶.

Para EURICO SODRÉ não há dúvidas quanto ao fato de que os romanos conheciam o fenômeno da desapropriação, eis que segundo o autor seria impossível que as importantíssimas obras públicas que realizavam não encontrassem algum proprietário que a elas se opusesse dentro de sua propriedade⁷.

Por outro lado, lembra o autor a solidez do conceito de domínio privado no Direito Romano, que tangia praticamente o absoluto, assegurando, nesse sentido, ao dono o direito de usar e abusar de sua propriedade⁸.

6. "En la *Biblia*, Antiguo Testamento, hay vestigios de ella. Em el Libro 1.º de Samuel, entre los derechos del Rey, se dice: 'Asimismo tomará vuestras tierras, vuestras viñas, y vuestros buenos olivares, y los dará a sus siervos' (capítulo 8.º, versículo 14). En el Libro 2.º de Samuel, capítulo 24, versículos 21 a 25, el Rey requiere la propiedad de los particulares para levantar un altar a Dios, con el objeto de que cese la plaga o mortandad en el pueblo; pero aclara que tal entrega de la propiedad será mediante pago de precio, 'porque no ofreceré a Jehová mi Dios holocaustos por nada'. En el Libro del Profeta Ezequiel, con referència al reparto de la tierra, después de establecer qué parte de ésta le corresponderá al Principe, se agrega: 'Esta tierra tendrá por posesión en Israel, y nunca más mis príncipes oprimirán a mi pueblo; y darán la tierra a la casa de Israel por sus tribus'; y luego dice: Así ha dicho el Señor Jehová (capítulo 45, versículos 8 y 9)." MARIENHOFF, Miguel S. In: *Tratado de Derecho Administrativo*, pp. 140 e 141.

7. "É evidente que os Romanos conheciam o fenômeno da desapropriação, ainda que não o tivessem regulamentado, ou sistematizado de forma institucional. Realizavam vastas e importantíssimas obras públicas e é impossível que jamais defrontassem com o problema de um proprietário que a elas se opusesse, dentro de sua propriedade. E nesses casos, a indenização correspondente dependeria do grau de arbítrio das autoridades. As noções jurídicas esboçadas no Digesto – 'de religiosis', 'quemadm. servit. admitt'; e no Senatusconsulto – 'de aquaeductibus Romae' etc., seriam aplicadas com maior ou menor amplitude, segundo a conformação moral ou o sentimento jurídico dos governantes." SODRÉ, Eurico. In: ob. cit., p. 11.

8. "No Direito Romano o conceito de domínio privado era de uma solidez e extensão que raiavam praticamente com o absoluto, assegurado ao dono o direito de usar e abusar de sua propriedade. A 'potestas' 'do

Narra, ainda, em reforço a essa idéia, a lenda de Licinius Crassus, contada por Tito Lívio, que se opôs à construção de um aqueduto público, fazendo prevalecer seu direito de não ceder o terreno, no local de planejamento da obra⁹.

O direito francês conheceu três distintas épocas quanto ao instituto da desapropriação.

Nesse sentido alude DIEZ que a primeira época é resultante da Constituição de 1791, a segunda decorrente da Lei de 8 de março de 1810 e a terceira oriunda da Lei de 7 de julho de 1883.

Nessa primeira fase, a Constituição francesa de 1791 estabelecia a desapropriação por razões de necessidade pública, vindo a ser posteriormente substituído tal pressuposto pelo da utilidade pública, e que a indenização haveria de ser prévia e justa.

O defeito dessa previsão, contudo, consistia no fato de que era a própria administração que fixava o valor da indenização e que operava a transferência da propriedade para o Poder Público.

Na segunda fase, a Lei de 8 de março de 1810, baixada por inspiração de Napoleão, conferiu à autoridade judiciária a faculdade de transferir a propriedade e regular a indenização.

Essas disposições renderam ensejo a críticas que afirmavam o sacrifício do interesse coletivo em favor do interesse privado, porque os juízes ser-

pater familias' era uma autoridade que se reunia à dos deuses. Porque em Roma, segundo ensina FUSTEL DE COULANGES, não eram sobretudo as leis que protegiam a propriedade, mas a religião. Ali, os marcos divisórios, cuja imobilidade é, ainda hoje, protegida pela lei penal, deificavam-se no mito do Termo, deus doméstico." SODRÉ, Eurico. In: ob. cit., p. 10.

9. Idem, ibidem, p. 10.

viam-se de peritos, o que era determinante de delongas no procedimento, com a circunstância agravante de que tais “experts” normalmente exacerbavam a indenização.

Por último, a Lei de 7 de julho de 1883 criou a figura do *jurado da expropriação*, que tinha por missão regular a indenização e o que fosse concernente a liquidações de hipotecas sobre o bem, ou relativo a outros direitos que incidissem sobre este.

O jurado permitia a celeridade do procedimento expropriatório porque sua decisão era soberana e, portanto, irrecorrível.

Essa reforma, todavia, não teve êxito porque durante muitos anos o jurado de desapropriação exagerava nas avaliações, exacerbando as indenizações¹⁰.

O nosso ordenamento jurídico tradicionalmente acolhe o instituto da desapropriação, assegurando como requisito de sua efetivação a indenização.

Conforme anota SÉRGIO FERRAZ, não tem sido uniforme o tratamento constitucional da indenização¹¹.

De fato, a Constituição de 1824 fixava tão-somente a necessidade da prévia indenização para “o uso e emprego da propriedade do cidadão”, relegando à lei, entretanto, a fixação das regras para a determinação dessa indenização (art. 179, inc. XXII).

Nessa mesma linha de previsão, seguiu-se a Constituição de 1891 fixando tão-somente o requisito da prévia indenização para a efetivação da desapropriação (art. 72, § 17).

10. DIEZ, Manuel Maria. In: *Derecho Administrativo*, p. 231.

11. FERRAZ, Sérgio. In: *A Justa Indenização na Desapropriação*, pp. 1 e 2.

Já a Constituição de 1934 pela primeira vez introduziu no ordenamento a previsão constitucional da justa indenização, agregando-se tal pressuposto ao requisito de ser ela efetivada previamente à concretização da desapropriação (art. 113, inc. 17).

A previsão constitucional da justa indenização, todavia, desaparece sob a égide da Carta de 1937, mantendo-se nela tão-somente a prévia indenização como pressuposto de sua realização (art. 122, inc. 14).

A Constituição democrática de 1946 novamente elenca os pressupostos da prévia e justa indenização para a efetivação da desapropriação (art. 141, § 16), o que foi mantido na Constituição de 1967 (art. 150, § 22), na Emenda Constitucional n.º 1/69 (art. 153, § 22) e, finalmente, na atual Carta Política, em seu artigo 5.º, inciso XXIV.

Exposto esse breve esboço quanto ao histórico do instituto objeto de nossa preocupação, cabe-nos em seqüência examinar o instituto da desapropriação.

1.2. O Instituto da Desapropriação

O nosso entendimento da desapropriação envolve a análise dos seguintes elementos: o direito de propriedade, a igualdade diante das necessidades da coletividade e a igualdade informadora da indenização.

De fato, o princípio da igualdade que se colhe do artigo 5.º do Texto Constitucional constitui-se, a nosso ver, em um dos princípios que sobrepõem os demais, condicionando a existência dos demais direitos e deveres que o ordenamento prescreve.

Assim, não se pode conceber, diante desse princípio, que os encargos

sociais decorrentes dos benefícios ou melhorias, construídos em prol da coletividade, recaiam especialmente sobre alguém, exigindo que sejam eles distribuídos por toda a sociedade.

. Bastaria esse princípio para informar o dever da recomposição patrimonial integral do desapropriado, eis que este tem a sua propriedade extinta sempre em razão de um interesse público, de uma necessidade pública ou de um interesse social.

* É em razão desse fato que a previsão da *justa* indenização, como pressuposto para efetivar-se a desapropriação, afigura-se-nos uma expressão pleonástica, o que não nos impedirá de utilizá-la neste estudo, vez que essa é a expressão utilizada pela Constituição Federal, além de ser consagrada pelo uso¹².

No plano jurídico o pressuposto da desapropriação colhe-se da função social da propriedade, fixada pela Constituição Federal.

Com efeito, a Carta Magna, ao assegurar a propriedade no inciso XXII do artigo 5.º, entre os direitos que elenca como fundamentais, em seguida, no inciso XXIII, traça desde logo o contorno desse direito, ao subordinar a sua existência à função social da propriedade.

De outra parte, ao elencar os princípios da nossa ordem econômica, no artigo 170, aloca entre eles, o Texto Constitucional, o *princípio da proprie-*

12. Observe-se, contudo, a respeitabilíssima posição de SÉRGIO FERRAZ, em sua notável obra supracitada, na qual considera que "O vocábulo *justa* representa um dos pontos nodais de todo o estudo referente ao instituto da desapropriação". Com efeito, o ilustre jurista, depois de incursão semiológica, com apoio inclusive em WARAT, quanto ao aspecto jurídico, aponta o perigo da não-inclusão da palavra "justa" a adjetivar o termo indenização, referindo-se como exemplo ao ordenamento italiano, nos seguintes termos: "A ausência do adjetivo 'justa', no texto constitucional italiano, tem levado a jurisprudência a consideráveis perplexidades. O risco supremo é de que os julgadores, ou os intérpretes, acreditem que da omissão do texto se poderá concluir não estar a Administração obrigada à correspondência de valor". FERRAZ, Sérgio. In: ob. cit., pp. 3 a 15.

dade privada, no inciso II, para em seqüência, no inciso III, arrolar o *princípio da função social da propriedade*.

Significa isso que nosso sistema constitucional, não obstante assegure a propriedade privada com característica de princípio, ou seja, de base, alicerce de toda nossa ordem econômica, com idêntica força condiciona essa propriedade a ser destinada a uma *função*.

Como se vê, afasta o Texto Constitucional o conceito de propriedade estática, para lhe atribuir uma *função social*, significando isso que a propriedade privada deve ser voltada não apenas para o interesse do proprietário, mas também para a sua interação aos interesses da sociedade.

Disso se colhe, em primeiro lugar, que a fruição da propriedade privada deve ser adequada à sua função social.

De outra parte, pode a necessidade pública, entendida esta em seu senso lato, compreendendo também a utilidade pública e o interesse social, ser determinante da extinção da propriedade privada, com a desapropriação.

Assim sendo, no plano constitucional é a função social da propriedade o fundamento para a desapropriação.

Vale referir nesse passo que a Constituição Federal, além da referência à "função social da propriedade" em sentido amplo, que se colhe como parâmetro do perfil do direito de propriedade (art. 5.º, inc. XXIII), ou na categoria de princípio informador da ordem econômica, também refere essa expressão em sentido estrito, seja quando define a função social da propriedade urbana – artigo 182, § 2.º, seja quando fixa o que significa o implemento da função social da propriedade rural, no artigo 186, incisos I a IV.

Examinado o instituto da desapropriação, passa-se à análise do seu fundamento jurídico, com incursão às principais teses sustentadas pela doutrina.

1.3. O Fundamento Jurídico da Desapropriação

DIEZ, ao tratar do fundamento da desapropriação, aparta as teorias de caráter jurídico das teorias de caráter racional.

Colaciona a lição de VILLEGAS BASAVIBASO, que refere a existência de três teorias racionais para explicar o fenômeno da desapropriação:

- a) a teoria da *colisão de direitos*, que aponta para a supremacia do direito público sobre o direito privado: a propriedade do titular de uma coisa deve ceder à prevalência do direito superior da coletividade sobre essa coisa. Essa teoria restringe o problema a uma colisão de direitos entre o interesse privado e o interesse público;
- b) a teoria da função social da propriedade, que se baseia racionalmente no fato de que a propriedade imobiliária, capitalista e hereditária não se pode explicar a não ser por sua utilidade social e não se legitima se não se demonstra que em determinada época seja socialmente útil. Assim sendo, o legislador pode impor à propriedade privada todas as limitações que sejam conformes com a necessidade social a que ela se subordina¹³;
- c) a teoria da reserva baseia-se no fato de que a propriedade em sua origem era coletiva e, após, transformou-se em individual, reservando-se ao poder social o direito de retirá-la do domínio individual para fazê-la retornar ao patrimônio comum mediante indenização.

Quanto às teorias de caráter jurídico, arrola DIEZ duas:

13. DIEZ, Manuel Maria. In: ob. cit., nota de rodapé, pp. 233 e 234.

- a) a teoria do domínio eminente, relatando que no Estado feudal e no Estado-polícia admitia-se a existência de um domínio eminente, ou seja: de um direito público real que assistia ao soberano sobre todo o território e, em consequência, sobre qualquer parte dele;

Assim, esse território não pode pertencer ao particular, a não ser por concessão soberana que atribui ao particular somente o domínio útil, ou seja, o direito de gozo de caráter precário e revogável.

Destarte, a desapropriação não seria senão o exercício do domínio normal que assiste ao soberano sobre todos os bens dos súditos.

Conclui DIEZ que essa teoria no direito moderno é insuficiente para explicar o fundamento da desapropriação; isso porque a soberania é territorial e, assim, só serviria para dar suporte à desapropriação de bens imóveis, e não de outros bens móveis e direitos sujeitos igualmente à desapropriação.

Anota DIEZ a proposta doutrinária da substituição do arcaico conceito de domínio eminente pelo de *poder de legislação, jurisdição e polícia*, que tem por finalidade a promoção do bem-estar geral.

Averba, todavia, o autor que embora esse ponto de vista retire da expropriação o odioso cunho feudal, não permite justificar o aspecto indenização em favor do proprietário¹⁴.

- b) a *teoria dos fins do Estado*. Essa teoria tem como pressuposto o fato de que não se pode conceber a propriedade privada em oposição aos direitos da sociedade.

14. "Como la naturaleza del dominio eminente es su absolutismo, su señorío incontrastable, quando es ejercido en función de la soberanía que representa, el derecho del expropiado a ser indemnizado sólo puede concebirse como una concesión graciosa del Estado, nunca como un derecho." DIEZ, Manuel Maria. In: ob. cit., p. 235.

Portanto, a desapropriação não constitui uma violação do direito de propriedade, representando antes uma conciliação do direito do particular com o direito da comunidade.

Um conflito entre esses direitos revela-se impossível porque a propriedade, em sua forma jurídica, cessa de existir na medida em que representa um obstáculo às exigências da sociedade.

O Estado tem como um de seus fins essenciais a promoção do bem comum, e deve então contrapor aos direitos de domínio do particular a vontade do Estado, o que ocasiona a extinção da propriedade toda vez que sua existência constitua-se em obstáculo à satisfação do interesse público.)

Dai decorre o caráter coativo da desapropriação por motivo de utilidade pública.

Desse modo, afirma DIEZ que a desapropriação constitui-se em uma forma de solução de conflito entre o interesse público e o interesse privado, e, assim, o Estado, para cumprimento de seus fins, sacrifica o “interesse menor”.

Nessa suposição, o Estado, para cumprimento de seus fins, deve submeter o interesse particular ao interesse da coletividade.

Assim, a desapropriação há que supor a antítese entre o interesse do particular e o interesse geral que o Estado representa, e este, para cumprimento de suas finalidades, deve superar esse conflito, extinguindo a propriedade particular mediante a correspondente indenização¹⁵.

BIELSA também refere que várias são as teorias que procuram dar suporte jurídico à desapropriação:

15. DIEZ, Manuel Maria. In: ob. cit., p. 236.

- a) a que identifica na *primitiva propriedade coletiva* a origem e o fundamento do instituto;
- b) a que a concebe como uma *limitação jurídica da propriedade* (anota o autor que tal fato é mais consequência do que seu fundamento).
- c) a teoria que considera a desapropriação como decorrência do *domínio eminente* do Estado sobre seu território;
- d) a que concebe a desapropriação como um *direito público real*;
- e) a que a compreende como uma *instituição necessária aos fins do Estado*. Afirma essa teoria que o Estado, além de seu fim essencial, o fim jurídico, consistente em criar o direito e assegurar seu império, tem por finalidade a procura do bem-estar social e do progresso social, e esse fim, que para o Estado-polícia foi mais eventual, para o Estado moderno, de estrutura social, é um fim necessário.

Segundo essa teoria, a faculdade de desapropriar encontra-se justificada pela realização dos fins jurídicos e sociais do Estado.

O poder soberano é exercido, em princípio, pelo Estado sem limitações, sendo, todavia, autolimitado em forma positiva pela Constituição e pelas leis regulamentadoras.

Quanto à doutrina que vislumbra no domínio eminente o fundamento da desapropriação, formula BIELSA as seguintes críticas.

O fundamento no domínio eminente, tendo em conta a evolução histórica no direito público, atribui à desapropriação uma peculiaridade determinada em conformidade com o conceito de soberania.

Portanto, segundo essa evolução histórica, em seus lineamentos gerais, a idéia de “dominium” se transforma em “imperium”, que no Estado moderno significa soberania.

Assim, no Estado moderno o que se entende por domínio eminente é tão-somente uma *expressão da soberania*.

Essa noção, todavia, é insuficiente para explicar a desapropriação. De fato, se a soberania é territorial, deve-se entendê-la como faculdade que não derivam de um poder que o Estado exerce sobre a pessoa dos súditos, sendo evidente que elas deveriam existir em relação aos bens móveis daqueles.

Disso decorre que a faculdade de desapropriação como derivada da soberania territorial somente alcança os bens imóveis, ou seja, aqueles que constituem o território, o que significa uma restrição incompatível com o conceito social do domínio e com a extensão determinada pelos fins do Estado.

Assim sendo, esse pressuposto revela-se insuficiente para dar suporte à desapropriação num sistema jurídico em que esta pode ser exercida sobre todos os bens passíveis de exercício do direito de propriedade: móveis ou imóveis, créditos e também direitos intelectuais, quando de utilidade pública em sentido geral.

De outra parte, sustenta-se o fundamento da desapropriação no domínio eminente, não em sua visão do Estado feudal, mas sim considerando-o como uma faculdade da legislação, jurisdição e polícia que se exerce com a finalidade de promover a prosperidade do Estado.

Entretanto, também essa fundamentação é rejeitada pelo autor, vez que aparece ela como uma ação positiva do direito do domínio eminente, dentro do regime de polícia, e do conceito demasiadamente genérico de ordem pública.

Assim, ainda que tire do fundamento da expropriação o caráter do odioso cunho feudal, e ainda supondo-a derivada do "jus politiae", baseado por sua vez no conceito de ordem pública, acaba por não explicar nem justificar o direito que o expropriado tem em todas as legislações, em relação ao expropriante, que consiste no *direito de ser indenizado*.

Ora, se o Estado, ao expropriar, agisse fundado no domínio eminente, o expropriado não teria direito algum a opor a ele, tal qual se verifica quando o Estado age como Poder Público.

Entende BIELSA que o direito a indenização na desapropriação sempre foi reconhecido, tanto no Direito Romano como no atual, e que o domínio eminente sempre foi por sua natureza soberano e absoluto.

Quando exercido, a faculdade do Estado é ilimitada, mesmo que fundada na soberania, como também o é a que constitui o poder de polícia, ante a qual desaparece toda consideração de ordem privada.

Em síntese, esse poder expressa a idéia de um conjunto de limitações impostas à liberdade pessoal.

(A faculdade de expropriar, ao contrário, reconhece e sempre reconheceu *limitações explícitas*; a necessidade ou a utilidade pública sempre são declaradas justificadamente, e a indenização, em princípio, é prévia ao desapossamento, ainda que em caso de urgência seja bastante a consignação do preço oferecido pelo expropriante. E essa é a forma que tem aprovação da consciência jurídica geral.)

Finalmente, manifesta o autor sua posição para afirmar o fundamento da desapropriação nos próprios fins do Estado, um dos quais é procurar o maior bem-estar para a sociedade; afasta assim a idéia do domínio eminente, que

qualifica de decrépito, como fundamento da desapropriação, afastando igualmente o poder de polícia como tal¹⁶.

Igualmente alude MARIENHOFF a inúmeras teorias que buscam explicar o fundamento da desapropriação:

- a) a teoria da colisão de direitos. Nesse caso emerge a superioridade do direito público sobre o direito privado: a propriedade do titular sobre uma coisa deve ceder ante o direito superior da coletividade sobre essa coisa;

Refere o autor que essa teoria foi abandonada, ao argumento de que para que houvesse conflito entre o interesse privado e o interesse público mister seria que se tratasse de interesses qualitativamente idênticos e quantitativamente diferentes.

Todavia, como em relação a tais interesses não incide uma questão de quantidade, mas de qualidade, a teoria perdeu sua sustentação.

- b) a teoria da função social da propriedade. Seu principal expositor foi DUGUIT, que afirmava que a propriedade imobiliária não pode ser explicada a não ser por sua utilidade social, e somente será legítima se em uma época determinada for socialmente útil;

Tal doutrina somente pode ser compreendida dentro do positivismo de DUGUIT, que nega a concepção individualista de sociedade e de direito objetivo, e que desconhece a noção de direito subjetivo.

- c) teoria das reservas. Segundo essa teoria o fundamento da desapropriação reside na origem histórica da propriedade;

16. BIELSA, Rafael. In: *Derecho Administrativo*, pp. 441 e 442.

O homem aparece primeiro em estado de comunidade, da qual o indivíduo não é senão uma simples parte; depois afirma sua individualidade, tratando de desprender-se da sociedade.

A propriedade reconhece as mesmas fases: em sua origem é coletiva e depois se transforma em individual.

Essa propriedade coletiva manteve-se ao longo dos séculos e, mesmo quando surge a propriedade individual, reservou-se o poder social o direito de retirar esse domínio individual, para fazê-lo entrar no domínio comum, mediante indenização, isso em relação a todas as coisas cuja propriedade fosse exigida pela utilidade pública.

Segundo essa teoria não existe oposição entre o direito de propriedade e a desapropriação, pois tal direito, desde o seu surgimento, encontra-se condicionado a extinguir-se em razão da utilidade pública, para retornar à propriedade coletiva.

Essa teoria foi contestada, ao argumento de que os fatos dos quais decorre são baseados em suposições gerais ou deduções.

Afirmou-se então que não há necessidade de correlacionar a propriedade coletiva com a individual, eis que a propriedade coletiva representa um ciclo, enquanto a propriedade individual, outro, e finalmente a social, um ciclo posterior.

A propriedade não se inclina por si em nenhum dos momentos assinalados. Ela é evolutiva e se acomoda às circunstâncias sociais de cada momento, por isso não pode haver um fundamento geral e uniforme para todas as etapas.

d) teoria do domínio eminente, que o autor refere nos mesmos moldes já expostos quando nos referimos ao pensamento de DIEZ;

e) teoria dos fins do Estado. Essa teoria é referida por MARIENHOFF nos mesmos moldes em que o faz DIEZ, e já por nós referida¹⁷.

ENRIQUE SAYAGUÉS LASO também vislumbra nos fins do Estado o fundamento da desapropriação¹⁸.

Para GARRIDO FALA, o fundamento da desapropriação não apenas se sedia na sensibilidade da Administração quanto à satisfação dos interesses públicos, mas também no caráter de subordinação e condicionamento da propriedade ao interesse público¹⁹.

HECTOR JORGE ESCOLA filia-se à corrente que entende que a teoria dos fins do Estado é a que atualmente explica e dá suporte à desapropriação²⁰.

Entre nós também divergem as teorias propostas quanto ao fundamento da desapropriação.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES, seria a desapropriação “a mais drástica das formas de manifestação do poder de império, ou seja, da Soberania interna do Estado no exercício de seu *domínio eminente* sobre todos os bens existentes no território nacional”²¹.

Alguns, como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²²,

17. MARIENHOFF, Miguel S. In: ob. cit., pp. 133 em diante.

18. LASO, Enrique Sayagués. In: *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 318.

19. GARRIDO FALA, Fernando. In: *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 212.

20. ESCOLA, Hector Jorge. In: *Compendio de Derecho Administrativo*, p. 1070.

21. MEIRELLES, Hely Lopes. In: *Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 496 e 497.

22. O douto Professor Celso Antônio sustenta que o fundamento político da desapropriação reside na supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis, enquanto o fundamento jurídico teórico consiste na acolhida no ordenamento normativo dos princípios políticos que o sistema adota, para concluir: “corresponde à idéia do domínio eminente de que dispõe o Estado sobre todos os bens existentes em seu território”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: *Curso de Direito Administrativo*, p. 727.

DIOGENES GASPARINI²³ e JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO²⁴, basicamente sustentam o fundamento da desapropriação na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, quando em confronto.

Para JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES a desapropriação encontra seu fundamento na utilidade ou necessidade pública, ou ainda no interesse social, “que indique a conveniência de apropriação do bem particular em nome do interesse coletivo”, advertindo, todavia, o autor que não se deve nesses casos falar em conflito entre interesses particulares e públicos²⁵.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, acolhendo o pensamento de BIELSA, rejeita a idéia de que o fundamento da desapropriação repouse no domínio eminente do Estado, para filiar-se à corrente que vislumbra nas atividades finalísticas do Estado, dentro das missões que lhe incumbem, a base da desapropriação²⁶.

Para nós, a desapropriação fundamenta-se no próprio perfil do direito de propriedade, tal como é ele acolhido em nosso sistema constitucional.

23. Para o autor são três os fundamentos da desapropriação: um político, outro constitucional e um terceiro legal. O político consiste na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, enquanto o constitucional sedia-se nos artigos 5.º, inciso XXIV, e 184 da Constituição, e finalmente o legal se encarta nos vários diplomas legais que disciplinam entre nós a desapropriação. GASPARINI, Diogenes. In: *Direito Administrativo*, p. 604.

24. Para esse autor dois são os fundamentos da desapropriação, um consistente na supremacia do interesse público sobre o privado e outro que sustenta a desapropriação na função social da propriedade: “O texto constitucional revela a existência de um direito contraposto a um dever jurídico. Dizendo que a propriedade deve atender a função social assegura o direito do proprietário, de um lado, tornando inatacável sua propriedade se consonante com aquela função, e, de outro, impõe ao Estado o dever jurídico de respeitá-la nessas condições. Sob outro enfoque, o dispositivo garante ao Estado a intervenção na propriedade se descompassada com a função social, ao mesmo tempo em que faz incidir sobre o proprietário o dever de mantê-la ajustada à exigência constitucional”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. In: *Manual de Direito Administrativo*, pp. 418 e 419.

25. SALLES, José Carlos de Moraes. In: *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, p. 81.

26. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. In: *Curso de Direito Administrativo*, p. 308.

Cabe observar, de outra parte, que não obstante a previsão constitucional se limite a remeter ao legislador ordinário a disciplina do procedimento expropriatório, não há dúvidas quanto ao fato de que a definição do que seja necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, também é tarefa legislativa.

De fato, a Constituição Federal consagra o princípio da legalidade, em seu artigo 5.º, inciso II, preconizando que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, o que significa que não é dado à Administração agir senão em decorrência de previsão legal.

Além disso, o inciso LIV do mesmo artigo 5.º assegura a todos o direito ao devido processo legal, em hipóteses de privação de bens ou direitos, sendo inafastável a idéia de que tal garantia compreende também um conteúdo material²⁷.

De outra parte, cabe anotar que o elastério legal da disciplina das hipóteses de desapropriação não se pode dar de modo que se elimine o próprio direito de propriedade, mas deve verificar-se dentro de parâmetros lógicos que se extraem do próprio ordenamento jurídico, no sentido de ostentar relação de adequação com a estruturação da atividade administrativa, no objetivo da realização do interesse público.

Outrossim, verificada a situação fática prevista na hipótese normativa legal, configuradora da necessidade ou utilidade pública, ou interesse social,

27. Ensina LÚCIA VALLE FIGUEIREDO: "Inicialmente, os processualistas entendiam como cumprido o *due process of law* quando fosse cumprido o *due procedural process of law*. Em outro falar, o *procedimento do devido processo legal*. Cumprido, então, o *procedimento*, considerava-se cumprido o *due process of law*. Modernamente assim já não mais é, conforme já dissemos, o *due process of law* passa a ter conteúdo também material, e não tão-somente formal – quer dizer, passa a ter duplo conteúdo: substancial e formal. Os processualistas da atualidade entendem que está contido, no *due process of law*, conteúdo material. Somente respeitará o *due process of law* a lei – e assim poderá ser aplicada pelo magistrado – se não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilha, com a Constituição, com seus valores fundamentais". FIGUEIREDO, Lúcia Valle. In: ob. cit., p. 418.

deve dar-se a desapropriação, com o perecimento do direito de propriedade, com sua conseqüente substituição pela indenização.

Assim, concretiza-se verdadeiro sacrifício do direito de propriedade, que cede passo ao interesse público²⁸, ensejando a conclusão de que os contornos do direito de propriedade são compostos da possibilidade de seu exaurimento, diante de circunstâncias assim determinantes, ou seja, a conclusão no sentido de que o direito de propriedade, tal como o concebe a Constituição Federal, traz ínsita a possibilidade de seu sacrifício, em dadas circunstâncias previstas na lei.

O fundamento jurídico, pois, da desapropriação tradicional no nosso direito positivo subsume-se no próprio perfil constitucional do direito de propriedade²⁹, que carrega uma carga de exaustão, diante da necessidade ou utilidade pública e interesse social, tal como a lei venha a dispor, com os limites lógicos que compreendem a relação de adequação com a estruturação da ativi-

28. RENATO ALESSI, ao tratar da responsabilidade da administração pública pelos danos causados aos particulares, distingue as hipóteses de ressarcimento, fundado na violação de um direito subjetivo, das situações de ocorrência de sacrifício de direito, com o dano decorrente de uma atividade lícita da administração, anotando que a composição dos danos, nessa última hipótese, não tem a natureza de ressarcimento: "Ciò non pertanto in molti casi in cui da una norma giuridica viene previsto il *sacrificio* di un diritto privato per il soddisfacimento di un interesse pubblico, dalla norma stessa viene disposta la rifusione del danno per tal modo cagionato al cittadino, dando luogo così a quella forma speciale di responsabilità della pubblica amministrazione cui si è accennato, e cioè alla responsabilità per *danni legittimi*. È chiaro però, naturalmente, che questa rifusione del danno non avrà la natura di un vero e proprio *risarcimento* (e di fatti dalle leggi che lo contemplano è denominata per lo più *indennizzo* anziché *risarcimento*), così come il fondamento teorico e positivo di questa speciale forma di responsabilità sarà sostanzialmente diverso dal fondamento teorico e positivo della vera e propria responsabilità, la quale presuppone la *violazione* di un diritto soggettivo". ALESSI, Renato. In: *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, p. 246.

29. Nesse sentido de há muito já ensinava EURICO SODRÉ: "O fundamento científico da desapropriação, deu-a LAURENT (*Princs. Du Droit. Civ.*, VI/133). O interesse particular não cede diante do geral. O proprietário, mais que um interesse, é titular de um direito, sobre o qual outro interesse ainda que geral não pode nunca prevalecer. Melhor se diria, talvez – abandonando a curvatura dos direitos individuais ante os sociais – que os direitos individuais já nascem e se consolidam com as limitações efetivas ou potenciais impostas pelo direito de propriedade". SODRÉ, Eurico. In: ob. cit., p. 15.

dade administrativa, no objetivo da realização do interesse público, como supra-referido³⁰.

Rejeitamos, assim, a idéia de supremacia do interesse público sobre o privado, como elemento informador do instituto da desapropriação, tal como o concebe parte relevante da doutrina, bem como a idéia de domínio eminente do Estado sobre os bens em seu território³¹.

De fato, no Estado de Direito não se pode conceber “a priori” a existência de supremacia de certa gama de interesses que se sobreponham a outros, em relação ao mesmo objeto, eis que a supremacia de interesses, ou de direitos que destes são sinônimos, frente a outros, diante de uma lide somente se pode dar pela interpretação pelo Poder competente – o Judiciário, da questão em debate, considerando os fatos e o direito aplicável.

Com efeito, o direito à desapropriação não surge em razão de uma suposta supremacia dos interesses públicos, frente aos interesses privados, mas de específica previsão normativa de índole constitucional que assegura tal direito, ante a ocorrência de seus pressupostos também previstos normativamente.

É de fato o próprio direito de propriedade em seu desenho constitucional que é concebido com uma carga potencial expropriatória, com a possibilidade da sua exaustão ante a ocorrência de certos pressupostos também constitucionalmente previstos.

30. Vale referir que revimos nesse passo nossa anterior posição quanto ao tema, no sentido de considerar o fundamento da desapropriação sediado na supremacia do interesse público sobre o interesse individual, quando em confronto, conforme se lê no capítulo de nossa lavra em obra coletiva. BEZNOS, Clovis. In: *Direito Administrativo na Constituição de 1988*, p. 104.

31. “Hoje essas explanações teóricas tornaram-se obsoletas diante da criação do Estado Constitucional, onde a lei fixou regras para as relações entre o Poder Público e os súditos” (referência de EURICO SODRÉ a OTTO MAYER, *Direito Administrativo*). SODRÉ, Eurico. In: ob. cit., p. 15.

Inexistissem tais previsões em nível constitucional, em que se alberga o próprio direito de propriedade, e não se poderia expropriar, ainda que a lei ordinária viesse a estabelecer a expropriação.

Destarte, de nada valeria nessa hipótese invocar o pressuposto de supremacia de interesses, o público sobre o privado, porque a desapropriação seria então inconstitucional.

Exposto o fundamento jurídico no qual se assenta a desapropriação, passa-se no capítulo seguinte ao tratamento de relevantíssimo tema, pertinente aos objetivos deste estudo, consistente na imissão provisória de posse.

Capítulo 2

A IMISSÃO PROVISÓRIA DE POSSE

2.1. A Previsão Normativa

Imissão provisória de posse, nos termos estabelecidos pelo Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, significa a retirada da posse de seu titular, de um bem imóvel, declarado de utilidade pública ou de interesse social, para fins de desapropriação, em favor do Poder Expropriante, previamente ou no curso da ação expropriatória, mediante declaração de urgência e efetivação de depósito de dinheiro.

Duas são as formas determinantes do valor a ser depositado, em conformidade com o artigo 15 e seus parágrafos desse diploma, ambas ao talante do Poder Expropriante; uma, independentemente de citação do desapropriado, e outra, mediante arbitramento, em procedimento subordinado ao contraditório.

A primeira hipótese elencada considera duas diferentes situações; em primeiro lugar, a de imóveis sujeitos ao pagamento de imposto predial, e outra, a de bens imóveis sujeitos ao imposto territorial.

Quanto aos imóveis sujeitos ao lançamento do imposto predial, o diploma ainda desdobra em duas as possibilidades; uma, em que o preço ofertado para a desapropriação seja superior a vinte vezes o valor locativo, quando haveria de ser depositado o valor da oferta; e outra, em que essa oferta seja inferior a essas vinte vezes, quando o valor a ser depositado deveria corresponder a tais vinte vezes o valor locativo¹.

Quanto aos imóveis sujeitos ao imposto territorial, também se abrem duas possibilidades, considerando o valor cadastral do imóvel, para o lançamento do imposto; uma, no caso de ter sido atualizado no ano fiscal o valor cadastral do imóvel, e outra para a circunstância de tal atualização não ter ocorrido.

Na primeira situação, o valor a ser depositado haverá de ser correspondente ao valor cadastral do imóvel e, na segunda, tal valor deveria ser fixado pelo juiz, *independentemente de avaliação*, considerando-se tão-somente a época da fixação originária do valor cadastral e a valorização ou desvalorização superveniente.

A outra hipótese para apuração do valor a depositar-se efetivar-se-ia pela modalidade de arbitramento judicial, reportando-se o aludido artigo 15 do decreto-lei ao artigo 685 do Código de Processo Civil, como norma de regência dele.

Tal dispositivo, todavia, do Estatuto Processual Civil de 1939 regulava o processamento das medidas cautelares, tendo por sucedâneos no Código atual os artigos 802 e 803, como anota JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES².

É até intuitivo que, no mais das vezes, o Poder Público prefere a primeira das modalidades de fixação do valor, para efeitos da imissão de posse.

1. Tal previsão normativa tinha em conta o fato de que o valor locativo do imóvel sujeito ao lançamento do imposto predial se constituía em sua base de cálculo. Hoje a base de cálculo do IPTU é o seu valor venal, conforme o artigo 33 do Código Tributário Nacional, a Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966.

2. SALLES, José Carlos de Moraes. In: *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, p. 300.

De fato, considerando a alteração legislativa ao que tange à base de cálculo desse tipo de tributo, do valor locativo para o valor venal, passou-se a admitir como o valor a ser depositado, tanto para imóveis sujeitos ao lançamento de imposto predial, como para aqueles sujeitos ao lançamento do imposto territorial, o valor venal do imóvel, cadastrado junto às Prefeituras Municipais.

Assim, preferiam os expropriantes essa modalidade de imissão de posse, sem a citação do expropriado, porque via de regra sempre se verificou grande defasagem entre o valor cadastral e o valor real das propriedades, propiciando aos administradores inescrupulosos o apossamento de imóveis dos administrados, no mais das vezes de pessoas pobres, com o pagamento de valor miserável, transformando desapossados em verdadeiras vítimas, verdadeiros párias sem teto.

Além disso, a irresponsabilidade de administradores era de tal monta, que confiando na morosidade do procedimento judicial expropriatório, e mesmo na esdruxularia consistente no pagamento das dívidas de desapropriação pelos malsinados precatórios, deixavam o problema do pagamento para as administrações subseqüentes, dirigindo suas baterias tão-somente para as imissões de posse, mediante pagamento de valores irrisórios³.

Tão dramática se afigurava essa situação, em especial na gestão do então prefeito Faria Lima, com desapropriações em massa de incontáveis imóveis da população carente, para a construção da avenida, na cidade de São Paulo – que ao depois recebeu o nome desse prefeito – que o Comando Militar

3. Hoje essa hipótese dificilmente ocorrerá, em razão da edição da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, a chamada "Lei de Responsabilidade Fiscal", cujo artigo 16, em seus incisos I e II, exige do ordenador de despesa para a desapropriação de imóveis urbanos a estimativa do impacto orçamentário-fiscal referente ao exercício fiscal em que deva ser efetivada, além da declaração no sentido de que a despesa guarda adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; além do fato de que o artigo 46 desse diploma comina a nulidade ao ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3.º do artigo 182 da Constituição Federal, ou o prévio depósito do valor da indenização, ou seja: expedido sem o depósito do justo preço, pena de severas sanções ao administrador, inclusive de ordem criminal.

então no poder, invocando razões de “segurança nacional”, como então era freqüente, baixou em 22 de janeiro de 1970 o Decreto-Lei n.º 1.075, regulando a imissão provisória de posse em imóveis residenciais urbanos habitados, pelo proprietário, ou por compromissário comprador, cujo compromisso de compra se encontrasse registrado no Registro Imobiliário.

Tal diploma apenas defere a imissão de posse, mediante a possibilidade do contraditório, vez que necessariamente o expropriado deve ser citado, e não concordando com a oferta cabe-lhe impugná-la no prazo de cinco dias.

Impugnada a oferta, dar-se-á o arbitramento, para fixar o valor provisório do imóvel, estabelecendo a lei que o juiz para fazê-lo poderá servir-se de perito avaliador, se assim entender necessário.

É claro que, em se tratando de avaliação imobiliária, dificilmente poderá o juiz dispensar o perito avaliador, eis que tal avaliação depende de dados de que usualmente se servem os “experts” para fixar o valor de imóvel, que normalmente não existem nos autos, sem a realização da perícia.

De qualquer sorte, seja sob o regime do Decreto-Lei n.º 3.365/41, seja sob as regras do Decreto-Lei n.º 1.075/70, o fato é que, sem nenhuma razão de ordem lógica, o expropriado, caso pretenda contestar o preço ofertado, não pode levantar a integralidade do valor depositado para os efeitos da imissão provisória de posse.

De fato, pelo regime do Decreto-Lei n.º 3.365/41, e em conformidade com o seu artigo 33, § 2.º, pode o expropriado, se contestar o preço ofertado, levantar apenas 80% (oitenta por cento) do valor depositado.

De outro lado, pelo regime do Decreto-Lei n.º 1.075, como se viu, impugnada a oferta, haverá de ser fixado pelo juiz o valor provisório do imóvel.

A razão para tanto decorre da urgência, que justifica a imissão ante-

cipada da posse, o que não significa que tal avaliação possa afastar-se do pressuposto constitucional da justa indenização, devendo, pois, ser realizada com o objetivo de aferir o justo valor do imóvel, ainda que em caráter provisório, sujeitando-se assim a uma avaliação posterior, na qual tal valor pode ou não ser confirmado.

Além disso, estabelece o artigo 3.º desse diploma que, quando o valor arbitrado for superior ao valor ofertado, somente será admitida a imissão de posse se for complementado o depósito pelo expropriante, até que o depósito atinja a metade do valor arbitrado, o que significa que somente na hipótese de o valor arbitrado ser superior ao dobro do valor ofertado haverá a necessidade de complementação.

De outra parte, a razão não se sabe, preconiza o decreto-lei que tal complementação de depósito é limitada, no máximo, ao valor correspondente a 2.300 salários mínimos.

Assim, considerando que o valor depositado não supera, em nenhuma hipótese, à metade do valor arbitrado, prescreve o decreto-lei que o expropriado poderá levantar integralmente o depósito, ou, se preferir, poderá levantar 80% (oitenta por cento) do valor ofertado.

Conforme se vê, mesmo em se apurando o preço, mediante arbitramento, não se autoriza o desapossado a levantar integralmente o valor arbitrado, caso resolva contestar a ação expropriatória; como se existisse nas previsões em questão uma proposital pressão para a aceitação da oferta pelo expropriado, que nessas circunstâncias freqüentemente se transforma em verdadeira vítima da truculência com que se vê despojado da posse de seu bem.

De fato, se aceita a oferta, normalmente irrisória e não correspondente ao valor de seu imóvel, inclusive o residencial, como se viu, recebe valor que não lhe permite adquirir imóvel equivalente ao que lhe foi tirado; e se resolve

contestar o preço, menos ainda se presta o valor levantado à substituição do bem de que se viu despojado.

Dessa forma, a desapropriação, que deveria ser um instrumento de realização da igualdade, ao contrário, transforma-se em instrumento de política nefasto e injusto, desigualando a comunidade, colocando a carga apenas sobre os ombros de uns, em proveito de todos.

2.2. A Evolução Jurisprudencial

Apercebendo-se dessa situação e da leviandade com que muitos administradores agiam quanto à desapropriação, e especialmente quanto à imissão de posse, formou-se uma corrente jurisprudencial, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, que embora afirmando a vigência do artigo 15 do Decreto-Lei n.º 3.365/41, sustentava que seus parágrafos não haviam sido recepcionados pela nova Carta Política, razão pela qual deixara de existir a possibilidade da imissão de posse mediante o depósito do valor cadastral do imóvel, “inaudita altera pars”, afirmando, outrossim, a necessidade de sempre se apurar o justo valor mediante avaliação judicial provisória.

Nesse sentido, o ven. acórdão prolatado no Recurso Especial n.º 19.647-0/SP, relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, como se lê de sua ementa:

“A imissão prévia e compulsória de expropriante na posse do imóvel, somente é possível mediante depósito integral do valor apurado, em avaliação judicial provisória”.

Em aludido julgado, prolatado em maio de 1995, anotou então o Ministro-Relator que a 1.ª Seção da Corte resolvera uniformizar a jurisprudência em conformidade com o entendimento da Segunda Turma, determinando a

lavratura de Súmula, que desde novembro de 1994 se encontrava aguardando apreciação por aquele Colegiado.

Era esse o entendimento que se ia solidificando em nível do Superior Tribunal de Justiça, quando o Supremo Tribunal Federal deu uma verdadeira guinada, retornando ao passado, e por sua Sessão Plenária, por maioria de votos, ao julgamento do Recurso Extraordinário n.º 185.933-4, contrariando o voto do ilustre relator, Ministro Carlos Mario Velloso, que não conhecia do recurso, acolheu o voto do Ministro Moreira Alves, para dar-lhe provimento no sentido de afirmar a compatibilidade da Constituição de 1988 com o § 1.º e suas alíneas do artigo 15 do Decreto-Lei n.º 3.365/41.

Em seu voto, o Ministro Moreira Alves sustentou que o aludido dispositivo sempre foi interpretado pela Suprema Corte em função dos textos constitucionais, que em sua essência não diferiam do texto da Constituição atual, salientando então a provisoriedade da imissão de posse por ele prevista, contrariando o ponto de vista do relator, para quem essa imissão era definitiva. (“No caso, a imissão de posse pretendida pelo expropriante somente é provisória no nome. Na verdade, é ela definitiva”.)

Partindo desse pressuposto, de ser tal imissão de posse definitiva e não provisória, o Ministro-Relator concluiu por efetuar interpretação conforme à Constituição, cuja síntese se traduz no tópico final de seu voto, que reproduzimos:

“Retorno ao meu raciocínio. O que se deve fazer é emprestar interpretação conforme ao citado § 1.º do artigo 15 da Lei de Desapropriações, assim: citados parágrafos dizem respeito à imissão provisória apenas, vale dizer, aquela posse em que o Poder Público se serve do bem por pequeno espaço de tempo, devolvendo-o, após, ao seu proprietário. Se a imissão for definitiva, sem possibilidade de devolução do bem ao seu proprietário, então tem-se uma imissão de posse ‘initio litis’, definitiva, na sua natureza. Neste caso, não tem aplicação o § 1.º do artigo 15 do Decreto-Lei n.º 3.365/41, e sim o ‘caput’ do artigo 15, que propicia avaliação”.

A esse argumento, respondeu então o Ministro Moreira Alves que a imissão de posse na desapropriação é sempre provisória, até mesmo porque se permite ao expropriante desistir da desapropriação, salientando que o que se perde com a imissão de posse é tão-somente a posse, e não a propriedade, que permanece de titularidade do proprietário, que pode inclusive aliená-la.

De seu turno, o Ministro Maurício Corrêa, após cotejar a previsão do instituto da desapropriação, e da indenização, na Emenda Constitucional n.º 1/69 com a redação do Texto Constitucional atual, afirmou não vislumbrar diferença conceitual entre os mecanismos indenizatórios preconizados por um e outro texto, o que de fato é inegável.

Ao depois, afirmou que o tema já fora objeto de decisões anteriores da Corte, colacionando os julgados proferidos no Recurso Extraordinário n.º 89.033, relator o Ministro Djaci Falcão (*RTJ* 88/345-349), o Recurso Extraordinário n.º 91.611, relator o Ministro Cunha Peixoto (*RTJ* 101/717-719), e Recurso Extraordinário n.º 116.409, relator o Ministro Octávio Gallotti (*RTJ* 126/854-857), pelos quais não se vislumbrou inconstitucionalidade do artigo 15 e parágrafos do Decreto-Lei n.º 3.365/41.

Embasado nessa jurisprudência, colacionou em seu voto tópico do primeiro dos julgados por ele arrolados, em que se afirmou:

“O que o artigo 153, § 22, da Constituição Federal assegura é o direito de propriedade, não a posse direta. A garantia da prévia e justa indenização se refere àquele direito. No processo desapropriatório o domínio só se transfere após o pagamento integral da indenização fixada”.

Foi então proferido o lúcido voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que discordou da distinção proposta pelo voto do Ministro-Relator, quanto a ser provisória ou definitiva a imissão de posse, admitindo também que não vislumbrava diferença entre a previsão do artigo 5.º, inciso XXIV, da atual Constitui-

ção e as previsões constitucionais anteriores, desde a Constituição de 1934, que, com exceção da Carta de 1937, previram a indenização prévia e justa para a efetivação da desapropriação.

Todavia, em seguida, afirmou o Ministro, com inegável sapiência, o seguinte:

“O que mudou a meu ver foi a crescente tomada de consciência da força normativa da Constituição e da conseqüente necessidade de dar-lhe eficiência real, que reclamam no ponto, ‘data maxima venia’, dar prevalência à realidade do campo normativo da garantia constitucional em causa sobre a transposição, sem temperamentos, para a hermenêutica constitucional, da diferenciação civilística entre a privação da posse do expropriado e a aquisição posterior do domínio pelo expropriante”.

Salientou o ilustre Ministro que a posição do Supremo Tribunal configurava postura vetusta ao elaborar a distinção, “prenhe da ortodoxia civilista, entre a perda da posse, antecipada quando haja imissão provisória, e a transferência da propriedade, só concretizada com o pagamento a final da indenização definitivamente fixada”.

Sustentou, então, em seu douto voto, o Ministro Sepúlveda Pertence:

“Não me consigo libertar da convicção de que a exigência constitucional da indenização prévia não pode ser interpretada com abstração de que, no mundo da realidade, o próprio núcleo essencial do direito de propriedade – que com ela se visa a garantir – é atingido com a perda da posse”.

Entretanto, vencidos o Ministro-Relator e o Ministro Sepúlveda Pertence, prevaleceu o anterior entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da possibilidade da imissão provisória de posse, independentemente de avaliação do bem, mediante o depósito do valor cadastral do imóvel.

Considerando essa posição da Suprema Corte, alterou o Superior Tribunal de Justiça sua tendência referida, como se vê do ven. acórdão prolatado no Recurso Especial n.º 74.131/SP, relator o Ministro Aldir Passarinho, no qual se confere o seguinte tópico da ementa:

“Assentou o egrégio Supremo Tribunal Federal que os incisos do § 1.º do artigo 15 do Decreto-Lei n.º 3.365/41 são compatíveis com a Carta da República, de sorte que a justa indenização nela prevista é a que se concretiza ao termo do processo expropriatório e não antes. Em consequência o valor cadastral fiscal, desde que atualizado, serve como parâmetro para o depósito prévio autorizativo da imissão provisória na posse do imóvel, no caso de urgência na sua ocupação”.

Desse modo, a jurisprudência atual das Cortes Superiores, sustentando a distinção entre posse e propriedade, afirma que o preceito da prévia e justa indenização, prevista pela Constituição Federal, como pressuposto da desapropriação, somente se aplica para a perda da propriedade, e não para a retirada da posse.

Todavia, à luz de nosso ordenamento, do comando constitucional incidente quanto à desapropriação, não nos parece se possa fazer tal distinção, entre os direitos de posse e de propriedade, para afastar a integral recomposição patrimonial, em hipótese da ablação de um ou de outro direito.

Com efeito, quer se considere que a retirada da posse significa a exaustão da própria expressão do direito de propriedade, quer se encare posse e propriedade como direitos autônomos, em uma ou outra compreensão da situação a justa indenização é pressuposto prévio para a retirada da posse.

A avaliação que deve ser efetuada só ostenta a adjetivação de provisória, em razão da circunstância da urgência, com que é feita, exatamente para atendimento da urgência, que é pressuposto legal para a imissão provisória de posse.

O fato de ser provisória a avaliação apenas indica que uma outra haverá de ser efetuada, com maiores delongas, em situação em que não incida a pressa, só determinada pela urgência, para a conferência de ter a anterior atendido ou não ao pressuposto constitucional da justa indenização.

CARLOS ARI VIEIRA SUNDFELD, ao exame da imissão provisória de posse, entende que esta significa uma *desapropriação antecipada*, considerando que o bem cuja posse tenha sido retirada não será devolvido; e, vislumbrando-a como a ablação de “todo significado útil da propriedade”, afirma que se a urgência pode determinar a perda do conteúdo útil da propriedade, sem a concretização do devido processo legal, enunciado pelo inciso LIV do artigo 5.º da Constituição, “não pode implicar em negação da indenização justa”⁴.

Com efeito, ainda que se considere a distinção de caráter civilista elaborada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de apartar os direitos de posse e propriedade, ainda assim, a indenização para a retirada de um ou de outro direito enseja a prévia e justa indenização, pena de vulneração ao preceito constitucional que assegura a desapropriação.

2.3. A Noção de Posse

Inquestionavelmente a posse constitui-se em direito autônomo que não se confunde com o direito de propriedade, embora possa dele decorrer, porém não necessariamente⁵.

4. Nesse sentido afirma o autor: “Ademais, a indenização só é justa quando, além de corresponder ao valor do bem perdido, é prestada no devido momento”. SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. In: *Desapropriação*, p. 51.

5. Essa a observação de CARLOS ALBERTO DE CAMPOS PEREIRA: “Em que pese a utilização, na linguagem não técnica dos dois vocábulos como sinônimos, pois fala-se no linguajar comum do possuidor para designar o proprietário e vice-versa, juridicamente as duas noções – posse e propriedade – diferenciam-se de tal maneira que a posse pode ou não coincidir com a propriedade”. CAMPOS PEREIRA, Carlos Alberto de. In: *A Disputa da Posse*, p. 26.

Leciona JOSÉ CARLOS DE MOREIRA ALVES que desde o Direito Romano claramente se distinguem a posse da propriedade⁶, aludindo, outrossim, que também de há muito se percebeu que a posse pode ser considerada em si mesma, independentemente de fundar-se em título jurídico, podendo de outra parte ser tida como uma das faculdades jurídicas que integram o conteúdo do direito de propriedade, bem como de outros direitos não tão amplos⁷.

Segundo WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, a posse constitui o sinal exterior da propriedade, configurando o “jus possidendi”, “o direito de possuir, e pelo qual o proprietário, de modo geral, afirma seu poder sobre aquilo que lhe pertence”⁸.

Tal entendimento, contudo, não afasta a análise do autor quanto a configurar a posse um fato ou um direito, quando considerada isoladamente, destacada da propriedade.

Nesse passo colaciona tanto a posição de SAVIGNY, quanto a de IHERING, para afirmar que não dissentem substancialmente sobre a natureza jurídica da posse, eis que para ambos ela se constitui em um direito, divergindo

6. “*Posse e propriedade. Ius possidendi e ius possessionis* (ou *factum possessionis*). – Desde o direito romano, tem-se distinguido nitidamente a posse da propriedade. *Separata esse debet possessio a proprietate* (‘a posse deve ser separada da propriedade’), *nihil commune habet proprietas cum possessione* (‘nada tem em comum a propriedade com a posse’). *Nec possessio et proprietas misceri debent* (‘posse e propriedade não devem confundir-se’) declaram os textos do Digesto (43, 17, 1, 2, 41, 2, 12, 1; 2 41, 2, 52, pr.)” (MOREIRA ALVES, José Carlos de. In: *Posse*, p. 25).

7. “Considerada em si mesma, e, portanto, sem levar em conta se o possuidor é também titular de direito que lhe atribua a posse da coisa, ocorre o que tradicionalmente se denomina *ius possessionis*, ou – como preferem autores mais modernos (como Barbero – *Sistema Instituzionale del Diritto Privato Italiano*), que têm a posse como sendo um fato e não um direito – *factum possessionis*, expressões que significam *posse sem titularidade*. Tida a posse por faculdade jurídica de direitos como o de propriedade, dá-se-lhe a denominação de *ius possidendi* (faculdade jurídica de possuir).” *Idem*, *ibidem*, p. 25.

8. “Constitui então, sob esse ponto de vista, um dos elementos integrantes do aludido direito, aliás, dos mais apreciáveis, sendo conhecida a frase de CARLYLE, para quem a posse vale sempre nove pontos do direito.” BARROS MONTEIRO, Washington de. In: *Curso de Direito Civil*, p. 20.

apenas em que, para o primeiro, configura um direito pessoal, enquanto para o segundo, a posse aninha-se entre os direitos reais⁹.

Anota ainda o autor que a jurisprudência pátria, inspirando-se em IHERING, considera a posse como direito real, exigindo assim a outorga uxória, para ajuizamento de interditos relacionados a bens imóveis.

2.4. O Direito à Indenização Completa e Prévia

Ao se considerar a posse como mera expressão do direito de propriedade, não se pode ter dúvida de que sua retirada significa a verdadeira exaustão desse direito e que, portanto, enseja o pagamento da prévia e justa indenização, ainda que apurada de forma provisória, em razão da urgência que lhe é determinante.

Ao se considerar a posse como direito autônomo, destacado do direito de propriedade, a toda evidência, a retirada desse direito de posse enseja indenização prévia e justa, porque o objeto da desapropriação não se limita ao direito de propriedade, mas pode alcançar outros direitos¹⁰.

O fato de poder a Administração arrepender-se e desistir da desapro-

9. "SAVIGNY sustenta que ela é um fato, sua existência independe de todas as regras de direito. Mas apesar de constituir um fato, produz conseqüências jurídicas. Será, portanto, simultaneamente, fato e direito, incluindo-se, pela sua natureza, entre os direitos pessoais.

IHERING, por seu turno, sustenta que a posse é um direito, vale dizer, um interesse juridicamente protegido. Ela constitui condição de econômica utilização da propriedade e por isso o direito a protege. É relação jurídica, tendo por causa determinante um fato. Sua verdadeira conceituação é a de instituição jurídica tendente à proteção do direito de propriedade. Para IHERING, portanto, o lugar da posse é no direito das coisas, entre os direitos reais." BARROS MONTEIRO, Washington de. In: ob. cit., p. 20.

10. Nesse sentido a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "Pode ser objeto de desapropriação tudo aquilo que seja objeto de propriedade. Isto é, todo bem, imóvel ou móvel, corpóreo ou incorpóreo, pode ser desapropriado. Portanto também se desapropriam direitos em geral". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: *Curso de Direito Administrativo*, p. 732.

priação¹¹, o que se diga não é o usual, não serve como argumento para afastar-se o preceito constitucional da indenização prévia e justa.

De fato, a desapropriação do direito de posse consuma-se no exato momento da retirada da posse pelo Poder Público, independentemente de outras formalidades.

A adjetivação *provisória*, que se confere a esse tipo de retirada da posse, é decorrente da linguagem legal, conferida pelo Decreto-Lei n.º 3.365/41, que por certo não se pode contrapor ao preceito constitucional determinante da prévia e justa indenização, para a retirada de direitos, por desapropriação, seja o de propriedade, seja o de posse, seja o de ambos.

De fato, a imissão antecipada da posse amolda-se no conceito corrente da tutela antecipada, preconizada no Estatuto Processual Civil, com a diferença de que sua concessão decorre tão-somente da urgência, e não, da possibilidade da incidência de dano irreparável ou de difícil reparação, nem de nenhum comportamento procrastinatório da parte adversa.

Além disso, salvo vício processual, ou procedência de defesa indireta do mérito, quase que necessariamente o pedido na ação de desapropriação haverá de ser acolhido a final.

Sendo assim, não se justifica, pela mera circunstância de viabilizar-se o arrependimento do expropriante, deixar de lado o preceito da justa e prévia indenização, pela retirada da posse, em qualquer fase do processo expropriatório.

De outra parte, parecem-nos de flagrante inconstitucionalidade todos os dispositivos legais que prescrevem o levantamento pelo expropriado de apenas

11. Reiterada é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de afirmar a possibilidade da desistência da desapropriação pelo Poder Público, independentemente da aquiescência da parte adversa, fixando-se porém o dever do pagamento dos danos sofridos pelo expropriado, como se pode conferir dos acórdãos prolatados nos Recursos Extraordinários n.ºs 99.528, 109.881 e 92.440.

parte do valor depositado, quando da retirada antecipada da posse na desapropriação, eis que igualmente nessa circunstância se dá a vulneração do preceito constitucional da prévia e justa indenização.

Tenha-se em conta, ainda, que é muito mais grave a situação da retirada da posse de pessoas pobres, como muitas vezes se verifica, deixando-as ao desabrigo, do que a situação em que, após o pagamento da justa indenização pela retirada da posse, venha a Administração a arrepender-se e a desistir da desapropriação.

Essa situação, por certo, é mais facilmente recomposta, ainda porque se hão de apurar as perdas e danos sofridos pelo expropriado, do que a situação dos excluídos socialmente, expulsos de suas moradias sem o pagamento do valor que lhes permita a aquisição de outro abrigo.

Finalmente, entendemos que o artigo 46 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, a “Lei de Responsabilidade Fiscal”, ao preconizar a nulidade do ato de desapropriação de imóvel urbano, expedido sem o atendimento do disposto no § 3.º do artigo 182 da Constituição Federal, ou o prévio depósito judicial *do valor da indenização*, inviabiliza a imissão provisória de posse, sem o pagamento do valor integral da indenização, ou seja: da justa indenização.

Com efeito, a regra incidente sobre o ato de desapropriação referido pelo dispositivo legal, ainda mais em se considerando que o diploma que o veicula destina-se ao controle das finanças públicas, “voltadas para a responsabilidade da gestão fiscal”, não deixa dúvidas de que objetiva evitar o comprometimento do orçamento público, com desapropriações para pagamentos futuros e, muitas vezes, comprometedores das próximas administrações.

Assim, ao se estabelecer, como condição de higidez da desapropriação, o pagamento ou o depósito prévios da justa indenização, evidencia-se que

não mais se podem efetivar desapropriações com pagamentos parciais, e se o depósito é integral, pelas razões expostas, assiste ao expropriado o inafastável direito de levantá-lo integralmente, quando privado de sua posse, para a realização do preceito insculpido no § 3.º do artigo 182 da Constituição Federal.

Examinada a imissão provisória de posse, o próximo tema, objeto de nossa preocupação, ao exame de aspectos jurídicos indenizatórios na desapropriação, constitui-se na denominada desapropriação indireta.

Capítulo 3

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

3.1. O Conceito de Desapropriação Indireta – seu fundamento normativo

Costuma-se denominar por desapropriação indireta o despojamento da propriedade privada pela Administração, com ânimo definitivo, sem os pressupostos exigíveis para a efetivação de uma desapropriação.

JOÃO NUNES SENTO SÉ, em proficiente estudo publicado na *Revista de Direito Público* sob o título “Desapropriação indireta”, faz uma incursão histórica sobre a desapropriação indireta, de origem no Direito francês, e colaciona a doutrina de Hauriou, Berthélemy, Vedel, Benoit e outros, trazendo à baila a distinção daquilo que a doutrina francesa denomina “via de fato”, com a da “desapropriação indireta” e a “emprise” (apropriação).

Segundo o autor, a primeira espécie abarca a hipótese de uma apropriação de bem privado sem nenhum suporte legal, cometida deliberadamente pela Administração, o que inclusive é determinante de responsabilidade pessoal do agente público.

Arrola, também, o magistério de BERTHÉLEMY, segundo o qual, sendo impossível na prática determinar-se que a ilegalidade foi cometida conscientemente, deve haver a presunção de sua decorrência de erro.

Assim, essa hipótese da via de fato caracteriza-se quando uma autoridade administrativa pratica ato jurídico ou material sem nenhum respaldo na ordem legal, seja em razão de uma norma expressa ou de um princípio jurídico.

De seu turno, a desapropriação indireta ocorre quando a Administração se apossa de um bem particular sem o respeito às formas do processo expropriatório, tal como se verifica na hipótese de se edificar uma obra pública, por erro, em um terreno privado, ou quando se apossa a Administração de área, em razão de delimitação inexata do terreno público, avançando sobre o bem privado.

Finalmente, a “emprise” verifica-se quando a Administração pratica um atentado, sob forma de desapossamento, mas em circunstâncias em que tal ato não possa ser considerado totalmente desprovido de base legal. É o que ocorre, por exemplo, quando, procedendo à requisição de um bem privado, mantém-se na sua posse após a expiração do prazo fixado para a duração da requisição.

Nesse caso não se pode considerar a ocorrência de via de fato, porque a entrada na área foi efetuada com base em previsão legal (requisição).

As conseqüências, basicamente, não são diferentes, quanto à construção da obra pública no terreno particular, pois seja em caso de via de fato, seja na ocorrência de desapropriação indireta, seja também na eventualidade de “emprise”, a obra não pode ser destruída, inviabilizando-se a recuperação do imóvel pelo particular, ressalvando-se todavia a hipótese da via de fato, quando a obra pode até ser paralisada, ou pode ter obstada sua construção, por deter-

minação da jurisdição civil, com a responsabilização dos agentes públicos implicados na ocorrência.

De qualquer sorte, em quaisquer dessas hipóteses, segundo o magistério de VEDEL, também referido na lição em comento, embora quando exista apossamento ilegal, como no caso da via de fato, assista aos particulares a via possessória, perante a jurisdição civil, a devolução da área se inviabiliza, quando a obra pública já tenha sido construída, em razão do princípio de que “l'ouvrage public mal planté ne se détruit pas”.

O fundamento desse princípio reside no entendimento de que a destruição da obra seria decorrente de um formalismo oneroso para as arcas públicas, vez que, após a demolição da obra, poderia a Administração proceder à expropriação do imóvel e reiniciar a construção da obra pública¹.

Assim, nessa hipótese, nada mais resta ao particular lesado senão as vias reparatórias.

Entre nós, afirmam os autores, sem divergência, que essa chamada desapropriação indireta configura um ilícito, uma usurpação do direito de propriedade².

Todavia, não obstante esse entendimento, costumam negar, tanto a doutrina como a jurisprudência, o direito do proprietário de reaver seu bem do

1. SÉ, José Nunes Sento. In: *Revista de Direito Público* n.º 15, jan./mar. 1971, pp. 138 e seguintes.

2. “A desapropriação indireta não passa de um esbulho da propriedade particular e como tal não encontra apoio em lei.” Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. In: *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 498; “Desapropriação indireta é a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua conseqüente integração ao patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório.” Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: *Curso de Direito Administrativo*, p. 746; “Desapropriação indireta é a que se processa sem observância do procedimento legal.” Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. In: *Direito Administrativo*, p. 177.

poder de quem injustamente o possua, como preceitua o artigo 524 do Código Civil³, desde que incorporado ao patrimônio público.

A base legal para tal entendimento é o artigo 35 do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, que estabelece: “Os bens expropriados, uma vez incorporados a 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”.

Com efeito, não obstante sustente a doutrina a possibilidade do uso dos remédios possessórios para obstar-se o ilícito apossamento em que se configura a denominada desapropriação indireta, entende também, sem discrepância, que a partir do momento em que se possa considerar incorporado o bem ao patrimônio público, não mais pode ser objeto de reivindicação, cabendo ao proprietário esbulhado tão-somente o caminho da postulação de perdas e danos.

Afirma CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que, ocorrida a desapropriação indireta, “cabe ao lesado recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado, do mesmo modo que o seria caso o Estado houvesse procedido regularmente”⁴.

HELY LOPES MEIRELLES afirma que “a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com os interditos possessórios”, advertindo, entretanto: “Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente, da maneira mais completa possível, inclusive correção monetária, juros moratórios, compensatórios a contar do esbulho, e honorários de advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da Administração”⁵.

3. Correspondente ao artigo 1.228, “caput”, do novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10.1.2002, com vigência a partir de 11.1.2003).

4. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: ob. cit., p. 746.

5. MEIRELLES, Hely Lopes. In: ob. cit., p. 498.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO perfilha a mesma opinião, afirmando que a desapropriação indireta “pode ser obstada por meio de ação possessória”; todavia, igualmente adverte: “No entanto, se o proprietário não o impedir no momento oportuno, deixando que a administração lhe dê uma destinação pública, não mais poderá reivindicar o imóvel, pois os bens expropriados, uma vez incorporados ao patrimônio público, não podem ser objeto de reivindicação (art. 35 do Decreto-Lei n.º 3.365/41 e art. 21 da Lei Complementar n.º 76/93)”⁶.

3.2. O Ilícito, a Ação Reivindicatória e a Via Reparatória

A nosso entender, a chamada desapropriação indireta, além de configurar um esbulho possessório, vulnera frontalmente a Constituição Federal, que condiciona a desapropriação ao pagamento da prévia e justa indenização⁷.

Com efeito, de plano se constata a vulneração de dois preceitos constitucionais pelo apossamento administrativo sem o pressuposto da prévia e justa indenização e do processo devido: o inciso XXII do artigo 5.º, que assegura o direito de propriedade, e o inciso XXIV do mesmo artigo, que além de condicionar a desapropriação à prévia ocorrência da necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, prescreve também a necessidade de um procedimento legal para a efetivação da desapropriação.

6. Refere a autora o seguinte: “Imagine-se hipótese em que o Poder Público construa uma praça, uma escola, um cemitério, um aeroporto, em área pertencente a particular; terminada a construção e afetado o bem ao uso comum do povo ou ao uso especial da Administração, a solução que cabe ao particular é pleitear indenização por perdas e danos”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. In: ob. cit., p. 177.

7. Nesse sentido, à luz da anterior Constituição, CARLOS AYRES BRITO e JOSÉ SERGIO MONTE ALEGRE já verberavam severas críticas à constitucionalidade da chamada desapropriação indireta, que para eles era nula de pleno direito, seja pela ótica constitucional, seja pela legal, propugnando pela invalidação judicial dos atos de esbulho da propriedade privada pelo Poder Público, criticando tanto a posição da doutrina como a do Judiciário que apenas vislumbravam a possibilidade indenizatória para a hipótese, excluindo a possibilidade de recuperação do imóvel esbulhado. BRITO, Carlos Ayres e MONTE ALEGRE, José Sergio. In: *Revista de Direito Público* n.º 74, abr./jun. 1985, pp. 242 em diante.

Além disso, outro preceito constitucional vê-se atingido às escâncaras, que se amolda com a previsão referida, do inciso XXIV do artigo 5.º, contida no inciso LIV, do mesmo artigo, que assegura a todos o *devido processo legal* para a privação da liberdade ou dos bens.

Finalmente, também é vulnerado o princípio constitucional da igualdade, vez que alguém se vê especialmente sacrificado pela ação administrativa, de construção da obra pública, fruível pela coletividade, ou pela própria Administração, sem nenhuma compensação.

Ora, quais as conseqüências na ordem jurídica para tão grave procedimento do Poder Público, com a vulneração do texto que os governantes juram defender?

Ao que se sustenta, basicamente nenhuma, porque tanto a doutrina quanto a jurisprudência afirmam que aos esbulhados pelo Poder Público simplesmente resta o ínvio caminho da demanda judicial, em face das pessoas públicas, que fruem de privilégios processuais tais como os referentes aos prazos, para ao depois de vencida essa íngreme escalada se verem na contingência de iniciar a penosa execução, que após sua liquidação coloca o administrado na via dos precatórios, com o risco de uma emenda constitucional parcelar esses créditos em dez longos anos, como recentemente ocorreu⁸.

Tal situação, todavia, desafiadora da lógica, que beneficia o infrator, sem nenhuma sanção, que privilegia o esbulhador, o administrador violador da

8. O artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, para os precatórios pendentes na data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, estabeleceu a possibilidade do pagamento em até oito anos, a partir de 1.º de julho de 1989, por decisão do Poder Executivo. A Emenda Constitucional n.º 30, de 13 de setembro de 2000, no artigo 78 introduzido ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ressaltando os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia e os abrangidos pelo artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações, e os que tivessem seus recursos liberados ou depositados em juízo, previu para os precatórios pendentes na data da promulgação da emenda e decorrentes de ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 a liquidação em até o prazo máximo de dez anos, em prestações anuais.

Constituição Federal, e castiga a vítima, por certo está a merecer outro tratamento.

Em primeiro lugar, é evidente que o disposto em lei não pode ter prevalência sobre as garantias constitucionais, razão por que se o artigo 35 do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, afrontasse a regra constitucional que assegura o direito de propriedade, com a ressalva da desapropriação mediante *prévia* e justa indenização, não haveria de sobre ela prevalecer.

Ocorre que tal dispositivo nem ao menos conflita com a Constituição Federal, pois quando estabelece a impossibilidade de reivindicação dos bens incorporados ao patrimônio da Fazenda Pública, faz expressa referência aos “bens expropriados”.

Ora, para que os bens sejam considerados expropriados, evidencia-se a necessidade do pagamento *prévio* da justa indenização, significando isso que enquanto não efetuado o pagamento da indenização não se pode considerar nenhum bem como expropriado, pena da vulneração da regra do artigo 5.º, inciso XXIV, da Constituição Federal, que estabelece como requisito para a desapropriação o pagamento da *prévia* e justa indenização.

Como se vê, a regra estatuída pelo citado artigo 35 não alcança os bens compreendidos na chamada desapropriação indireta, porque tais bens não podem ser considerados como expropriados, pela ausência do requisito indenizatório e do processo legal, exigido para tanto.

Assim, não há no ordenamento jurídico respaldo normativo expresso a justificar a impossibilidade da ação de reivindicação do bem objeto de ilícito apossamento pelo Poder Público.

O que ocorre, isso sim, é uma situação fática que impossibilita a recuperação pelo expropriado do objeto do esbulho, ao mais das vezes pela total

desfiguração do bem, ou mesmo por transformação ocorrida de sorte que seja inviável seu retorno à situação anterior sem grandes prejuízos às arcas públicas.

É claro que se o esbulho for reversível, caberá a ação reivindicatória do bem, com eventual condenação em perdas e danos, que se traduzem normalmente nos lucros cessantes, pela privação da propriedade, quando assim efetivamente ocorrer.

Afirmamos o ressarcimento dos danos em caráter de eventualidade, eis que nem sempre a privação da propriedade acarretará a incidência de lucros cessantes, mas somente em hipóteses em que tais danos efetivamente possam existir, dentro do que seria razoável admitir como o que se deixou de auferir, nos moldes preconizados pelo artigo 1.059 do Código Civil⁹.

Entretanto, efetivamente, em caso de “desapropriação de fato”, verificada pela irreversibilidade do apossamento do bem pela Administração, como, por exemplo, ocorreria pela edificação, no terreno alheio, de um edifício de uso comum do povo, da construção de uma estrada de rodagem, de uma praça pública, ou mesmo de um imóvel de uso especial da Administração, outra alternativa não resta ao particular esbulhado senão a via da reparação.

Ocorre, todavia, que freqüentemente o apossamento administrativo se verifica por ato intencional de administradores, como meio de realização de obras, sem o dispêndio de verbas.

Nesse sentido refere KIYOSHI HARADA:

“Normalmente, o apossamento administrativo é levado a efeito pelos administradores menos escrupulosos como forma de viabilizar implantação de melhoramento público, sem a correspon-

9. Correspondente ao artigo 402 do novo Código Civil.

dente dotação orçamentária e sem os recursos financeiros necessários, com grave infração dos princípios orçamentários. Porém, obedece sempre a um plano de melhoramento previamente aprovado por lei ou por órgão com essa incumbência. Na maioria das vezes, até existe o ato declaratório de desapropriação regularmente emitido pela chefia do Executivo. Só faltam os recursos orçamentários e financeiros. Daí o apossamento”¹⁰.

Em tais hipóteses, essa circunstância da ocorrência de dolo efetivamente comprovado afigura-se-nos determinante de conseqüências graves contra o administrador de má-fé.

De fato, a lei prescreve a pena de nulidade para a desapropriação efetuada sem o pagamento ou o depósito prévio da justa indenização.

É o que dispõe o artigo 46 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000:

“É nulo de pleno direito ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3.º do artigo 182 da Constituição, ou prévio depósito judicial do valor da indenização”.

Ora, se a lei, em cumprimento ao comando constitucional da prévia indenização, comina a pena de nulidade de pleno direito à desapropriação efetuada sem o implemento dessa condição, “a fortiori” deve ser penalizado o ato material da desapropriação sem o devido processo legal, que a Constituição Federal preconiza como forma para a desapropriação efetivar-se.

Por essa razão, haverá o fato consistente no esbulho de ser objeto de apuração, com a responsabilização dos servidores que, por culpa ou dolo, tenham sido responsáveis pelo apossamento administrativo, com prática de patente ilícito.

10. HARADA, Kiyoshi. In: *Desapropriação – Doutrina e Prática*, pp. 163 e 164.

Ao que tange à conduta dolosa, nesse sentido, pode ser a mesma enquadrada em improbidade administrativa, conforme a previsão do artigo 11, inciso I, da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, pois configura a prática de ato “diverso daquele previsto na regra de consequência”, porque evidente o desvio de poder nessa circunstância.

E isso é determinante, segundo o inciso II do artigo 12 desse diploma, do ressarcimento do dano, se houver; da perda da função pública; da suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; do pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Essa conduta, que se assemelha à “via de fato” do Direito francês, além dessa consequência, pode ser determinante da responsabilização civil direta do agente público causador do dano, em casos de dolo ou ainda de culpa, com base no artigo 159 do Código Civil¹¹, que prescreve:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imperícia, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Isso não afasta, como é óbvio, a possibilidade de a ação ser proposta em face da pessoa pública esbulhadora, ou ainda, se preferir o desapossado, em face de ambos, pessoa pública e agente público, em litisconsórcio passivo, quando se evidenciar a culpa ou dolo de parte deste¹².

11. Correspondente aos artigos 186 e 927, “caput”, do novo Código Civil.

12. Essa é a lição de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, adotada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, no sentido de que a vítima de dano, por ação culposa ou dolosa do agente público, pode propor ação contra o agente, contra o Estado ou contra ambos, responsabilizando-os solidariamente. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: ob. cit., p. 876.

O pedido deve compreender não apenas o valor do bem, mas também eventuais lucros cessantes, sob a forma de juros compensatórios¹³, juros moratórios a contar do trânsito em julgado da sentença, honorários de advogado, reposição das custas e despesas processuais.

Além disso, vislumbramos a possibilidade do pleito de danos morais, em cumulação com os danos materiais.

De fato, o ilícito praticado pela Administração Pública, atingindo direito individual do administrado, é causa inquestionável de sofrimento moral.

Com efeito, se a Administração deve pautar sua conduta nos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, e se é natural que dela se espere uma atitude de proteção ao direito dos administrados, a conduta contrária, consistente na violação do direito alheio, causa enorme desconforto e sentimento de desproteção, porque frustra a normal expectativa quanto a um comportamento ético, configurando o dano moral¹⁴.

De fato, a conduta que se espera da Administração é sempre uma conduta ética e voltada para a realização do interesse da coletividade, e de respeito ao direito alheio, como salienta EURICO SODRÉ, tratando o tema da desapropriação indireta:

13. Nesse diapasão as Súmulas n.ºs 69 e 114 do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente: “Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel”. “Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.”

14. Tratando o tema do princípio da moralidade administrativa, escreve CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA: “O fortalecimento da moralidade administrativa como princípio jurídico deu-se, pois, com a aceitação da idéia de que o serviço público tem que atender ao que é justo e honesto para a sociedade a que se destina. A Administração Pública tem, pois, que tomar a si a responsabilidade de realizar os fins da sociedade segundo padrões normativos de justiça e de justeza, esta configurada pelo conjunto de valores éticos que revelam a moralidade”. (...) A ética da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade segundo suas razões de crença e confiança em determinado ideal de justiça, que ela busca realizar por meio do Estado”. ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. In: *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 191.

“Por via de regra o desapossamento administrativo raramente deverá ocorrer pois se presume no Poder Público um alto respeito pelos direitos alheios e espírito de continência ante a prática de atos violentos ou tirânicos. Por isso, o apossamento administrativo somente se justificará quando praticado sem dolo, ainda que com culpa”¹⁵.

Assim, essa frustração da expectativa de proteção de direito do administrado, com a prática de ato que evidencia exatamente o contrário, enseja a reparação pelo dano moral causado, sendo pacífico o entendimento pretoriano quanto à juridicidade do pleito de cumulação de danos materiais com danos morais, quando ambos sejam incidentes, como na espécie pode ocorrer.

Quanto ao pleito judicial para a espécie, firmou-se a jurisprudência no sentido de considerar o prazo prescricional da ação em vinte anos, como uma verdadeira exceção ao prazo prescricional para as ações contra a Fazenda Pública, de cinco anos, fulcrado no Decreto n.º 29.910, de 1932.

De fato, entende a jurisprudência que o prazo da prescrição aquisitiva, estatuído pelo artigo 550 do Código Civil¹⁶, para a consumação do usucapião ordinário, aplica-se à hipótese.

Nesse sentido a Súmula n.º 119 do Superior Tribunal de Justiça, substanciada na seguinte ementa: “A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos”.

Veja-se, nesse sentido, v.g., o acórdão prolatado ao julgamento do Recurso Especial n.º 164.481-SP, relator o Ministro Ari Pargendler, cuja ementa assim foi redigida:

15. SODRÉ, Eurico. In: *A Desapropriação*, p. 94.

16. Correspondente ao artigo 1.238 do novo Código Civil.

“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO. A perda da propriedade só se consuma depois de vinte anos; quando o titular do domínio já não se pode valer da ação de reivindicação. Inaplicabilidade da regra do artigo 1.º do Decreto n.º 29.910, de 1932, à chamada desapropriação indireta. Recurso especial não conhecido”.

Além disso, firmou-se a jurisprudência no sentido da conversibilidade do pedido reivindicatório da propriedade em perdas e danos, em hipótese da impossibilidade da devolução do imóvel, como se colhe da seguinte ementa do acórdão prolatado ao julgamento do Recurso Especial n.º 114.464-BA, relator o Ministro Ari Pargendler:

“PROCESSO CIVIL. CONVERSÃO DE AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO ‘EXTRA PETITA’. NÃO-OCORRÊNCIA. A sentença que, em face da impossibilidade da devolução do imóvel ao proprietário, converte a ação de reivindicação em ação de indenização pela perda da propriedade, não contraria os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil; construção pretoriana, já antiga, destinada a reparar os danos da chamada *desapropriação indireta*. Recurso especial não conhecido”¹⁷.

Preocupado com a construção pretoriana quanto ao prazo prescricional na espécie, baixou o Presidente Fernando Henrique Cardoso a Medida Provisória n.º 2.027, de 29 de junho de 2000, introduzindo um parágrafo único ao artigo 10 do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, fixando a extinção em cinco anos do prazo para a propositura de ação de indenização por apossa-

17. Nesse mesmo sentido confirmam-se os acórdãos da mesma Corte prolatados nos Recursos Especiais n.ºs 7.459-0-SP, relator o Ministro Ari Pargendler; 361689-RS, relator o Ministro José Delgado; 153.756-RS, relator o Ministro Milton Luiz Pereira.

mento administrativo ou desapropriação indireta, além da ação preordenada à obtenção de indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público.

Tal medida provisória, todavia, foi objeto de impugnação por ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, pelo seu Conselho Federal.

Aludida ADIn., distribuída ao Ministro Moreira Alves sob o número 2.260/DF, recebeu despacho acolhendo o pedido de liminar, no sentido de afastar da redação do dispositivo a previsão do prazo prescricional de cinco anos para a ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta¹⁸, de cuja ementa se colhe o seguinte tópico:

“De há muito, a jurisprudência desta Corte afirmou que a ação de desapropriação indireta tem caráter real e não pessoal, traduzindo-se numa verdadeira expropriação às avessas, tendo o direito à indenização que daí nasce o mesmo fundamento da garantia constitucional da justa indenização nos casos de desapropriação regular. Não tendo o dispositivo ora impugnado sequer criado uma modalidade de usucapião por ato ilícito com o prazo de cinco anos para, através dele, transcorrido esse prazo, atribuir o direito de propriedade ao Poder Público sobre a coisa de que ele se apossou administrativamente, é relevante o fundamento jurídico da presente arguição de inconstitucionalidade no sentido de que a prescrição extintiva, ora criada, da ação de indenização por desapropriação indireta fere a garantia constitucional da justa e prévia indenização, a qual se aplica tanto à desapropriação direta como à indireta. – Ocorrência, no caso, do requisito da conveniência para a concessão da liminar requerida”.

Esse despacho concessivo da liminar foi acolhido pelo Plenário da Suprema Corte, conforme acórdão publicado no *Diário Oficial da União*, de 2

18. Em realidade, como é óbvio, as duas hipóteses são uma só, consistente no esbulho possessório por ato do Poder Público sobre a propriedade privada.

de agosto de 2002, encontrando-se, pois, neste momento, o feito aguardando julgamento de mérito.

Examinada a chamada desapropriação indireta, e as questões que nos parecem pertinentes ao aspecto indenizatório, nosso próximo capítulo, também com adequação ao tema deste estudo, pretende uma incursão em questões ambientais, para tratar das indenizações a elas relativas.

Capítulo 4

AS INDENIZAÇÕES AMBIENTAIS

4.1. A Legislação Florestal e a Indenização

Propriedade: função social – O direito de propriedade é relativizado, de sorte que além da fruição pelo proprietário (direito de propriedade), incide sobre ela um outro direito, de titularidade social (direito social), exsurgindo uma relação de administração, uma finalidade cogente a ser atendida pelo proprietário. Existe ao mesmo tempo direito subjetivo e relação de administração¹?

I. Nesse sentido a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA: “São inegavelmente dessa natureza, como já escrevi de outra feita, os bens imóveis de valor histórico, artístico, arqueológico, turístico e as paisagens de notável beleza natural, que integram o patrimônio cultural brasileiro, assim como os bens constitutivos do meio ambiente natural.

A Constituição, no art. 225, declara que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Veja-se que o objeto do direito de todos não é o meio ambiente em si, não é qualquer meio ambiente. O que é objeto do direito é o meio ambiente qualificado. O direito que todos temos é à qualidade satisfatória, ao equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se converteu em bem jurídico. A isso é que a Constituição define como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Pode-se dizer que tudo isso significa que esses atributos do meio ambiente não podem ser de apropriação privada mesmo quando seus elementos constitutivos pertencem a particulares. Significa que o proprietário, seja pessoa pública ou pessoa particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade. Além disso, há elemen-

Nesse passo surge a questão consistente na indagação sobre a igualdade, ou seja, o princípio da isonomia a exigir a distribuição dos ônus pela comunidade, em caso de sacrifício individual. Vejamos:

O artigo 225 da Constituição Federal define o meio ambiente ecologicamente equilibrado como *bem de uso comum do povo*, afirmando que esse bem se constitui em direito de todos.

A defesa e preservação desse direito incumbe não apenas ao Poder Público, mas também à coletividade, estabelecendo o § 1.º do dispositivo meios para assegurar a efetividade do direito em causa.

Nesse sentido fixa o seu inciso III caber ao Poder Público, entre outras incumbências, definir em todas as unidades da Federação espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, reservando-se todavia apenas à lei a alteração ou supressão dessa reserva e proteção, sendo proibida qualquer utilização que possa comprometer a integridade dos atributos que a justifiquem.

tos físicos do meio ambiente que também não são suscetíveis de apropriação privada, como o ar, a água, que são, já por si, bens de uso comum do povo. Assim também as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País. Por isso, como a qualidade do ambiente, não são bens públicos nem particulares. São bens de interesse público, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo.

A conclusão importante é que esses bens vinculados a um regime especial de imodificabilidade e, às vezes, de relativa inalienabilidade têm uma parte que fica sob o poder de decisão do proprietário acerca de sua utilização e fruição e que fica sob o domínio do poder público. Por isso a interpretação que a jurisprudência tem dado a respeito do valor de indenização desses bens, especialmente das florestas especialmente protegidas, não tem levado em conta que tais bens não podem ter o mesmo valor monetário que teriam se não estivessem incluídos na categoria dos bens de interesse público. No cálculo da indenização, quando cabível há de se ponderar entre o interesse público e o interesse privado sobre o bem, para que se cumpra a determinação constitucional do preço justo no caso da desapropriação direta ou indireta. O conceito de valor justo não é só em benefício do proprietário. Se o bem tem uma parte de interesse público, o valor deve levar em conta a parte estritamente do particular. A parte vinculada desconta-se no valor total que teria o bem, se despido de vínculo de interesse público". SILVA, José Afonso da. In: Revista *Interesse Público* n.º 10, p. 16.

De outra parte, o inciso VII desse artigo estabelece também como dever do Poder Público a proteção da fauna e da flora, preconizando a vedação, na forma da lei, de práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Além disso, o § 4.º do artigo em exame estabelece que a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira constituem-se em *patrimônio nacional*, preconizando, de outro lado, que *sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.*

O Código Florestal, a Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965, define as florestas e demais formas de vegetação em nosso território como bens de interesse comum a todos os habitantes do País, fixando outrossim que *o exercício do direito de propriedade em relação a elas haverá de ser efetuado com as limitações que a legislação em geral e especialmente o próprio Código estabeleçam.*

Entre as definições estabelecidas pelo Código Florestal, cuidou este de definir como *área de preservação permanente* a área protegida nos termos dos artigos 2.º e 3.º da lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

De outra parte, definiu o diploma a *área de Reserva Legal* como a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas.

O artigo 2.º do Código define como áreas de preservação permanente:

– as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde seu nível mais alto, variando a largura da faixa de proteção, conforme a largura dos cursos d'água;

– as existentes ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

– as situadas nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados “olhos d'água”, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 m (cinquenta metros) de largura;

– as localizadas no topo de morros, montes, montanhas e serras;

– as situadas nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45 graus, equivalente a 100% na linha de maior declive;

– as localizadas nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

– e, finalmente, aquelas situadas nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 m (cem metros) em projeções horizontais; em altitude superior a 1.800 m (mil e oitocentos metros), qualquer que seja a vegetação.

Ao que respeita às áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, fixa o parágrafo único do citado artigo 2.º o dever de observar-se o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere o artigo.

Além dessa definição legal de área de preservação permanente, prescreve o Código Florestal, em seu artigo 3.º, a possibilidade de o Poder Público,

por ato administrativo, declarar como de preservação permanente florestas e demais formas de vegetação natural que sejam destinadas a atenuar a erosão das terras; fixar as dunas; formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares; proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; assegurar condições de bem-estar público.

De outra parte, prescreve o § 1.º desse artigo 3.º da lei a possibilidade de supressão total ou parcial das florestas de preservação permanente, mediante prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

Finalmente, o § 2.º desse artigo fixa que as florestas que integram o patrimônio indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente, nos termos da lei.

Como se vê, a possibilidade de supressão de florestas, tidas como de preservação permanente por ato do Poder Público, conflita com o disposto no inciso III do § 1.º do artigo 225 da Constituição Federal, na medida em que a Carta Magna prescreve que embora caiba ao Poder Público definir os espaços a serem protegidos, somente a lei pode permitir a alteração ou supressão dessas áreas protegidas.

Assim, deve-se reputar como não recebida pela Constituição a prescrição legal em sentido contrário.

De outra parte, o Código Florestal prevê a possibilidade de supressão de florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em áreas de preservação permanente, bem como as não sujeitas à utilização limitada ou objeto de legislação específica.

A condição para essa supressão é a de que sejam mantidos a título de *reserva legal* percentuais mínimos fixados das propriedades rurais, percentuais esses variáveis conforme a localização do imóvel.

Assim, em conformidade com o artigo 16 da lei, com redação dada pela Medida Provisória n.º 2.080-60, de 22 de fevereiro de 2001, a reserva legal será correspondente a 80% da propriedade rural, para o imóvel localizado na Amazônia Legal.

Corresponderá a 35% para a propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia e seja averbada nos termos do § 7.º do artigo. (Em conformidade com o § 1.º do artigo, o percentual de reserva legal na propriedade situada em área de floresta e cerrado será definido considerando-se separadamente os índices contidos nas situações supra-aludidas.)

Será de 20% para a propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País.

Também deve ser de 20% da propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.

De outra parte, figura a lei possibilidade de redução da reserva, ao que tange à Amazônia Legal, ou ampliá-la em até 50% dos índices previstos em todo o território nacional. Com efeito, assim dispõem os incisos I e II do § 5.º do artigo 16, em exame:

“§ 5.º O Poder Executivo, se for indicado pelo Zoneamento Ecológico Econômico – ZEE e pelo Zoneamento Agrícola, ouvidos o CONAMA, o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério da Agricultura e do Abastecimento, poderá:

I – reduzir, para fins de recomposição, a reserva legal, na Amazônia Legal, para até cinquenta por cento da propriedade, excluídas, em qualquer caso, as Áreas de Preservação Permanente, os ecótonos, os sítios e ecossistemas especialmente protegidos, os locais de expressiva biodiversidade e os corredores ecológicos; e

II – ampliar as áreas de reserva legal, em até cinquenta por cento dos índices previstos neste Código, em todo o território nacional”.

Considerando que essas áreas de floresta, de proteção permanente ou de reserva legal podem incidir não apenas sobre terras públicas, mas também sobre terras privadas, coloca-se a questão de assistir ou não aos proprietários privados o direito à indenização quanto à obrigação da manutenção daquelas em suas propriedades.

Inquestionavelmente, o instituto da desapropriação é que dá a exata dimensão do direito de propriedade em nosso ordenamento jurídico, pois fixa o critério da indenização justa e prévia para a hipótese do sacrifício desse direito, em prol do interesse público ou social.

Além disso, o princípio da igualdade na lei e perante a lei, de seu turno, constitui-se em importante barreira de ordem constitucional à idéia do sacrifício específico, individual, para a fruição de todos.

Ao que tange ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, vale notar que na medida em que o artigo 225 da Constituição Federal o qualifica como bem de uso comum do povo, ao mesmo tempo impõe o dever de sua defesa e preservação para as presentes e futuras gerações ao Poder Público e à coletividade.

Significa isso que para alcançar tal equilíbrio o seu custo deve ser igualmente distribuído entre todos que têm o dever de sua defesa e preservação.

Os cultores do Direito Ambiental, quase que em uníssono, sustentam que não incidem restrições ao direito de propriedade, ao que respeita à manutenção de florestas de preservação permanente e das reservas legais, lastreando essa suposição no entendimento de que o regime da propriedade não é mais o do Código Civil, art. 524², mas sim o regime público, dado pela Constituição.

Assim, argumentam que a função social da propriedade, que interpretam como a “função ambiental da propriedade”, integra a composição, o próprio perfil do direito de propriedade, que sem esse conteúdo resta invalidado e, mesmo, inexistente.

Sustentam também que as restrições que se impõem à propriedade privada, ao que se refere à reserva legal e às áreas de proteção permanente, constituem-se em meras *limitações administrativas*, colhendo tal idéia simplesmente do fato de que estas atingem genericamente todas as propriedades rurais, concluindo “ipso facto” que esse requisito da generalidade seria suficiente para descaracterizar qualquer sacrifício do direito de propriedade, determinante de indenização.

Nesse sentido, escreve ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN, afirmando a existência de limites internos e externos à propriedade, alocando nesses limites internos o próprio perfil do direito de propriedade.

Assim, aludindo aos limites internos tradicionais desse direito, tais como as regras de vizinhança, a proteção à saúde pública etc., define também a função social da propriedade como limite interno, fixando tal função como essencial à composição do próprio direito, para concluir que os limites internos se constituem em elemento do direito de propriedade, não podendo configurar por isso um caráter ablativo desse direito³.

2. Correspondente ao artigo 1.228, “caput”, do novo Código Civil.

3. “Na esfera dos limites internos, por conseguinte, não se pode falar em desapropriação, pois um ônus indissociável da propriedade não tem o dom de ser, a um só tempo, seu elemento e uma intervenção

Quanto aos limites externos, esses sim indenizáveis, estariam a presupor previamente “uma dominialidade que opera em sua plenitude”, e sendo-lhe consecutivos são determinantes do dever de indenizar, como por exemplo quando a Administração Pública necessita da propriedade privada parcial ou integralmente para a construção de escolas, estradas etc.

Ao que respeita às Áreas de Preservação Permanente, subdivide-as o autor em duas espécies: as APPs “*ope legis*”, que decorrem da lei (do próprio Código Florestal), e as APPs administrativas, cuja criação é dependente de ato administrativo.

Quanto ao primeiro tipo, e também quanto à Reserva Legal, entende-as o autor não serem jamais indenizáveis, por constituírem limites internos ao direito de propriedade, o mesmo não ocorrendo com as Áreas de Preservação Permanente administrativas, que sustenta indenizáveis, quando lhes faltar o caráter da generalidade e não beneficiarem direta ou indiretamente o proprietário, e sua implantação aniquilar a totalidade do uso ou dos possíveis usos da propriedade⁴.

Versando o tema, VLAMIR PASSOS DE FREITAS refere que as Áreas de Preservação Permanente podem ser estabelecidas de sorte que favoreçam, além do interesse público, também o interesse privado do proprietário. É o caso da alínea *a* do artigo 2.º do Código Florestal (Lei n.º 4.771, de 15.9.1965), que trata das matas ciliares, essenciais para a qualidade da água dos rios, como também o é o caso da alínea *e* do mesmo dispositivo, quando cuida da preservação de florestas nas encostas dos morros, com declividade superior a 45 graus⁵.

desapropriadora. Não se pode compensar pela negação (= desapropriação) de um direito que não se tem. Tais figurantes internos colocam-se como condicionadores *a priori* do direito de propriedade. No geral, a proteção do meio ambiente, no sistema constitucional brasileiro, não é uma incumbência imposta *sobre* o direito de propriedade, dele sendo fragmento inseparável. Em resumo, os limites internos não aceitam imposição do dever de indenizar, exatamente porque fazem parte do feixe de atributos necessários ao reconhecimento do direito de propriedade.” BENJAMIN, Antônio Herman V. In: *Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental*, p. 20.

4. *Idem*, *ibidem*, pp. 27 e 28.

5. Nesse sentido, invoca o autor a lição de OSNY DUARTE PEREIRA acerca de previsão de igual teor já existente no Código Florestal de 1934: “Sua conservação não é apenas por interesse público, mas do interes-

Sustenta o autor que essas áreas de preservação permanente, tal como previstas no artigo 2.º do Código Florestal, não são indenizáveis a qualquer título, entendendo-as como mera limitação administrativa, em razão da imposição ser de caráter geral, atingindo a todas as propriedades do Brasil.

Quanto às previstas no artigo 3.º do Código, o que define, segundo o autor, o dever de indenizar é a inviabilização do uso. “Portanto, se o ato administrativo inviabilizar por completo a utilização do bem pelo proprietário, fulminando a fruição do direito, ele acabará equivalendo a uma verdadeira expropriação. Surgirá, daí, o dever de reparar.”⁶

Nessa linha de sustentação, o pensamento de PAULO AFFONSO LEME MACHADO, que afirma a gratuidade da constituição da Reserva Florestal Legal, ao argumento de que a obrigação de instituir e manter tal reserva atinge genericamente todas as propriedades rurais privadas, afirmando ainda que a incidência do princípio da função social da propriedade seria determinante da gratuidade em questão⁷.

Nesse mesmo sentido, aliás, constata-se o pensamento de inúmeros estudiosos do tema⁸.

se direto e imediato do próprio dono. Assim como ninguém escava o terreno dos alicerces de sua casa, porque poderá comprometer a segurança da mesma, do mesmo modo ninguém arranca as árvores das nascentes das margens dos rios, nas encostas das montanhas, ao longo das estradas, porque poderá vir a ficar sem água, sujeito a inundações, sem vias de comunicação, pelas barreiras e outros males conhecidos resultantes de sua insensatez”. PEREIRA, Osny Duarte. Apud FREITAS, Vlamir Passos de. In: *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*, p. 139.

6. Idem, *ibidem*, pp. 140 e 141.

7. “Considerada a generalidade da obrigação de instituir reservas florestais, não cabe indenização ao proprietário por parte do Poder Público. A obrigação de instituir e manter a reserva não grava um proprietário somente, mas todas as propriedades rurais privadas. Aplicam-se, concretamente, dois princípios constitucionais: ‘a propriedade atenderá a sua função social’ (art. 5.º, XXIII) e ‘a função social é cumprida quando a propriedade atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente’ (art. 186 da CF).” MACHADO, Paulo Affonso Leme. In: *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 642.

8. DANELUZZI, Marcelo Duarte. In: *Revista de Direito Ambiental* n.º 5, p. 77. CALÇAS, Manoel

ÉDIS MILARÉ salienta a função social e ambiental da propriedade como determinante do dever do proprietário rural de recomposição da vegetação em áreas de preservação permanente, qualificando tal obrigação como de caráter real imposta ao proprietário do bem, “mesmo não tenha sido ele o responsável pelo desmatamento”⁹.

Todavia, com a devida vênia dos cultos tratadistas da matéria, não nos parece a melhor conclusão a que sustenta não serem as áreas reservadas em propriedades privadas indenizáveis, com base, de um lado, na função social da propriedade, porque elemento interno, configurador do perfil do direito de propriedade, e, de outro, com base na suposição de que tais incidências sobre terras privadas constituam meras limitações administrativas, não sendo “*ipso facto*” indenizáveis.

De fato, em primeiro lugar, o tratamento constitucional dado ao tema função social da propriedade indica que o não-cumprimento dessa função, pelo proprietário, enseja conseqüências estabelecidas com o caráter de sanção.

Com efeito, quanto aos imóveis urbanos estabelece-se a penalidade de desapropriação, mediante o pagamento em títulos da dívida pública, quando descumpram sua função social, nos termos do artigo 182, § 4.º, inciso III, da Constituição Federal.

De outra parte, preconiza o artigo 184 da mesma Carta Política a

de Queiroz Pereira. In: *Revista de Direito Ambiental* n.º 6, p. 70. PACCAGNELLA, Luis Henrique. In: *Revista de Direito Ambiental* n.º 8, pp. 15 e seguintes. CUSTÓDIO, Helita Barreira. In: *Revista de Direito Ambiental* n.º 12, pp. 6 e seguintes. COSTA, Flávio Dino de Castro e. In: *Revista de Direito Ambiental* n.º 18, p. 151. LEUZINGER, Márcia Diegues. In: *Revista de Direitos Difusos*, vol. 5, pp. 587 e seguintes.

9. “É com base nesse princípio que se tem sustentado, por exemplo, a possibilidade de imposição ao proprietário rural do dever de recomposição da vegetação em áreas de preservação permanente e reserva legal, mesmo não tenha sido ele o responsável pelo desmatamento, certo que tal obrigação possui caráter real – *propter rem* –, isto é, uma obrigação que se prende ao titular do direito real, seja ele quem for, bastando para tanto sua simples condição de proprietário ou possuidor.” MILARÉ, Édís. In: *Direito do Ambiente*, p. 121.

desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante o pagamento em títulos da dívida agrária.

Assim, se é verdade que o direito de propriedade pode ser extinto em razão do descumprimento de sua função social, também o é o fato de que tal extinção se faz por desapropriação, mediante o pagamento de indenização.

Ou seja: o cumprimento da função social da propriedade, embora cogente sua implementação, nos termos da Constituição e das leis disciplinadoras, não se constitui em encargo exclusivo do proprietário; e, embora elemento integrante do perfil do direito de propriedade, o custo de sua concretização, em último caso, deve ser distribuído à coletividade, porque sua não-implementação conduz à desapropriação, mediante pagamento, aliás, do justo preço, embora em títulos, o que reafirma que o ônus da realização da função social da propriedade se configura em dever de toda a sociedade, e não exclusivamente do proprietário.

A função social da propriedade, assim, embora constituindo fator interno ao direito de propriedade, determinante de seu perfil, configura um dever de toda a coletividade, evidenciando que, se de um lado o descumprimento desse dever pelo proprietário é determinante da sanção, consistente em desapropriação sem o pagamento prévio em dinheiro; de outro, determina à coletividade tal pagamento, embora parcelado e em títulos públicos, impondo-se, a partir daí, ao Poder Público o dever de realizar essa função social, por si ou por terceiros.

Conforme já afirmamos, o instituto da desapropriação no tratamento conferido por nosso ordenamento jurídico é fator de afirmação do direito de propriedade, uma vez que preconiza a substituição desse direito pela justa indenização, considerada como aquela que permita ao desapropriado adquirir outro bem de igual valor ao que lhe é retirado.

Destarte, não apenas se reafirma o direito de propriedade que não pode ser retirado sem a indenização correspondente ao seu valor, mas também se afirma o princípio basilar do nosso ordenamento, consistente no princípio da igualdade.

O pagamento da indenização justa distribui a carga da realização da desapropriação por toda a coletividade.

Assim, a extinção do direito de propriedade, por desapropriação, é determinante da distribuição de seu custo à coletividade, seja quanto ao pagamento antecipado em dinheiro, seja quanto ao pagamento a prazo em títulos públicos, o que implica o reconhecimento do direito de propriedade em toda a sua extensão.

Inexistisse essa forma de extinção do direito indenizada, e fosse permitido seu exaurimento, nas hipóteses em que o ordenamento reclama a propriedade, por razões de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, ou descumprimento da função social da propriedade, sem indenização, e estar-se-ia diante da negação do direito de propriedade.

Assim, fosse possível a retirada da propriedade de seu titular, *sem indenização*, pelo descumprimento da função social da propriedade, e seria viável a tese de que o fato de essa função integrar o conteúdo da propriedade seria determinante de sua extinção pela sua não-implementação pelo proprietário.

Todavia, exigindo-se a indenização, e a justa indenização, conforme o prevê a Constituição Federal, mesmo diante do ilícito consistente no descumprimento da função social da propriedade, evidencia-se que essa função, embora constituindo elemento interno conformador do direito de propriedade, seu implemento configura um dever de toda a sociedade, sendo, "ipso facto", seu descumprimento pelo proprietário determinante da desapropriação, mediante o pagamento da justa indenização.

Destarte, a retirada da propriedade de seu titular que não cumpra a sua função social não deve ser vislumbrada simplesmente como uma sanção, mas também como um sacrifício de direito.

De fato, como se pode perceber, a Constituição e as leis que disciplinam a retirada da propriedade, pelo não-cumprimento de sua função social, objetivam, com a retirada do imóvel do proprietário inadimplente, exatamente a implementação da função social da propriedade, seja por obra do Poder Público expropriante, seja pelo futuro adquirente do bem assim expropriado.

Ou seja, paga-se o justo preço *da integralidade do bem expropriado*, para implementar-se nele a sua função social.

Portanto, se assim é, razão não há para invocar a função social da propriedade rural como fundamento para o não-pagamento de indenização de propriedade privada, individual, que venha a ser onerada, com a incidência de sacrifício de direito, em prol do atendimento dessa função, que se constitui em custo tributável a toda a coletividade, como visto.

Por outro lado, não nos parece se possam qualificar tanto as florestas de preservação permanente como as reservas legais em meras limitações administrativas.

É notório que, para qualificar tais áreas reservadas como limitações ao direito de propriedade, os estudiosos ambientalistas têm-se limitado a invocar dois aspectos que caracterizam as limitações, consistentes no fato de atingirem elas genericamente todas as propriedades rurais, de um lado, e, de outro, decorrerem da lei.

Ocorre que há um aspecto relevantíssimo, que a nosso ver não é considerado nessa construção, e que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com sua habitual maestria, arrola, consistente na “especial sujeição à utilidade pública”, de sorte que se proporcione a parcial *fruição direta* do pró-

prio bem, seja pela Administração, seja pela coletividade, a caracterizar com isso a *servidão* e não a mera *limitação*¹⁰.

Com efeito, a utilidade que se colhe das limitações administrativas não advém diretamente delas mesmas, eis que sempre ostentam o caráter instrumental, proporcionando o benefício sempre indiretamente, em razão de uma abstenção que com elas se objetiva.

É a idéia de preservação da ordem existente que anima as medidas ou restrições de polícia, em que se aninham as limitações.

É por isso que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, na lição em referência, distingue as limitações das servidões, também pelo aspecto em que vislumbra um “non facere” nas limitações, ou seja, uma obrigação de não fazer, enquanto que nas servidões afirma a existência de um dever de suportar, um “pati”.

As limitações administrativas não são indenizáveis, porque configuradoras do desenho do próprio perfil do direito de propriedade¹¹, enquanto que as servidões, porque retiram parcela desse direito em prol ou da Administração Pública, ou diretamente em favor da comunidade, são, em princípio, indenizáveis, sempre que signifiquem sacrifício econômico do proprietário¹².

10. “Nas servidões administrativas há um ônus real – ao contrário das limitações –, de tal modo que o bem gravado fica em especial sujeição à utilidade pública, proporcionando um desfrute direto, parcial, do próprio bem (simultaneamente fruível pela Administração ou pela coletividade em geral).” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: *Curso de Direito Administrativo*, p. 765.

11. Essa a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com suporte em RENATO ALESSI: “Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade* e *direito de propriedade*. Estes últimos são as expressões daquelas, porém, tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações *administrativas* ao *direito* de liberdade e ao *direito* de propriedade – é a brilhante observação de Alessi – uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isso sim, limitações à liberdade e à propriedade”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: *ob. cit.*, p. 693.

12. Essa é também a observação de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, no sentido de que nem sempre são indenizáveis as servidões, pois para que o sejam é de mister a ocorrência de prejuízo ao titular da propriedade sobre a qual incidem. *Idem*, *ibidem*, p. 766.

Pois bem, que se almeja com as áreas verdes cuja preservação é imposta aos proprietários rurais?

O que se quer e se retira delas é a contribuição ao equilíbrio do meio ambiente, que as florestas proporcionam. É a melhoria ou preservação da qualidade de vida para toda a coletividade, que advém das áreas verdes, o que ninguém nega.

Ao exame específico da matéria, afirma CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO essa circunstância, quanto às reservas florestais, vislumbrando nelas o caráter de servidão, "verbis":

"Pelo contrário, na esmagadora maioria dos casos de tombamento pelo Patrimônio Histórico quando são atingidos algum ou alguns especificados bens ou nas hipóteses de declaração de que certa área passa a ser reserva florestal e que, em consequência, as árvores não podem ser cortadas há uma individualização do bem objeto do ato imperativo da Administração que traz consigo um prejuízo econômico manifesto para o proprietário.

Suponha-se que alguém adquira uma fazenda e intente fornecer madeira, ou aproveitá-la industrialmente, dada a existência de numerosas árvores. Se as florestas em questão vierem a ser declaradas reservas do Estado, há um agravamento manifesto na esfera do proprietário atingido. Em nome do princípio da 'igualdade dos ônus dos administrados em face do Estado', cabe indenização. A entender-se de outro modo, alguns seriam forçados a suportar desproporcionalmente ônus estabelecidos em nome do interesse de todos, no que estaria ferido o princípio constitucional da isonomia"¹³.

Também CIRNE LIMA, ao exame da matéria à luz do anterior Código Florestal, qualificava tais reservas como servidões administrativas:

13. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: ob. cit., p. 766.

“Servidão administrativa ‘para certo fim’ (art. 695, Código Civil) recai sobre as florestas protetoras, de propriedade privada, as quais, além de não poderem ser alienadas, sem que aquela restrição as acompanhe (art. 8.º, Código Florestal), estão sujeitas, no que respeita à sua condição específica, não mais ao arbítrio do proprietário, senão às determinações das autoridades competentes, a benefício do serviço público florestal, especialmente ‘quanto ao replantio, à extensão e à oportunidade da exploração’ (art. 11, Código Florestal)”¹⁴.

Assim, parece-nos amoldarem-se perfeitamente tais restrições ao direito de propriedade na figura da servidão, sendo portanto em princípio indenizáveis as áreas reservadas em questão.

Todavia, quanto à indenização, cabe a ponderação de que se a reserva permanente prevista no Código Florestal atender aos interesses do proprietário do imóvel, tais como evitar erosões, desabamentos de terra nas encostas dos morros, ou mesmo a preservação das águas que cortam a propriedade etc., não se pode pensar em distribuição dos encargos pela coletividade, devendo, pois, cada situação ser examinada casuisticamente.

O mesmo, todavia, não se passa com a reserva legal, parecendo-nos, pelas disposições legais que as prevêm, serem sempre constituídas no interesse da coletividade, sendo portanto sempre indenizáveis.

Cabe examinar se eventual ação de indenização pelo estabelecimento dessas Reservas Legais estaria prescrita, eis que sua previsão já se faz distante no tempo, incidindo desde a edição do Código Florestal.

Afigura-se-nos inexistente prescrição quanto a essa ação indenizatória.

14. CIRNE LIMA, Ruy. In: *Revista de Direito Público* n.º 5, jul./set. 1968, p. 26.

Com efeito, dispõe o § 8.º do artigo 16 do Código Florestal, a Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965, que a área de Reserva Legal deve ser averbada à margem da inscrição da matrícula do imóvel rural, no Registro Imobiliário, estabelecendo ainda a vedação de alteração de sua destinação, em casos de transmissão a qualquer título.

De outra parte, o § 4.º do mesmo artigo fixa que a localização da Reserva Legal deve ser aprovada pelo órgão ambiental estadual competente ou, mediante convênio, pelo órgão ambiental municipal, ou outra instituição devidamente habilitada, havendo de ser considerada no processo de aprovação a função social da propriedade.

Assim sendo, a lei em tese não poderia fazer fluir o prazo prescricional, que somente se inicia pela incidência em concreto do comando legal sobre seus destinatários, que se verifica com a averbação da Reserva Legal no Registro Imobiliário.

4.2. A Servidão

Considerando a conclusão à indenização exigível pelas injunções supra-examinadas, cabe todavia ponderar que a indenização deve corresponder ao efetivo prejuízo do proprietário rural, que necessariamente não corresponde à perda da área, mas simplesmente ao valor suprimido de seu uso, ou seja: sua rentabilidade presumível.

Nesse sentido, ADILSON ABREU DALLARI, chamando à colação os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES, averba:

“A servidão embora afete apenas o atributo da exclusividade, que deixa de existir, é uma privação parcial e, assim, em princípio

indenizável. Mas intervém com rara argúcia Hely Lopes Meirelles, o que se indeniza não é a propriedade, mas o *prejuízo* eventualmente causado pelo uso público. Em resumo remanesce para o Estado o dever de indenizar somente quando e na medida em que a instituição de uma servidão administrativa causar um prejuízo ao titular da propriedade privada. Isto, entretanto, somente pode ser verificado em cada caso concreto”¹⁵.

De fato, como salienta JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, não se confunde a servidão com a desapropriação, na medida em que nesta ocorre a transferência da propriedade ao Poder Público, enquanto que naquela não se verifica a retirada do domínio do proprietário, mas somente a imposição do ônus de submeter a propriedade à utilidade pública.

Por essa razão entende também com HELY LOPES MEIRELLES que na servidão não se indeniza a propriedade, mas sim o prejuízo que tal uso venha a causar ao titular do domínio¹⁶.

Nesse mesmo sentido, ao afirmar indenizáveis as servidões administrativas, com os mesmos fundamentos que justificam a indenização das desapropriações por utilidade pública, afirma DIEZ que a indenização deve ser proporcional ao valor da quota-parte ideal do direito de propriedade subtraído pela servidão¹⁷.

Entretanto, quando o sacrifício de direito atinge a totalidade da propriedade, não mais cabe pensar na figura da servidão, mas sim na da desapropriação, o que será determinante da indenização integral.

15. DALLARI, Adilson Abreu. In: *Revista de Direito Público* n.º 59/60, jul./dez. 1981, p. 96.

16. SALLES, José Carlos de Moraes. In: *Revista de Direito Público* n.º 12, abr./jun. 1970, p. 93.

17. “Dijimos que la indemnización en esta materia tiene el mismo fundamento y la misma función que en la expropiación por causa de utilidad pública; en esta última, estando sacrificado el derecho entero, debe corresponder una indemnización igual al íntegro valor económico de la cosa. En la servidumbre, habiéndose sustrído solamente una parte de ese derecho, la indemnización debe ser proporcional al valor de la cuota ideal que se ha sustraído.” DIEZ, Manuel Maria. In: *Derecho Administrativo*, p. 200.

Exemplos dessa situação verificaram-se com o estabelecimento de parques em propriedades privadas, como ocorreu no Estado de São Paulo, com a criação do Parque Estadual da Serra do Mar, que deu margem a questionamento judicial por parte dos proprietários atingidos, gerando indenizações fixadas judicialmente, de graves conseqüências para as arcas estaduais¹⁸.

Considere-se, como se tem notícia, que o Estado de São Paulo, por sua Procuradoria, vem impugnando os valores fixados, ao argumento de que tais condenações de grande vulto teriam sido lastreadas em perícias seriamente questionáveis.

Finalmente, considere-se que as indenizações foram fixadas por sentenças judiciais, com trânsito em julgado ocorrido.

Evidencia-se, assim, a hipótese de fixação de indenizações em descompasso, para mais ou para menos, com o valor real da propriedade desapropriada.

É evidente que o comando constitucional da justa indenização fica prejudicado, comprometendo a higidez da sentença judicial, que ao fixar a indenização em valor menor ou maior do devido afronta o preceito da *justa indenização*, sendo, pois, vulneradora da Constituição Federal.

Ante tal possibilidade, parece-nos pertinente o exame da coisa julgada inconstitucional. É o que faremos no próximo capítulo deste trabalho.

18. O Estado de São Paulo, em 30 de agosto de 1977, baixou o Decreto n.º 10.251, criando o Parque Estadual da Serra do Mar, fixando em seu artigo 2.º a área abrangida pelo parque, de 315.000 hectares, com a descrição do respectivo perímetro. De outra parte, o artigo 6.º desse diploma declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, "as terras de domínio privado abrangidas pelo parque", de forma genérica e não identificadas as áreas ou seus proprietários. Entretanto, não obstante tivesse sido reduzido o número de desapropriações efetuadas pelo Poder Público, inúmeras ações de indenização por desapropriação indireta foram propostas contra o Estado de São Paulo, ao argumento de que a criação do Parque Estadual havia subtraído aos proprietários o conteúdo do direito de propriedade. Essa questão ostenta grande significado para as finanças estaduais, vez que o Estado de São Paulo sofreu condenações milionárias em razão das chamadas ações ambientais imobiliárias, disso decorrendo condenações com trânsito em julgado, com exaurimento do prazo para a propositura de ações rescisórias.

Capítulo 5

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

5.1. A Revisão do Julgado Inconstitucional

Alguns autores vêm sustentando a possibilidade da revisão a qualquer tempo da decisão judicial, ainda que transitada em julgado, quando ela vulnerar a Constituição Federal.

Nesse sentido a posição defendida por JOSÉ AUGUSTO DELGADO, que, com suporte na lição de PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, em sua obra *Teoria da Coisa Julgada*, afirma que a proteção estabelecida pela Constituição Federal à coisa julgada cinge-se à lei superveniente, que não pode atingi-la.

Ou seja, aplica-se o princípio da irretroatividade das leis, frente à decisão judicial transitada em julgado, que não pode ser atingida pela lei nova, devendo ser dela preservada.

Com efeito, para o autor a moralidade é o princípio supremo, existin-

do absoluta vinculação quanto a este, ao lado do princípio da legalidade, sobrepondo-se ao princípio da coisa julgada¹.

Manifesta o ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça sua preocupação quanto às sentenças injustas, decorrentes de decisões violadoras do círculo da moral e tangentes dos limites da legalidade, decisões que vulneram princípios decorrentes da Constituição Federal e que desconhecem a realidade natural das coisas².

Além disso, lembra o autor que, nos termos do artigo 469, inciso II, do Código de Processo Civil, os fatos originariamente examinados pela sentença não transitam em julgado, disso concluindo que “podem, conseqüentemente, ser revistos em qualquer época e produzirem novas situações jurídicas, em situações excepcionais”³.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA tratam excelentemente da matéria, e, embasados nos ensinamentos de JORGE MIRANDA, invocam o *princípio da constitucionalidade* como informador da validade ou invalidade de uma norma, por sua conformidade ou desconformidade com a Constituição, expressando a idéia de que, paralelamente ao fato de a Constituição garantir direitos, também deve juridicamente ser garantida:

1. “O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente com os princípios da moralidade e da legalidade, que espelhe única e exclusivamente vontade pessoal do julgador e que vá de encontro à realidade dos fatos.” DELGADO, José Augusto. In: palestra proferida no II Seminário de Direito Ambiental Imobiliário, contida em publicação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Série Eventos n.º 7, p. 196.

2. “A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na Constituição nem violentar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é. Será que a sentença mesmo transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica? É dado ao juiz esse ‘poder’ absoluto de contrariar a própria ciência? A resposta, com certeza, é de cunho negativo.” DELGADO, José Augusto. In: publicação cit., p. 208. Nesse passo está o autor a se referir à decisão do STJ no sentido de prestigiar a decisão transitada em julgado, que reconhecera a paternidade de alguém, mesmo após superveniente exame de DNA, afirmando negativamente essa paternidade.

3. Idem, *ibidem*, p. 208.

“O princípio da constitucionalidade, que exige para a validade do ato sua conformidade com a Constituição, funciona, nas precisas lições de JORGE MIRANDA, ‘como a ‘ratio legis’ da garantia jurisdicional da Constituição’. É, pois, o princípio da constitucionalidade que resume a garantia da observância da Constituição, pois a ele se encontra agregada a sanção para o seu desrespeito: a inconstitucionalidade do ato, o que importa em sua invalidade”⁴.

De outra parte, ao exame da noção de coisa julgada que, com base em LIEBMAN, qualificam como “a imutabilidade do comando emergente de uma sentença”, aludindo que “ao conceito de coisa julgada se encontra umbilicalmente ligada a idéia de imutabilidade”⁵, e “ipso facto” de sua irrevogabilidade; culminam por concluir que tal irrevogabilidade deve ser compreendida em seus contornos reais, ou seja:

“que a irrevogabilidade presente na noção de coisa julgada apenas significa que a inalterabilidade de seus efeitos tornou-se vedada através da via recursal e não que é impossível por outras vias”⁶.

Referem esses autores como via aberta para tanto pelo ordenamento a ação rescisória, para as hipóteses preconizadas pelo artigo 485 do Código de Processo Civil.

Fazendo um cotejo da Constituição brasileira com a portuguesa, aludem que, ao contrário do que em Portugal ocorre, a intangibilidade da coisa julgada entre nós sedia-se apenas em sede infraconstitucional, na medida em que a sua proteção se verifica tão-somente quanto à lei nova.

4. THEODORO JUNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. In: *Revista da Advocacia Geral da União* n.º 9, abr. 2001, p. 6.

5. Idem, *ibidem*, p. 10.

6. Idem, *ibidem*, p. 12.

Disso concluem que no direito nacional o princípio da intangibilidade da coisa julgada é hierarquicamente inferior ao princípio da constitucionalidade⁷.

Mesmo no Direito português, em que tanto o princípio da imutabilidade da coisa julgada como o da constitucionalidade têm sede na Constituição, afirmam os autores a prevalência do segundo, sustentando que se a segurança jurídica é bastante para a sustentação da coisa julgada ilegal, o mesmo não se passa com a coisa julgada inconstitucional. Nesse sentido, invocam a lição do jurista português PAULO OTERO:

“A segurança e a certeza jurídicas apenas são possíveis de salvaguardar ou validar efeitos de actos desconformes com a Constituição quando o próprio texto constitucional expressamente o admite. (...) Fora de tais situações, repete-se, os valores da segurança e da certeza não possuem força autônoma para fundamentarem a validade geral de efeitos de actos inconstitucionais”⁸.

Além disso, cabe referir outro aspecto relevantíssimo salientado pelos autores, nesse notável artigo, com base nos ensinamentos de PAULO OTERO, que justifica a diversidade de tratamento dado à coisa julgada ilegal e à coisa julgada inconstitucional, e que reside no princípio da separação de poderes, vez que, sendo os tribunais titulares de um poder constituído e não constituinte, detêm “uma soberania exercível nos quadros da Constituição, não podendo criar decisões sem fundamento directo ou em oposição ao preceituado em Lei Fundamental”.

Concluem, assim, que nos sistemas jurídicos como o nosso, em que

7. “A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando de coisa julgada inconstitucional.” THEODORO JUNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. In: revista cit., pp. 14 e 15.

8. Idem, ibidem, p. 16.

não há ressalvas expressas na Constituição, inexoravelmente a tutela da coisa julgada, com a imutabilidade que lhe é inerente, subordina-se ao atendimento do princípio da constitucionalidade, para concluir, com PAULO OTERO:

“O princípio da constitucionalidade determina (...) que a validade de quaisquer actos do poder público dependa sempre da sua conformidade com a Constituição. Por isso mesmo, as decisões judiciais desconformes com a Constituição são inválidas; o caso julgado daí resultante é, também ele, conseqüentemente, inválido, encontrando-se ferido de inconstitucionalidade”⁹.

De outra parte, preocupam-se os autores em discorrer sobre os instrumentos de impugnação da coisa julgada inconstitucional.

Rejeitam a idéia de alguns de que o ato inconstitucional é inexistente.

De fato existência não se confunde com validade e, por isso, concluem que o ato judicial inconstitucional é existente, sendo todavia inválido, e padecendo do vício da inconstitucionalidade é nulo.

Assim, considerando que a nulidade pode ser até mesmo decretada de ofício, não afastam a possibilidade de se utilizar a ação rescisória, naturalmente sem o prazo decadencial de dois anos¹⁰.

Admitem também a possibilidade dessa argüição em sede de embargos à execução, nos termos do artigo 741, inciso II, do Código de Processo Civil.

9. Idem, *ibidem*, p. 16.

10. “A decisão judicial transitada em julgado desconforme com a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte pode ‘a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução’ (STJ, REsp n.º 7.556/RO, 3.ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439).” THEODORO JUNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. In: revista cit., p. 22.

De outra parte, aludem à ação declaratória de nulidade como meio eficaz para a impugnação da coisa julgada inconstitucional.

Nessa mesma linha de pensamento, o ilustre Juiz Federal e Professor FRANCISCO BARROS DIAS arrola os ensinamentos de CANOTILHO para sustentar a supremacia da Constituição, a que devem obediência as demais fontes do direito:

“A Constituição é o fundamento da coerência intrínseca do ordenamento jurídico, tanto pelo estabelecimento de regras de hierarquia e de ordenação entre as diversas fontes como pelo estabelecimento dos princípios jurídicos fundamentais a que hão de obedecer todas as demais fontes”.

Além disso, refere o autor outra passagem do notável mestre português, em que este preleciona:

“Compete à Constituição, como norma primária sobre a produção jurídica, identificar as fontes do ordenamento jurídico, ou seja, as fontes de produção normativa, e determinar a validade e eficácia de cada uma delas em relação às demais”.

Embasado nesses pensamentos, conclui o ilustre Magistrado Federal:

“Constata-se, assim, que a Constituição, como fonte primeira do ordenamento jurídico, é a vertente de todas as normas emanadas do Estado, devendo estas, necessariamente, se sujeitar a esse princípio hierárquico, inclusive as decisões judiciais, sob pena de desfigurar todo o edifício construído para emprestar ‘validade e eficácia’ a cada uma dessas normas”¹¹.

11. DIAS, Francisco Barros. In: “Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional”, p. 4.

Como se vê, com outras palavras, basicamente se desenha o princípio da constitucionalidade, informador dessa hierarquia das normas constitucionais, a que se sujeitam todas as demais normas do ordenamento, inclusive as emanadas das decisões judiciais, pena de invalidade.

Em seguida, arrola o autor vários princípios constitucionais que, conforme entende, conferem sustentação para a impugnação da coisa julgada inconstitucional, tais como: o princípio democrático, o princípio da legalidade, o da isonomia e o da separação dos poderes, via do qual salienta que “as decisões judiciais deverão estar em consonância, em primeiro plano, com a Constituição que, por sua vez, foi emanada do Poder Constituinte originário ou derivado, em obediência à separação dos Poderes”¹².

Ao tratar da coisa julgada, em conformidade com nosso ordenamento, arrola o autor pertinente passagem da obra de JOSÉ AFONSO DA SILVA, na qual esse notável constitucionalista averba:

“A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a *lei* não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como o fez o artigo 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória”¹³.

Sustenta FRANCISCO BARROS DIAS que a sentença que viola a Constituição deve ser considerada inexistente no mundo jurídico, entendendo-a atacável por ação rescisória, sem o cômputo do prazo decadencial.

12. DIAS, Francisco Barros. In: artigo cit., p. 8.

13. SILVA, José Afonso da. Apud DIAS, Francisco Barros. In: artigo cit., pp. 8 e 9.

Além disso, defende o autor a possibilidade do ataque a esse tipo de decisão transitada em julgado, pela via que entende mais viável, que é a da ação declaratória de inexistência da coisa julgada, que não estaria sujeita a prazo seja de decadência, seja de prescrição, e que poderia ser proposta perante o primeiro grau de jurisdição, ressalvando-se os casos de competência originária dos tribunais¹⁴.

O ilustre Professor IVO DANTAS também versa sobre a matéria, elencando o pensamento de vários autores a respeito do tema, para também fixar posição sobre a impugnabilidade da coisa julgada inconstitucional, ao argumento da inexistência de coisa julgada, quando o “decisum” fere a Constituição Federal.

Por esse motivo conclui:

“sendo a *Coisa Julgada* calcada em *norma inconstitucional*, não se há de falar em *relativização* ou *flexibilização* da *Coisa Julgada Inconstitucional*, razão pela qual, os meios processuais utilizáveis para a sua impugnação *apenas irão reconhecer, através de novo pronunciamento, que a decisão rescindenda, juridicamente, nunca existiu, por estar calcada em inconstitucionalidade*. Na prática, contudo, sem a rescisão, e como foi dito com base em PONTES DE MIRANDA, ‘a eficácia da sentença rescindível é completa, como se não fosse rescindível’”¹⁵.

Além disso, conclui IVO DANTAS que o tempo não conta para a impugnabilidade da decisão judicial inconstitucional, não havendo que se falar em decadência ou prescrição, arrolando como instrumentos processuais, em substituição à ação rescisória, caso seja considerada ilegítima para tanto, o mandado de segurança e a ação declaratória de nulidade absoluta da sentença, anotando

14. DIAS, Francisco Barros. In: artigo cit., pp. 11 e 12.

15. DANTAS, Ivo. In: Revista *Forum Administrativo* n.º 15, maio 2002, pp. 606 e 607.

que essa última hipótese já foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgamento do Recurso Extraordinário n.º 97.589, de 17 de novembro de 1982, relator Ministro Morēira Alves (in *DJU* de 3.6.1983, v.u.), porém dentro do prazo da ação rescisória¹⁶.

Afirma, assim, que tais impugnações não afrontam a segurança jurídica, uma vez que esta “não se poderá assentar no nada, no inexistente”, afirmando finalmente que “lei ou ato eivados de inconstitucionalidade não geram direitos nem deveres, pelo que o ato judicial inconstitucional não faz coisa julgada, da mesma forma que não faz ato jurídico perfeito ou direito adquirido”¹⁷.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO admite a revisão da indenização, mesmo após o trânsito em julgado na ação expropriatória. Ao tratar do tema, arrola trechos de voto do eminente Ministro Carlos Mario Velloso nesse sentido, em que se destaca a prevalência do princípio constitucional garantidor do direito de propriedade, de resguardo aos direitos individuais, sobre o princípio da segurança jurídica, em que se aninha a coisa julgada¹⁸.

Nossa opinião faz coro com a dos autores supra-referidos, vez que para nós o princípio da constitucionalidade é o princípio maior do ordenamento jurídico, que informa o Estado de Direito.

Com efeito, de nada valeriam as demais garantias constitucionais, se pudessem simplesmente ser ignoradas; os demais princípios não passariam de simples escritos em pedaços de papel, se não fossem obrigatórios e hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais, inclusive as que derivam em concreto das sentenças judiciais.

Além disso, se não existissem os meios de defesa da supremacia da

16. *Idem*, *ibidem*, p. 607.

17. *Idem*, *ibidem*, p. 607.

18. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. In: *Curso de Direito Administrativo*, pp. 331 e 332.

Constituição, inócua seria também a sua supremacia, que não passaria de frase de efeito em exposições acadêmicas.

Por isso, inafastável e indeclinável é o princípio da constitucionalidade, do qual não se pode abrir mão, pena de conseqüências gravíssimas para o ordenamento.

Uma lei, ou um ato inconstitucional, venha de onde vier, oriundo de quaisquer dos Poderes do Estado, é impugnável sempre, sem prazo decadencial ou prescricional.

O valor segurança jurídica de nada valeria se fosse a Constituição vulnerável, e sujeita ao desrespeito, por mero cochilo da parte, por erro de entendimento judicial etc.

Os remédios judiciais adequados, parece-nos, são os arrolados pela doutrina supra-referida, sendo especialmente interessante a ação declaratória de nulidade do “decisum” vulnerador da Constituição Federal, sem afastar a idéia do mandado de segurança, quando a prova dos fatos jurídicos revelar-se pré-constituída, a evidenciar a existência de direito líquido e certo, como condição de admissibilidade do “mandamus”.

De outra parte, quanto às lesões patrimoniais sofridas, ou em vias de ser suportadas pelo Erário Público, em decorrência de fraudes avaliatórias efetuadas em Juízo, não nos parece seja a arguição de inconstitucionalidade da coisa julgada o único caminho judicial para a defesa do patrimônio público.

5.2. A Ação Popular

Outro caminho afigura-se-nos viável, mesmo quando a lesão sofrida pelo Erário Público não decorra de inconstitucionalidade, mas até de simples ilegalidade constatada em decisão judicial, com trânsito em julgado. Vejamos:

Os interesses públicos são indisponíveis. Significa isso que não se pode abrir mão de bens e direitos das pessoas públicas, em prejuízo do Erário Público.

Ninguém tem o direito de fazê-lo. De fato, não se pode abrir mão de nenhuma parcela de direito ou de bens do Poder Público, porque o patrimônio público é intangível por ato do administrador, que sempre deve agir como quem não é dono¹⁹.

Qualquer ato de oneração patrimonial pública, sem os requisitos devidos, é nulo de pleno direito.

De outra parte, cumpre considerar que os representantes judiciais da Fazenda Pública não podem transigir sobre o conteúdo material em debate no processo, salvo em condições especialmente previstas, e nos termos da lei, e atendidos ainda os pressupostos da relação de subordinação hierárquica, com a autorização da autoridade competente.

Não se confunde a disponibilidade processual com a disponibilidade material, significando isso que eventual transigência quanto ao não-oferecimento de recurso, por exemplo, ou mesmo a desistência do processo, não se confunde com transigência quanto ao conteúdo material do direito em questionamento.

De fato, se não há a disponibilidade material, qualquer ato de transigência nesse aspecto é nulo de pleno direito, porque os Procuradores das pessoas públicas são absolutamente incompetentes para transigir quanto ao conteúdo material, objeto do processo.

19. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO colaciona a lição de CIRNE LIMA, para afirmar com o mestre gaúcho: "Na administração o dever e a finalidade são predominantes, no domínio da vontade. Administração é 'a atividade de quem não é senhor absoluto'. (...) Em suma, o necessário - parece-nos - é encarecer que na administração os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: *Curso de Direito Administrativo*, p. 46.

Tenha-se presente que é pacífica a consideração da inexistência de revelia contra as pessoas de direito público, e isso em homenagem ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração.

Quanto aos fatos que se constituem na base para a prolação da sentença judicial, suponha-se o caso mal cuidado pelo Procurador da Fazenda, como por exemplo a hipótese em que tenha deixado de observar, em questão pericial de avaliação de preço de terra, para fins indenizatórios contra o Estado, aspecto fundamental, propiciando por inércia, falta de zelo, imperícia ou má-fé, ou seja lá o que for, valor que não corresponde à indenização devida na espécie, em detrimento do patrimônio da pessoa pública.

Descoberto tal fato, posteriormente ao trânsito em julgado da decisão condenatória, e exaurido o prazo da ação rescisória, pode ser revista a avaliação, anulando-se a decisão judicial por vício consistente na disponibilização do patrimônio público, sem razão para tanto?

Suponha-se, de outra parte, a fraude pericial, ou seja, a perícia elaborada de má-fé, induzindo o magistrado a condenar a Fazenda Pública em valores não devidos, propiciando o enriquecimento sem causa de alguém, em detrimento do patrimônio público.

Sendo tal patrimônio indisponível meramente por ato de vontade do administrador, também "a fortiori" o é por meio da fraude, do ato ilícito, do crime.

Nessas hipóteses, parece-nos possível perseguir a anulação da decisão judicial, pela via da ação popular, sem bater de frente com a questão da coisa julgada.

A questão processual, parece-nos, é de extrema simplicidade.

De fato, segundo dispõe o artigo 472 do Código de Processo Civil, a sentença apenas faz coisa julgada entre as partes, não prejudicando nem beneficiando terceiros, salvo nas causas relativas ao estado de pessoa, e se houverem sido citados no processo todos os interessados.

O sempre lembrado MOACYR AMARAL SANTOS discorre sobre a notável teoria de LIEBMAN, que foi certamente acolhida pelo Direito brasileiro, ao que se refere à coisa julgada e a sua incidência em relação a terceiros.

De fato, LIEBMAN afirma que a coisa julgada não é efeito da sentença, mas sim uma qualidade especial das sentenças, distinguindo a eficácia da sentença que atinge terceiros e a qualidade da coisa julgada que somente atinge as partes do processo em que se formou.

Essa teoria, aplicada por LIEBMAN, distingue três categorias de terceiros. Na primeira delas situam-se os terceiros indiferentes, compreendidos como aqueles que nenhum prejuízo sofrem por motivo da sentença, e que por isso nada têm a fazer quanto a ela senão reconhecer-lhe a eficácia natural; na segunda situam-se os terceiros interessados, considerados aqueles a quem a sentença acarrete somente prejuízo prático ou econômico. “Assim terceiros, credores na ação de reivindicação, não poderão insurgir-se contra a sentença nesta proferida”, porque a sentença nada mais lhes trouxe que prejuízos práticos ou econômicos. “Não há incompatibilidade entre o seu direito de crédito e o direito de propriedade declarado na sentença.”

A última categoria, compreendendo os terceiros juridicamente interessados, divide-a LIEBMAN em dois grupos: o primeiro formado por aqueles que têm interesse igual ao das partes, afirmando quanto a estes que: “Os terceiros desse grupo podem opor-se à sentença, que de modo algum afeta o seu direito”. O outro grupo, cujo interesse jurídico é inferior ao das partes, porque são titulares de relação jurídica dependentes da relação jurídica julgada no pro-

cesso. Estes estão sujeitos à sentença, podendo porém quanto a ela se insurgir, demonstrando sua injustiça ou ilegalidade²⁰.

Também discorrendo sobre os efeitos da coisa julgada, após referir a citada teoria de LIEBMAN, o ilustre OVÍDIO A. BATISTA DA SILVA afirma que os terceiros sujeitos aos efeitos reflexos da sentença (o segundo subgrupo da última espécie “supra”) são aqueles legitimados a intervir como assistentes simples, e ao integrar a lide nessa qualidade sofrem o que é denominado “efeito da intervenção”. Entretanto, adverte:

“Se os terceiros desta categoria não forem intimados regularmente da existência do litígio, ou não ingressarem nele espontaneamente, a sentença não lhes poderá ser oposta, podendo eles valerem-se contra a mesma da ação de embargos de terceiros (art. 1.046, CPC), ou promover ação rescisória”²¹.

Finalmente LIEBMAN, quanto aos terceiros, sujeito de relação incompatível com a decisão pode desconhecer a sua eficácia, igualmente como coisa julgada, na medida em que seria prejudicado por ela:

“o terceiro, que é sujeito de relação praticamente incompatível com a decisão, *não deve* (precisamente por força do enunciado princípio jurídico) sofrer em consequência da sentença aquele prejuízo que ela, por exclusão implícita, tenderia a proporcionar-lhe a direito seu. Esse terceiro pode, por consequência, desconhecer legitimamente a coisa julgada entre as partes, na medida em que seria por ela prejudicado (terceiros juridicamente interessados)”²².

20. SANTOS, Moacyr Amaral. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, pp. 491 e 492.

21. BATISTA DA SILVA, Ovídio A. In: *Curso de Direito Processual Civil*, pp. 508 e 509.

22. LIEBMAN, Enrico Tullio. In: *Eficácia e Autoridade da Sentença*, p. 91.

É bem por essa razão que a jurisprudência de nossos Tribunais proclama a imunidade de terceiros à coisa julgada, em feito em que não tenham sido partes. Nesse sentido, confirmam-se os recentes julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça:

REsp n.º 345933/RJ, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, de cuja ementa se colhe o seguinte tópico:

“A coisa julgada constituída entre as partes da ação de embargos de terceiro (mulher do devedor e massa insolvente representada pelo síndico) não pode prejudicar aquele que não integrou a relação processual. O devedor, em relação à ação mencionada, é terceiro que não pode ser atingido pelos efeitos da sentença de improcedência dos embargos de terceiro e tem legítimo interesse na apreciação de seu pedido de declaração de impenhorabilidade do imóvel residencial, ainda que a questão jurídica tenha sido tocada na ação ajuizada pela mulher e esta não tenha direito à meação”.

REsp n.º 268020/SP, relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, de cuja ementa se destaca:

“A sistemática do Código de Processo Civil brasileiro não se compadece com a extensão da coisa julgada a terceiros, que não podem suportar as conseqüências prejudiciais da sentença, consoante princípio com teto no artigo 472 da lei processual civil. Assim, anterior ação indenizatória ajuizada pela mãe não gera efeitos aos filhos, que posteriormente venham postular seus direitos”.

REsp n.º 206946/PR, relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, de cuja ementa se evidencia o seguinte:

“A sistemática do Código de Processo Civil brasileiro não se compadece com a extensão da coisa julgada a terceiros, que não

podem suportar as conseqüências prejudiciais da sentença, consoante princípio estabelecido no art. 472 da lei processual civil”.

Assim, desde logo, um primeiro aspecto da questão evidencia-se, ou seja: a coisa julgada em ações de indenização promovidas em face da Fazenda, ou nas ações expropriatórias promovidas pela Fazenda, não alcança o autor popular, que age por legitimação ordinária, defendendo interesse substancial próprio, e não por substituição, conforme a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, quando se tratar de ação popular corretiva, como seria a hipótese²³.

De outra parte, segundo o artigo 469, incisos I e II, do Código de Processo Civil, não fazem coisa julgada nem os motivos da sentença, tampouco a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

Assim, se o autor popular não é alcançado pela coisa julgada, se os fatos e motivos da sentença tampouco, nada obstaría fosse a questão novamente agitada, se cabível em sede de ação popular.

Evidentemente, surge a indagação: é cabível ação popular para a desconstituição de ato judicial?

A Constituição Federal, no artigo 5.º, inciso LXXIII, preconiza a ação popular como remédio atribuível ao cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, bem como ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

23. JOSÉ AFONSO DA SILVA em magistral obra preleciona: “É preciso primeiro distinguir, entre ação popular supletiva e ação popular corretiva. A posição do autor naquela é de substituto processual, isso porque o autor tem uma ação correspondente a da entidade, cujo patrimônio foi lesado por um terceiro, e a ação é proposta contra este. A ação *popular corretiva*, ao contrário, é intentada contra a própria entidade ou qualquer de seus agentes, ou contra ambos, como é o caso da nossa (art. 150, § 31, da Constituição do Brasil – atual art. 5.º, inciso LXXIII – nossa observação); visa a *corrigir* desvios na gestão do patrimônio público da entidade sindicada. O autor aqui, como já demonstramos, não é substituto processual. Age por direito substancial próprio, faz ‘vallere um particolare diritto sostanziale d’iniziativa’, conforme expressão de ENRICO ALLORIO”. SILVA, José Afonso da. In: *Ação Popular Constitucional*, p. 193.

A Carta Magna não faz nenhuma distinção quanto à origem do ato, nada obstante sirva o “remedium” para a anulação de atos executivos, legislativos ou mesmo judiciários, desde que preenchido o pressuposto da lesividade.

A ocorrência de lesividade patrimonial pressupõe, como é certo, a existência de ilicitude, eis que só a cumulação dessas duas circunstâncias, ao que se refere aos casos de lesão patrimonial, rende ensejo à propositura de ação popular.

Ora, a perícia fraudulenta, determinante de exacerbação da indenização, conduz à ocorrência de um ilícito, consistente em supra-indenização, que inclusive vulnera o preceito constitucional da “justa indenização”.

Assim, temos também o ilícito a propiciar a ação popular.

Nessas hipóteses, salvo conluio do juiz – o que, embora não usual, não é impossível de ocorrer – a ação haveria de ser dirigida à entidade que haverá de suportar o dano patrimonial, ao responsável pela perícia fraudulenta e aos beneficiários do ato, por analogia com a hipótese preconizada no artigo 6.º, § 2.º, combinado com o artigo 4.º, inciso II, alínea *b*, da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965.

De fato, preconiza o aludido artigo 4.º, inciso II, alínea *b*, o caso de ação popular em decorrência de empréstimo, por entidades bancárias públicas ou privadas, constituídas ou mantidas com dinheiros públicos, quando, entre outras hipóteses, o bem outorgado em garantia for de valor inferior ao da avaliação.

Nessa circunstância, segundo o § 2.º do artigo 6.º do aludido diploma, devem ser citados como réus no feito popular apenas *os responsáveis pela avaliação inexata* e os seus beneficiários.

Tendo em conta que a razão da previsão legal quanto a ser a ação

dirigida apenas contra os responsáveis pela avaliação inexata, e não contra quem praticou o ato, obviamente reside na circunstância de que os atos de empréstimo se louvam na avaliação de peritos, emerge não se poder atribuir culpa ou dolo a quem, na posição de praticar o ato, se louva no trabalho técnico para fazê-lo.

Idêntica é a posição do juiz que acolhe a avaliação pericial em juízo, a quem não cabe rotineiramente nenhuma culpa, em acolher o laudo subscrito pelo "expert" judicial.

Assim, justifica-se a analogia.

Finalmente, cabe examinar a questão tangente à prescrição da ação popular, no caso em tela, para negar a possibilidade de sua ocorrência, quando estiver em questão lesão patrimonial.

De fato, não obstante estabeleça o artigo 21 da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, o prazo prescricional de cinco anos para a propositura da ação popular, entendemos que aludido dispositivo não foi recepcionado pela Constituição de 1988 ao que tange aos casos de lesão patrimonial.

Com efeito, segundo o artigo 37, § 5.º, da Constituição Federal, são imprescritíveis as ações de ressarcimento de danos contra o Erário Público, decorrentes de ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não.

Com efeito, aludido dispositivo, ao determinar que a lei fixará o prazo prescricional para ilícitos praticados por agentes, servidores ou não, expressamente ressalva *as respectivas ações de ressarcimento*.

Ao fazê-lo, preconizou a imprescritibilidade de todo o tipo de ações, preordenadas ao ressarcimento do Erário Público, por danos causados em decorrência de ilícitos praticados por qualquer tipo de agente público, servidor ou não.

Entre as modalidades de ação de ressarcimento situa-se obviamente a ação popular, cujo objeto imediato é não somente um provimento judicial desconstitutivo, mas também condenatório²⁴.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO pioneiramente aponta tal imprescritibilidade:

“É *imprescritível* – repita-se – a ação de responsabilidade civil contra o servidor que haja causado danos ao erário público mediante comportamento ilícito, como decorre do art. 37, § 5.º, da Constituição do País”²⁵.

.....

“Ressalte-se, todavia, que, por força do art. 37, § 5.º, da Constituição, são *imprescritíveis* as ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem danos ao erário”²⁶.

Ora, a teor do artigo 139 do Estatuto Processual Civil, os peritos, entre outros, são auxiliares da Justiça, caracterizando-se inquestionavelmente como agentes públicos, inclusive para os efeitos da imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos em causa, e “*ipso facto*” para os efeitos da imprescritibilidade da ação popular.

24. JOSÉ AFONSO DA SILVA assim trata a matéria: “A demanda popular é constitutiva negativa e condenatória. Tem ela como objeto imediato pleitear do órgão judicial competente: a) a anulação do ato lesivo ao patrimônio das pessoas de direito público ou de direito privado, instituições ou fundações em que as pessoas de direito público sejam interessadas (Constituição do Brasil, art. 150, § 31 – *hoje art. 5.º, inciso LXXIII* – nossa observação, e Lei n.º 4.717, art. 1.º); b) e a condenação dos responsáveis pelo ato invalidado, e dos que dele se beneficiaram, ao pagamento de perdas e danos. O que se pede, pois, imediatamente na demanda popular, é uma sentença constitutiva negativa, isto é, uma sentença que decrete a invalidade do ato lesivo ao patrimônio daquelas pessoas, entidades ou instituições. Em decorrência dessa decisão, deverá a sentença condenar os responsáveis em perdas e danos”. SILVA, José Afonso da. In: ob. cit., pp. 108 e 109.

25. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: ob. cit., p. 291.

26. Idem, *ibidem*, p. 890.

Examinada a temática da coisa julgada e a sua desconformidade com a Constituição, passaremos ao tratamento do tema da desapropriação com a natureza jurídica de sanção, sempre com o objetivo de focalizar a indenização como o tema central que une as matérias tratadas neste estudo.

Capítulo 6

DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO

6.1. A Função Social da Propriedade

O conceito de direito de propriedade é dinâmico, variando no tempo e no espaço, com maior ou menor extensão, conforme concepções filosóficas, econômicas, político-sociológicas, que no plano da elaboração normativa o informam¹.

Entre nós a Constituição de 1988 assegura o direito de propriedade, como se lê do inciso XXII do seu artigo 5.º, colhendo-se dos incisos XXIII e XXIV subseqüentes importantes diretrizes, que em conjunto com outras regras estabelecem o perfil constitucional do direito de propriedade.

Com efeito, estabelece o inciso XXIII que a propriedade atenderá a sua função social, enquanto o inciso XXIV comete à lei a disciplina do procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por inte-

1. A propósito do tema consulte-se SALLES, José Carlos de Moraes. In: *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, pp. 76 e seguintes.

resse social, definindo desde logo que esta deve verificar-se mediante justa e prévia indenização em dinheiro.

Entretanto, alberga também tal dispositivo a possibilidade de excepcionar tais pressupostos da prévia e justa indenização em dinheiro para a efetivação da desapropriação, vez que ressalva os casos previstos na Constituição.

De outra parte, ao declinar em seu Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira) os princípios gerais da atividade econômica, arrola a Constituição, entre eles, a propriedade privada (art. 170, inc. II), e logo em seguida a função social da propriedade (art. 170, inc. III).

Desse conjunto normativo se extrai que o direito de propriedade pode ser retirado de seus titulares, diante da incidência da necessidade ou até mesmo da utilidade pública, e ainda do interesse social, cabendo exigir, de outra parte, que a propriedade cumpra a sua função social.

A Constituição de 1988 revelou preocupação marcante em oferecer instrumentos de realização de interesses coletivos, difusos ou não, que o texto consagra.

Já a Constituição revogada, a de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda n.º 1, de 1969, arrolava no título referente à “Ordem Econômica e Social”, em seu artigo 160, inciso III, entre os princípios basilares da realização do desenvolvimento nacional e da justiça social, a “função social da propriedade”.

Ao argumento de que tal preceito encerrava conteúdo meramente programático, despido de eficácia, respondia, então, EROS ROBERTO GRAU:

“Tenho para mim ser esse um falso problema. Não admito a existência de disposições constitucionais carentes de eficácia – ou dotadas de grau menor de eficácia. Consagrado determinado preceito,

no nível constitucional, é diretamente aplicável, vinculando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Parece-me inconcebível admitir que o texto constitucional, ainda quando sujeita a implementação de um de seus preceitos à expedição de lei ordinária, tenha transferido função constituinte ao Poder Legislativo, que, por omissão, poderia frustrar a eficácia de tal preceito. Há que cuidar, em hipóteses como tais, da figura da inconstitucionalidade por omissão. De qualquer modo, é certo que, integrada a função nos conceitos de propriedade, o preceito constitucional em que consagrada resulta dotado de eficácia plena incontestável”².

Todavia, não obstante tal posicionamento endossado pela melhor doutrina, o certo é que pouco ou quase nada se fez em relação ao desenvolvimento urbano no sentido de estabelecer uma verdadeira reforma urbana, como seria de se desejar.

Com efeito, entre nós sempre foi visível o ranço de uma concepção arcaica a incensar o direito de propriedade como coisa sagrada, intocável, de cunho egoístico e negativista.

A concepção da propriedade-função, em contraposição ao direito subjetivo de propriedade, todavia, é noção bem antiga.

De fato, LÉON DUGUIT, em 1911, por ocasião de uma série de conferências produzidas de agosto a setembro daquele ano na Faculdade de Direito de Buenos Aires, posteriormente editadas em livro sob o título *Lês Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon*, oferecia uma outra perspectiva do Direito, negando titularizar o homem quaisquer direitos subjetivos.

Antes, asseverava esse grande mestre que todo homem tem uma função social, tendo o dever de desempenhá-la, compreendendo esta o dever de desenvolver-se em sua plenitude, sendo todas as suas atividades no desempenho dessa função socialmente protegidas.

2. GRAU, Eros Roberto. In: *Direito Urbano*, pp. 70 e 71.

Quanto à propriedade, negava DUGUIT o seu caráter de direito subjetivo, qualificando-a também de *função social*:

“Mas a propriedade não é um direito; é uma função social. O proprietário, vale dizer, o possuidor de uma riqueza, tem pelo fato de possuir essa riqueza uma função social a cumprir; enquanto cumpre tal missão sua atuação como proprietário se encontra protegida. Se não a cumpre ou a cumpre mal, se por exemplo não cultiva sua terra ou deixa sua casa arruinar-se, a intervenção dos governantes se legitima para obrigá-lo a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui, conforme a destinação das mesmas”³.

Tais concepções, colheu-as esse douto jurista do positivismo de AUGUSTO COMTE, em obra publicada em 1850, cuja lição refere, nestes termos:

“O primeiro a colocar essa idéia em relevo no século XIX foi Augusto Comte – Escrevia com efeito, em 1850, no seu *Système de Politique Positive*: ‘Em todo estado normal da humanidade, todo cidadão, qualquer que seja, constitui realmente um funcionário público, cujas atribuições, mais ou menos definidas, determinam por seu turno obrigações e pretensões. Este princípio universal deve certamente estender-se até a propriedade, como a concebe o positivismo, especialmente como uma função social destinada a formar e a administrar as riquezas com as quais cada geração prepara os trabalhos da seguinte. Sabiamente concebida, esta apreciação normal enobrece sua posse, sem restringir sua justa liberdade e até fazendo-a mais respeitável’”⁴.

3. DUGUIT, Léon. In: *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado, desde el Código de Napoléon*, p. 37. Nossa a tradução do texto em espanhol: “Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza, tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino”.

4. COMTE, Augusto. Apud DUGUIT, Léon. In: ob. cit., pp. 178 e 179. Nossa a tradução do espanhol.

A respeito do especulador de terras, referia o autor:

“Nos países que ainda estão, segundo a expressão de que me utilizei ainda há pouco, no período da propriedade-especulação, o problema se coloca; e isto é uma prova de que, inclusive nesses países, a noção de propriedade-direito tende a desaparecer. Os que compram grandes quantidades de terrenos a preços relativamente baixos e que se mantêm durante vários anos sem explorá-los, esperando que o aumento natural do valor do terreno lhes traga um grande benefício, não exercem uma prática que deveria ser proibida? Se a lei intervém, a legitimidade de sua intervenção não seria discutível nem discutida. Isso nos conduz a uma distância muito grande da concepção do direito de propriedade intangível, que outorga ao proprietário o direito de permanecer inativo ou não, segundo lhe convenha”⁵.

À luz de nosso ordenamento jurídico, não há incompatibilidade entre o direito de propriedade e a função social da propriedade, desde que compreendido o direito subjetivo em um momento estático, que legitima o proprietário a manter o que lhe pertence, imune a pretensões alheias, e a função em um momento dinâmico, que impõe ao proprietário o dever de destinar o objeto de seu direito aos fins sociais determinados pelo ordenamento jurídico⁶.

O ilustre Professor AGUSTÍN GORDILLO, em página magnífica, dis-

5. DUGUIT, Léon. In: ob. cit., pp. 183 e 184. “En los países que aún están, según la expresión de que me he servido hace un momento, en el período de la propiedad-especulación, el problema se plantea; y esto es una prueba de que, incluso en esos países, la noción de propiedad-derecho tiende a desaparecer. Los que compran grandes cantidades de terrenos a precios relativamente bajos y que se mantienen durante varios años sin explotarlos, esperando que el aumento natural del valor del terreno les procure un gran beneficio. ¿No siguen una práctica que debería estar prohibida? Si la ley interviene, la legitimidad de su intervención no sería discutible ni discutida. Esto nos lleva muy lejos de la concepción del derecho de propiedad intangible, que implica para el propietario el derecho a permanecer inactivo o no, según le plazca”. Nossa a tradução do espanhol.

6. Nesse sentido, confirmam-se: GRAU, Eros Roberto. In: ob. cit., p. 70. SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. “Função social da propriedade”. In: *Temas de Direito Urbanístico*, p. 5. RUSSOMANO, Rosah. “Função social da propriedade”. In: *RDP* 75/265.

corre sobre a compatibilização entre as garantias individuais e as garantias sociais, negando serem elas contraditórias:

“Na realidade ambos os tipos de garantia, se é que uma tal divisão se pode efetuar, se complementam e se reafirmam mutuamente, do mesmo modo que as liberdades públicas também se complementam reciprocamente. Poderíamos por acaso dizer que a liberdade de ensinar e aprender seria efetiva sem uma liberdade de expressão do pensamento? Seria plena a liberdade pessoal sem a liberdade de entrar e sair do país? Evidentemente, não: a existência de qualquer garantia de liberdade será sempre mais plena e efetiva na medida em que também existam as liberdades públicas. Do mesmo modo, a existência das liberdades públicas não é totalmente real e vigente na medida em que não existam também as chamadas garantias sociais; por isso, a existência destas, longe de significar uma contradição com aquelas, implica ao contrário sua revitalização mais plena; como diria Burdeau, os direitos sociais revalorizam a liberdade”⁷.

Emerge, todavia, a noção de que, não cumprida pelo proprietário a função social estabelecida pelo ordenamento positivo, deve o direito de proprie-

7. “En realidad ambos tipos de garantías, si es que una tal división puede efectuarse, se complementan y reafirman mutuamente, del mismo modo que las libertades públicas también se complementan reciprocamente. ¿Podríamos acaso decir que la libertad de enseñar y aprender sería efectiva sin una libertad de expresión del pensamiento? ¿O que la libertad personal sería plena sin la libertad de entrar y salir del país? Evidentemente no: la existencia de cualquier garantía de libertad será siempre más plena y efectiva en la medida en que también existan las demás libertades públicas. Del mismo modo, la existencia de las libertades públicas no es de todo real y vigente en la medida en que no existan también las llamadas garantías sociales; por ello, la existencia de éstas, lejos de significar una contradicción con aquéllas, implica en cambio su revitalización más plena; como diría Burdeau, los derechos sociales ‘revalorizan la libertad’” – nossa a tradução espanhola. Em complemento agrega ainda esse douto jurista o seguinte: “Desde luego, siempre existirá el problema de la medida de cada uno de los derechos individuales en detrimento extremo de los sociales (por ejemplo, negando la posibilidad de expropiar tierras para realizar una reforma agraria, estaremos desvirtuando el Estado de Bienestar; y si exacerbamos los derechos sociales en perjuicio excesivo e irrazonable de los derechos individuales, estaremos violando el regimen del Estado de Derecho. Se trata de una cuestión de equilibrio, a resolverse en forma justa y razonable en cada caso; que puede, por la humana falibilidad, resolverse en alguna oportunidad erroneamente, en uno o otro sentido, pero no por ello configura una antítesis, directa ni indirectamente.” GORDILLO, Agustín. In: *Introducción al Derecho de la Planificación*, p. 28.

dade extinguir-se, nas condições previstas na Constituição e nas leis, passando das mãos de seu titular ou para o Estado, ou para quem lhe dê a função almejada.

Disso se segue que, diante das leis definidoras da função social da propriedade, encontra-se o Poder Público no dever de impor uma atuação positiva ao proprietário, sob penalidades inscritas no ordenamento, que, logicamente, devem conduzir à extinção do uso nocivo ou do não-uso e, se preciso for, com a conseqüente expropriação, como adiante se verá.

De fato, ao que se refere à questão urbana, a atual Constituição dedicou o Capítulo II de seu Título VII que trata “Da Ordem Econômica e Financeira”.

Tal capítulo, denominado “Da Política Urbana”, veio a oferecer novo instrumental no sentido de efetivar-se a função social da propriedade, para o fim de se atingir o objetivo da política de desenvolvimento urbano, tal como se encontra definida em seu art. 182, no sentido de: “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Impõe-se, no § 1.º desse artigo, às cidades com mais de vinte mil habitantes a elaboração de *plano diretor*, que aprovado pela Câmara Municipal, ou seja, editado por lei, consistirá no “instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”.

O § 2.º do artigo, por seu turno, fixa que: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências de ordenação da cidade, expressas no plano diretor”.

Aludido dispositivo ganha dinamicidade ao cotejo do estatuído no § 4.º do referido artigo, que estabelece:

“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”.

O § 3.º do artigo em referência dispõe sobre a prévia e justa indenização em dinheiro dos imóveis urbanos e poderia, a um primeiro lance de vista, parecer superfetação da regra geral da desapropriação contida no inciso XXIV do artigo 5.º do Texto Constitucional, que assim dispõe:

“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”.

Entretanto, como adiante se verá, o referido § 3.º incide com um elemento de contraste ao disposto no inciso III do § 4.º do artigo 182.

Por outro lado, o artigo 183 do Texto Constitucional, também inserido no capítulo em referência, cria um tipo de usucapião especial em prol dos possuidores de área urbana de até 250 m², por cinco anos ininterruptos e sem oposição, desde que não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural e tenham utilizado a área possuída para a sua moradia ou de sua família, confirmando a Constituição o reconhecimento desse direito apenas por uma vez, consoante o § 2.º do artigo.

O § 1.º desse dispositivo estabelece que o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Finalmente, o § 3.º desse artigo dispõe sobre a vedação da aquisição pelo usucapião dos imóveis públicos.

A análise dessa configuração da política urbana oferecida pela Constituição Federal exige, desde logo, uma referência à competência para a edição de normas de direito urbanístico, matéria, essa, que suscitou controvérsias à época do texto constitucional revogado.

De fato, ao ensejo do oferecimento do Projeto de Lei n.º 775, de 1983, que se preordenava a dispor sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano e que oferecia instrumentos de desenvolvimento urbano ousados para a época, tais como o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, o direito de preempção em favor dos Municípios e o direito de superfície, além dos meios tradicionais, uma das críticas que se dirigiu ao Projeto foi a da incompetência da União para legislar sobre matéria urbanística⁸.

A questão, hoje, encontra-se superada vez que a competência para legislar sobre direito urbanístico em face do Texto Constitucional atual é concorrente entre a União e os Estados Federados, consoante dispõe o artigo 24, inciso I, sobrando aos Municípios a competência para “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”, consoante estabelece o inciso VIII do artigo 30 da Constituição Federal.

Além disso, cumpre considerar que o artigo 30, inciso I, do Texto Constitucional confere competência aos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, e que o inciso II desse dispositivo estabelece a competência

8. Confira-se, nesse sentido: GRAU, Eros Roberto. In: ob. cit., p. 128.

dos Municípios para suplementar a legislação federal e estadual no que couber; evidente se torna a competência residual conferida aos Municípios para editar normas urbanísticas naquilo que diga respeito ao interesse local, não previstas nas normas de caráter geral baixadas pela União ou pelos Estados.

Estabelecidos os parâmetros determinantes da competência em matéria de direito urbanístico, passemos ao exame dos dispositivos que compõem o capítulo da Constituição que trata da "Política Urbana".

Conforme já se referiu, o plano diretor, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, deve ser veiculado pela edição de lei.

Emergindo a importância substancial do plano diretor, parece-nos que seria prudente que as leis orgânicas, cuja edição é de competência dos próprios Municípios, previssessem quórum qualificado para a edição da lei e suas alterações posteriores que dispusessem sobre o plano.

Nesse sentido, sob a égide da Constituição anterior, manifestava-se
HELY LOPES MEIRELLES:

"A aprovação do plano diretor deve ser por lei, e lei com supremacia sobre as demais para dar preeminência e maior estabilidade às regras e diretrizes do planejamento. Daí por que os Estados costumam estabelecer que seus Municípios só aprovelem a lei do plano diretor e suas modificações por maioria qualificada (2/3), infundindo, assim, mais segurança e perenidade a essa legislação. Toda cautela que vise a resguardar o plano diretor de levianas e impensadas modificações é aconselhável, podendo a própria Câmara estabelecer regimentalmente um procedimento especial, com maior número de discussões ou votação em duas ou mais sessões legislativas, para evitar a aprovação inicial e suas alterações por maiorias ocasionais"⁹.

9. MEIRELLES, Hely Lopes. In: *Direito Municipal*, p. 397.

Consoante se vê, de outra parte, a caracterização constitucional da função social da propriedade, remetendo a sua conformação às exigências de ordenação da cidade contidas no plano diretor, possibilitou a existência de diversificadas figurações dessa função, dadas as incomensuráveis disparidades existentes entre os Municípios componentes de nosso gigantesco território.

Assim, pode-se dizer que eclodirão múltiplos desenhos dessa função atribuída à propriedade urbana, diferenciando-a da função social da propriedade rural em relação à qual cuida a Constituição de definir-lhe os parâmetros de realização (art. 186, incs. I-IV).

De qualquer sorte, seja qual for o caminho escolhido pelos Municípios, idealmente, a urbanificação, no sentido que empresta ao termo JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁰, deve atender às funções urbanas elementares, que a doutrina costuma definir como a habitação, o trabalho, o lazer e a circulação, e hoje também a sadia qualidade de vida, com respeito ao equilíbrio ecológico do meio ambiente.

Dessa maneira, sendo claro que os planos diretores baixados pelos Municípios não poderão afastar-se das metas urbanísticas concebidas a partir de direitos assegurados no próprio Texto Constitucional, deverão, entretanto, peculiarizar-se, conforme as necessidades de urbanificação existentes em concreto, impondo-se maiores ou menores exigências, cujo descumprimento configure a subutilização ou não-utilização dos imóveis urbanos.

Além disso, cumpre distinguir, no § 4.º do art. 182 da Constituição Federal, três diversos tipos de lei, ali referidos: o primeiro, lei emanada do Município que edita o plano diretor; o segundo, também lei municipal, que

10. Distingue o ilustre autor a urbanização da urbanificação, na medida em que o primeiro termo compreende o processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural, enquanto a urbanificação é o processo deliberado de correção da urbanização, consistente na renovação urbana. "Nesse passo, cito as palavras de Gaston Bardet, que qualifica a urbanização como o mal, do qual a urbanificação é o remédio." SILVA, José Afonso da. In: *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 10.

estabelecerá a desconformidade de determinado solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado com o seu adequado aproveitamento, sujeitando-o às penalidades inseridas nos incisos I a III do artigo; e o terceiro, a lei federal editada dentro da competência da União para legislar sobre direito urbanístico, que estabelecerá o procedimento próprio para a adequação desejada ou a aplicação das penalidades previstas.

Assim sendo, evidentemente, a lei municipal caracterizadora da desconformidade de uso ou aproveitamento terá a característica de lei no aspecto formal, sendo, entretanto, quanto ao aspecto material, verdadeiro ato administrativo, à semelhança da declaração de utilidade pública para fins expropriatórios baixada por lei.

Fica clara, pois, a direta incidência na esfera jurídica de seus destinatários desse tipo de lei de efeitos concretos, possibilitando, desde logo, o seu contraste pelas vias judiciárias.

Quanto à desapropriação prevista no inciso III do § 4.º do artigo 182 do Texto Constitucional, parecem-nos pertinentes as seguintes observações.

Em primeiro lugar, a desapropriação em questão, ao contrário do disposto tradicionalmente em nosso ordenamento, aparece como penalidade. Tem, assim, tal tipo de expropriação caráter penal.

Em segundo lugar, a desapropriação, nessa hipótese, não se concretiza mediante o pagamento da indenização prévia e em dinheiro, mas sim em títulos da dívida pública, resgatáveis em até dez anos em parcelas anuais, iguais e sucessivas.

Daí a razão da existência do § 3.º do artigo 182, que fixando a desapropriação dos imóveis urbanos precedida da prévia e justa indenização em dinheiro, oferece nítido discrimen entre a desapropriação urbana efetuada por

necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, e a desapropriação-penalidade, pelo descumprimento da função social da propriedade.

Passemos, agora, ao exame das demais disposições contidas no capítulo em foco.

O artigo 183 do Texto Constitucional criou um usucapião especial urbano à semelhança do usucapião especial rural, previsto na Lei n.º 6.969, de 10 de dezembro de 1981.

Para aquisição do título de domínio, basta a posse ininterrupta e sem oposição por cinco anos, desde que o possuidor utilize a área urbana de até 250 m², para sua moradia ou de sua família e atenda à condição de não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Em trabalho apresentado à II Conferência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro, realizada em Petrópolis no período de 10 a 13.3.1982, o Professor RICARDO PEREIRA LIRA, preocupado com o problema social decorrente do grande número de favelados existentes no Grande Rio, sugeriu a criação do usucapião especial urbano aplicável tão-somente a áreas situadas em favelas.

Tal sugestão assemelhava-se às disposições do Texto Constitucional, no sentido de estabelecer como requisito para a aquisição da área a existência da posse igual ou superior a cinco anos, sem oposição, e aquisição do domínio independentemente de justo título ou boa-fé¹¹.

Cumprе observar, finalmente, que o § 3.º do artigo 183 taxativamente impede a aquisição, por usucapião, de imóveis públicos.

11. LIRA, Ricardo Pereira. In: *RDA* 148/270.

Assim sendo, revela-se impossibilitado o usucapião de terras devolutas, eis que são estas de titularidade da União ou dos Estados Federados, consoante os artigos 20, II, e 26, IV, do Texto Constitucional; usucapião, este, previsto anteriormente no artigo 2.º da Lei n.º 6.969, de 10 de dezembro de 1981; o que não impede, todavia, a legitimação de posse de imóvel rural, nos termos e requisitos preconizados pelo artigo 29 e seguintes da Lei n.º 6.383, de 7 de dezembro de 1976, que disciplina a ação discriminatória.

6.2. O Estatuto da Cidade

A Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, que se autodenomina Estatuto da Cidade, tem em seu artigo 8.º a seguinte redação:

“Art. 8.º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1.º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

§ 2.º O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2.º do art. 5.º desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

§ 3.º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

§ 4.º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

§ 5.º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

§ 6.º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5.º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5.º desta Lei”.

Esse artigo 8.º da lei preconiza, portanto, a desapropriação com o caráter de sanção¹², aplicável ao proprietário de imóvel que descumpra a sua função social, como derradeira conseqüência imposta ao proprietário renitente, que mesmo após a imposição do IPTU progressivo pelo prazo de cinco anos consecutivos, omitta-se em tomar as providências para a adequação do solo urbano de sua titularidade às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

A primeira observação quanto à previsão em tela é a de que se constitui em instrumento para o atendimento de uma das diretrizes fixadas no Capítulo I da lei que dispõe sobre as diretrizes gerais do diploma, contida em seu artigo 2.º, inciso VI, alínea e, que assim estabelece:

12. O caráter de sanção atribuído ao instituto da desapropriação já foi objeto de observação de nossa parte, nos seguintes termos: “Emerge, todavia, a noção de que, não cumprida pelo proprietário a função social, estabelecida pelo Ordenamento positivo, deve o direito de propriedade extinguir-se, passando das mãos do seu titular, ou para o Estado, ou para quem lhe dê a função almejada.

Disso se segue, que diante das leis definidoras da função social da propriedade, encontra-se o Poder Público, na situação de impor uma atuação positiva ao proprietário, sob penalidades inscritas no Ordenamento, que logicamente devem conduzir à extinção do uso nocivo ou do não uso, e, se preciso for, com a conseqüente expropriação”. BEZDOS, Clovis. In: *Direito Administrativo na Constituição de 1988*, p. 112.

“Art. 2.º 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 do uso do solo, de forma a evitar:

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

De outra parte, cumpre desde logo tornar expresso que a espécie de desapropriação prevista na lei somente se viabiliza ante a existência de plano diretor, vez que é a sua desconformidade com o aproveitamento mínimo definido em aludido plano que será determinante desse tipo de desapropriação.

Destarte, ainda que não obrigatória a existência de plano diretor, como se dá com as cidades com menos de vinte mil habitantes (§ 1.º do art. 182 da Constituição Federal), para que ocorra a desapropriação em trato, necessária será a prévia edição de lei municipal estabelecendo o plano diretor.

Além da necessária preexistência de plano diretor, necessária também é a precedente edição de lei municipal¹³, de caráter concreto, determinando, conforme a hipótese, o parcelamento, a edificação ou a utilização de solo urbano subutilizado ou não utilizado.

Finalmente, para viabilizar-se a desapropriação, necessário é o exaurimento de todas as medidas previstas como precedentes pelo diploma consistentes: a) na determinação, conforme a hipótese, de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; b) na imposição de IPTU progressivo.

13. Cumpre observar que a lei exigida nesse caso é lei de efeitos concretos, ou seja: é lei apenas quanto ao aspecto formal, vez que materialmente se equipara ao ato administrativo, inserindo-se desde logo na esfera jurídica de seus destinatários, o que possibilita de imediato o seu controle pelo Judiciário.

Observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, todavia, que a hipótese dessa desapropriação será muito difícil de ocorrer, considerando as medidas anteriores impostas ao proprietário do imóvel¹⁴.

Aliás, tenha-se em conta que diante da imposição do IPTU progressivo durante cinco anos que antecedem à desapropriação, chegando a sua alíquota a 15%, dificilmente teria o proprietário condições de resistir ao cumprimento do dever de adequar o imóvel à sua função social.

Assim, para chegar-se à desapropriação, necessária é a prévia edição de lei municipal que, considerando área incluída no plano diretor, determine, conforme a hipótese, o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória do solo urbano, desde que não edificado ou subutilizado, considerando-se como tal o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente, fixando condições e prazos para implementação dessa obrigação.

Em seguida, deve ser o proprietário notificado pelo Executivo municipal para o cumprimento dessa obrigação, devendo ser a notificação averbada no Registro Imobiliário.

Tal notificação deverá ser pessoal, vez que dispõe a lei seja ela efetuada por funcionário do órgão competente do Poder Público ao proprietário do imóvel ou ao representante que tenha poderes de gerência geral ou administração, em se tratando de proprietária pessoa jurídica.

Frustrada a tentativa de notificação, por três vezes, legitima-se seja ela efetuada por edital.

14. "Percebe-se que será muito difícil que ocorra hipótese ensejadora dessa desapropriação, pois não é de crer que o proprietário, alertado pelas medidas prévias que têm de antecedê-la, ainda assim se mantenha inerte." BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: *Curso de Direito Administrativo*, p. 723.

Descumpridas as condições e os prazos legais, aplicar-se-á sobre o imóvel o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial – IPTU progressivo no tempo, pela majoração da alíquota no prazo de cinco anos consecutivos.

Essa alíquota terá seu valor anual previamente fixado na lei municipal específica, determinante das medidas aludidas de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, sendo vedado que exceda ao dobro da alíquota do ano anterior, e limitada a alíquota máxima a quinze por cento.

Após o decurso desse prazo de cinco anos com a cobrança do IPTU progressivo sem que tenha o proprietário cumprido a obrigação imposta pela lei específica, poderá o Município proceder à desapropriação mediante o pagamento em títulos da dívida pública.

Como se lê do seu artigo 8.º, a Lei n.º 10.257/01 estabelece uma faculdade ao Município ao que tange à desapropriação, vez que utiliza o termo “poderá” e não “deverá”.

Essa faculdade explica-se, vez que os títulos que se constituem na moeda do pagamento da desapropriação dependem de prévia aprovação do Senado Federal, o que retira das mãos do Município a decisão plena sobre a efetivação das desapropriações.

De fato, segundo o artigo 52, inciso IX, da Constituição Federal, é de competência privativa do Senado Federal o estabelecimento de limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Senado Federal, no exercício dessa competência, baixou a Resolução n.º 78, de 1.º de julho de 1998, publicada em 8 de julho de 1998 e republicada em 11 de agosto de 1999.

Tal resolução, que dispõe sobre as operações de crédito interno e

externo dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações, estabelece no § 2.º do seu artigo 2.º que a assunção de dívidas por essas pessoas equipara-se às operações de crédito definidas nesse mesmo artigo.

Significa isso que a assunção de dívidas pelas entidades supra-referidas sujeita-se aos mesmos limites e condições estabelecidos para a realização de operações de crédito, que são restritivas e que têm em consideração a previsão das despesas de capital fixadas na lei orçamentária, bem como limites para o montante global de operações no exercício etc.

Além disso, existe um outro obstáculo, aparentemente intransponível, no sentido de, atualmente, poderem-se efetivar desapropriações mediante o pagamento em títulos da dívida pública.

Com efeito, segundo o artigo 10 da resolução supra-aludida, até 31 de dezembro de 2010, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios somente poderão emitir títulos da dívida pública no montante necessário para o refinanciamento do principal, devidamente atualizado, de suas obrigações existentes, representada por essa espécie de títulos.

Tal dispositivo, que bem reflete o desejo do controle dos débitos das pessoas públicas, inviabiliza, atualmente, a emissão de títulos novos da dívida pública por parte dos Municípios, o que leva à conclusão de que dificilmente ocorrerá essa espécie de desapropriação, não apenas pelas razões aludidas pelo Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, supra-referidas, mas também pela impossibilidade de emissão de títulos da dívida pública pelos Municípios para a finalidade da desapropriação, que se estende a um período de mais de oito anos.

Quanto à indenização, prevê a lei que esses títulos da dívida pública serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e su-

cessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros de seis por cento ao ano.

De outra parte, o § 2.º do artigo 8.º fixou que o “valor real da indenização” será o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área do imóvel, após a notificação efetuada pelo Poder Público para que o proprietário promova o parcelamento, a edificação ou a utilização do imóvel, conforme a hipótese.

Pois bem, a base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel, segundo estabelece o artigo 33 do Código Tributário Nacional, a Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Tal valor venal nem sempre reflete o real valor do imóvel, ainda mais em se considerando que normalmente é este fixado em planta geral de valores, baixada pelas Prefeituras Municipais, normalmente defasadas no tempo.

Significa isso que a lei, ao estabelecer um parâmetro prefixado para fixar-se o valor da indenização, afastou o critério da justa indenização como pressuposto para a efetivação da desapropriação do solo urbano, quanto ao qual não tenha o proprietário cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, tal como previsto em seu artigo 8.º.

Ao exame do tema, em trabalho elaborado ao advento da Constituição de 1988, sustentamos a tese de que a previsão do inciso III do seu artigo 182, que preconiza essa desapropriação mediante o pagamento em títulos da dívida pública, não assegurava o direito à justa indenização.

Com efeito, afirmamos então que a desapropriação em trato, por um lado, ao contrário da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, configurava uma penalidade, e, de outra parte, em sua previsão constitucional não se encontra a justa indenização, existindo tão-somente a

referência ao asseguramento do valor real de indenização, que então entendemos como a manutenção do valor da desapropriação, ao longo dos anos, pela correção monetária¹⁵.

Hoje revimos nossa posição anterior. De fato, nenhuma dúvida existe quanto ao fato de que, sendo o fundamento jurídico desse tipo de desapropriação a prática de um ilícito, a indenização pode e deve ser diferenciada da incidente na desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, tendo assim um caráter de pena.

Todavia, o desapropriado já é suficientemente sancionado pelo fato de não receber a indenização prévia e em dinheiro, mas sim em parcelas anuais, em até dez anos, em títulos, que não se prestam sequer como meio de pagamento de tributos, conforme a previsão do § 3.º do artigo 8.º¹⁶.

De outra parte, parece-nos que o termo indenização, por si, é suficiente para assegurar a indenização correspondente ao valor integral do bem, e assim a sua previsão constitucional no artigo 182, inciso III, no sentido de que sejam “assegurados o valor real da *indenização* e os juros legais”, é suficiente para vincular o legislador a não se afastar da integralidade da composição do valor retirado ao desapropriado.

De fato, o verbo indenizar, segundo o dicionário AURÉLIO tem a sua formação pela composição do termo “indene”, do latim “indemne”, com o sufixo *izar*. Ora, “indene” significa “que não sofreu dano ou prejuízo; íntegro, ileso, incólume”.

Assim, justa indenização nada mais é que uma expressão pleonástica,

15. BEZNOS, Clovis. In: ob. cit., pp.114 e 115.

16. Observe-se a disparidade de tratamento legal com os Títulos da Dívida Agrária – TDAs, que desde a sua criação, pela Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964, ostentam a possibilidade de utilização para pagamento de até 50% do ITR (art. 105, § 1.º, alínea *a*), não obstante também constituam meio de pagamento da desapropriação-sanção, pelo descumprimento da função social da propriedade rural.

pois para ser íntegra a recomposição patrimonial, bastaria a referência à indenização¹⁷.

De outra parte, cabe referir que, em relação à desapropriação como sanção pelo descumprimento da função social da propriedade rural, prevê a Constituição Federal o requisito da *justa indenização*, como se observa do artigo 184 da Carta Política.

Ora, não havendo razão jurídica para o *discrímen* em idêntica situação de descumprimento da função social da propriedade, somente se pode concluir que o asseguramento do *valor real da indenização*, tal como prevê o artigo 182, quer significar a mesma coisa que *justa indenização*.

De fato, o termo real significa verdadeiro, concluindo-se pois que a indenização verdadeira nada mais é que a *justa indenização*.

Observe-se ademais que, enquanto o artigo 182 da Constituição Federal se refere ao *valor real da indenização* que deve ser assegurado, o artigo 184, quando se refere ao *real valor*, o faz em referência aos títulos da dívida agrária, aos quais estabelece o pressuposto da existência de “cláusula de preservação do valor real”, a indicar que nesse passo se encontra simplesmente a prever a atualização monetária desses títulos, preservando-se seu valor real.

Assim, nada tem que ver essa preservação do real valor dos títulos na desapropriação para a reforma agrária, com o asseguramento do *valor real de indenização* na desapropriação do imóvel urbano que descumpra sua função social, eis que nessa hipótese o termo real tem o mesmo sentido de justa, sendo

17. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao cuidar do instituto da desapropriação, leciona: indenização justa, prevista no artigo 5.º, XXIV, da Constituição, é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: ob. cit., p. 740.

ambas as expressões – justa indenização, como real indenização – expressões pleonásticas.

Destarte, parece-nos inconstitucional o inciso I do § 2.º do artigo 8.º da Lei n.º 10.257/01, na medida em que o atendimento de sua previsão, ao possibilitar a retirada da propriedade com base em valor prefixado com a possibilidade de não ficar indene o proprietário, vulnera o preceito da real indenização previsto pelo artigo 182, § 4.º, inciso III, da Constituição Federal.

Além disso, esse dispositivo ostenta outro defeito, a nosso ver, consistente na previsão do desconto do valor incorporado, em razão de obras realizadas pelo Poder Público na área onde se localize.

Com efeito, tal previsão nada mais configura que uma contribuição de melhoria, portanto de tributo que somente pode ser cobrado como tal mediante a edição de lei específica oriunda da pessoa política dele beneficiária, que obedeça a uma série de requisitos previstos nos artigos 81 e 82 do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, a jurisprudência afasta o abatimento da indenização do valor correspondente à valorização da área desapropriada, ao argumento de que a valorização decorrente de obra pública somente pode ser cobrada como contribuição de melhoria, além do quê, sendo geral a valorização, seria descabido cobrar apenas do desapropriado¹⁸.

De outra parte, o inciso II do § 2.º do artigo 8.º da lei preconiza que no valor da indenização não deverão ser computados “expectativas de ganhos”, “lucros cessantes” e “juros compensatórios”.

18. Nesse sentido a decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgamento da Apelação Cível n.º 262.561-2/Piraju. Nesse mesmo sentido a decisão da mesma Corte na Apelação Cível n.º 020.108-5/Jacupiranga. In: “Jurisprudência Informatizada Saraiva”, CD-ROM n.º 24, 2.º trimestre de 2001.

Nesse passo, parece que a lei incide em tautologia, eis que a figura dos lucros cessantes, como tradicionalmente são concebidos por definição legal, consiste naquilo que razoavelmente se deixou de lucrar (art. 1.059 do CC¹⁹).

Dessarte, parece-nos que expectativa de ganho, desde que razoável, outra coisa não configura que os próprios lucros cessantes.

Ora, se a Constituição Federal, na espécie, preconiza a real indenização que, para nós, como acima exposto, tem o mesmo significado da justa indenização, evidentemente para que seja ela realizada haverá de compreender os danos causados ao proprietário, que compreendem não apenas o que se perdeu (dano emergente), como o que razoavelmente se deixou de lucrar (lucros cessantes).

De outra parte, como ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, os juros compensatórios são devidos ao expropriado como compensação pela perda antecipada da posse, em razão da imissão de posse "initio litis". Daí diz o autor: "Como a justa indenização só é paga no final da lide, o expropriado, cuja posse foi subtraída no início dela, se não fosse pelos juros compensatórios, ficaria onerado injustamente com a perda antecipada da utilização do bem"²⁰.

Tenha-se presente, contudo, que tal observação foi formulada pelo autor em relação à desapropriação tradicional, por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social.

Que dizer, entretanto, da espécie expropriatória em trato, em que a indenização pode dar-se ao longo de dez anos, em prestações anuais?

Ora, considerando-se que o artigo 182 da Constituição Federal, ao

19. Correspondente ao artigo 402 do novo Código Civil.

20. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: ob. cit., p. 741.

tratar dessa espécie de desapropriação, afirma que ela se efetuará com pagamento mediante títulos da dívida pública etc., conclui-se que somente poderá ser efetivada a desapropriação mediante a entrega desses títulos ao expropriado.

Ora, se assim é, a imissão antecipada na posse, anterior à efetivação da desapropriação que implique sua perda antecipada, haverá de ser compensada pelo pagamento dos juros compensatórios, pena da vulneração do preceito indenizatório que deve recompor integralmente o patrimônio afetado.

Por outro lado, nos termos do § 4.º do artigo 8.º, efetuada a desapropriação, surge para o Município o dever de conferir adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contados de sua incorporação ao patrimônio público, podendo dar-se o aproveitamento diretamente pelo Poder Público, ou mediante a alienação ou concessão a terceiros, via de procedimento licitatório, transferindo-se ao adquirente do imóvel as mesmas obrigações de parcelamento, edificação, utilização, conforme a hipótese.

Duas questões nos ocorrem quanto a essa possibilidade: a primeira, consistente no prazo que teria o novo adquirente para proceder às providências que lhe cabem para cumprir a função social da propriedade, e a segunda, que envolve a possibilidade de o desapropriado participar da licitação para a aquisição do imóvel.

A solução que nos ocorre quanto à primeira questão é a de que os prazos poderão ser estabelecidos no edital do procedimento licitatório para a alienação do imóvel, mas se não o forem, o que seria lamentável, os prazos da lei haverão de ser devolvidos ao adquirente e, assim, teria ele o prazo de um ano para apresentar projeto e de dois para dar início às obras após a aprovação do projeto; a partir daí, todos os prazos de aplicação por cinco anos do IPTU progressivo para, a final, dar-se novamente a desapropriação.

Quanto à segunda indagação, parece-nos que o desapropriado que já descumpriu a função social da propriedade encontra-se proibido de participar

da licitação, até porque o interesse social, como aspecto relevantíssimo do direito de propriedade, não pode ficar ao sabor de situações configuradoras de abuso de direito, ainda mais tendo-se em conta o árduo caminho percorrido até a concretização da desapropriação.

Finalmente, cabe indagar qual o rito judicial aplicável a esse tipo de desapropriação.

Enquanto não editada lei especial regulando a matéria, considerando a inaplicabilidade dos diplomas que regem a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social²¹, a solução encontra-se no artigo 271 do Estatuto Processual Civil, que preconiza que, salvo disposição em contrário, do próprio Código ou de lei especial, aplica-se a todas as causas o procedimento comum que, segundo o artigo 272 do mesmo Estatuto Processual, pode ser o ordinário ou sumário.

Assim sendo, enquanto não receber disciplina específica, haverá essa ação expropriatória de obedecer ao procedimento comum, ordinário ou sumário, conforme o valor da causa.

6.3. A Reforma Agrária

Tal como ocorre em relação à propriedade urbana, fixou o Texto Constitucional que o imóvel rural encontra-se também vinculado a atender a sua função social, pena de desapropriação.

Essa desapropriação, conforme expressa previsão constitucional e legal, deve ser precedida de prévia e justa indenização.

21. Respectivamente o Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, e a Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962.

Assim como a desapropriação para fins de reforma urbana, essa indenização deve ser efetuada em títulos, nesse caso, da dívida agrária, com cláusula de preservação de seu valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão.

Observe-se, contudo, que as benfeitorias úteis e necessárias devem ser indenizadas em dinheiro.

Tal desapropriação deve dar-se por interesse social e é privativa da União, conforme se colhe do artigo 184, § 2.º, da Constituição Federal.

Anote-se, ainda, que o artigo 185, incisos I e II, do Texto exclui da desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e média propriedade rural, como tal definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra, excluindo também desse tipo de desapropriação a propriedade produtiva.

O artigo 186, incisos I a IV, define o que a Constituição Federal considera como atendimento à função social da propriedade rural, cuidando de estabelecer como implemento dessa função não apenas o aproveitamento adequado, mas também a utilização dos recursos naturais de sorte que se preserve o meio ambiente, e o cumprimento da legislação do trabalho. Curiosamente o constituinte inseriu também como condição da configuração da função social da propriedade que a exploração rural seja efetuada de sorte que contemple não somente o bem-estar dos trabalhadores, mas também o dos proprietários, parecendo evidente que esse último requisito foi resultado do jogo político de forças antagônicas na Constituinte²².

De outra parte, a desapropriação-sanção em exame configura um tipo

22. "A função social é cumprida quando a propriedade rural atende simultaneamente, segundo os critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I) aproveitamento racional e adequado; II) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores."

de desapropriação por interesse social, porém para a finalidade específica da reforma agrária.

A desapropriação por interesse social, disciplinada pela Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, basicamente se distingue da desapropriação por necessidade/utilidade pública pelas hipóteses que elenca, que caracterizam legalmente o interesse social, a viabilizar a desapropriação.

A efetivação dessa espécie de desapropriação é de atribuição das mesmas pessoas políticas que têm competência para desapropriar por necessidade/utilidade pública, conforme estabelecido no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941: União Federal, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

Todavia, para a finalidade específica da reforma agrária, a competência para essa espécie de desapropriação por interesse social é exclusiva da União Federal.

Em nível infraconstitucional, diferentemente das demais hipóteses de desapropriação por interesse social, o diploma que regula a desapropriação por interesse social, para a finalidade de reforma agrária, é a Lei n.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.

O objeto desse tipo de desapropriação é, portanto, o imóvel rural que não cumpre sua função social.

O artigo 4.º da lei, em seu inciso I, define o imóvel rural como o “prédio rústico de área contínua que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial”, independentemente de sua localização, o que significa a sujeição à desapropriação para a reforma agrária, independentemente do zoneamento efetuado pelos Municípios, esteja o imóvel situado em zona rural ou zona urbana.

O § 2.º do artigo 2.º do diploma autoriza a a União, pelo seu órgão competente, a ingressar nos imóveis rurais para levantamento de dados e informações, mediante prévia notificação.

Esse tipo de vistoria tem caráter fiscalizatório e preordena-se à constatação de estar ou não cumprindo o imóvel rural sua função social.

Isso se evidencia pelo disposto no § 4.º do mesmo artigo, que fixa a desconsideração de qualquer modificação quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel, verificada até seis meses posteriores à data da comunicação da vistoria.

Essa vistoria é pressuposto da desapropriação, vez que segundo os §§ 6.º e 7.º do mesmo artigo 2.º a vistoria não será realizada, respectivamente pelo prazo de dois anos e quatro anos, em hipótese de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário e sua reincidência.

Tal previsão tem nítida finalidade de conter o Movimento dos Sem-Terra – MST, ao que tange às invasões de imóveis rurais, na expectativa de forçar desapropriações e assentamentos rurais.

De outra parte, o artigo 2-A da lei preconiza a punição com multa severa em hipótese de simulação de esbulho ou invasão de parte do proprietário ou de quem legalmente detenha sua posse.

O tipo de vistoria de caráter prévio de verificação do cumprimento ou não das funções sociais do imóvel rural não se confunde com a vistoria de caráter avaliatório, preconizada pelo § 2.º do artigo 2.º da Lei Complementar n.º 76, de 6 de julho de 1993, que disciplina o processo de desapropriação para a finalidade de reforma agrária, estabelecendo-lhe um rito especial, sumário.

O ingresso para essa finalidade de avaliação fica condicionado à pré-

via declaração de interesse social; é realizado mediante o auxílio de força policial, se necessário, mediante prévia autorização judicial.

O prazo de validade da declaração de interesse social é de dois anos, devendo a ação expropriatória ser proposta nesse prazo, pena de caducidade da declaração e conseqüente carência da ação.

Ocorrida a caducidade da declaração de interesse social, pode ser ela repetida?

Entendemos que sim, desde que se respeite o interregno de um ano entre a caducidade e a nova declaração de interesse social.

Com efeito, embora a Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, não ofereça disposição nesse sentido, seu artigo 5.º estabelece a aplicabilidade do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, às desapropriações por interesse social, naquilo em que a lei for omissa.

O Decreto-Lei n.º 3.365/41 prevê, para a hipótese de caducidade da declaração de utilidade/necessidade pública, pelo decurso do prazo de sua validade, a possibilidade de nova declaração, após o decurso de um ano, após tal evento, como se lê de seu artigo 10.

Essa possibilidade, contudo, dependerá de nova vistoria e da constatação de que o imóvel rural, pelos motivos anteriores, ou por novos motivos, descumpra sua função social.

Quanto à indenização, as benfeitorias úteis e necessárias devem ser pagas em dinheiro.

Quanto aos títulos da dívida agrária, pelos quais se efetiva a indenização, seus prazos de vencimento variam conforme a dimensão do imóvel.

Assim, o imóvel de dimensão de até setenta módulos fiscais²³ será indenizado por TDAs, com cláusula de preservação de seu valor real, resgatáveis do segundo ao décimo quinto ano; do segundo ao décimo oitavo ano para a indenização de imóveis com área acima de setenta e até cento e cinquenta módulos fiscais, e do segundo ao vigésimo ano, para indenização dos imóveis com área superior a cento e cinquenta módulos fiscais.

Todavia, existe a possibilidade de alteração desses prazos em hipótese de aquisição por compra e venda de imóveis rurais pela União, para a implementação do Programa Nacional de Reforma Agrária, ou em decorrência de acordo judicial, em audiência de conciliação na ação expropriatória.

A lei considera justa a indenização, em conformidade com seu artigo 12, o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias do imóvel, observados os aspectos relativos à localização do imóvel, sua aptidão agrícola, a dimensão do imóvel, a área ocupada e ancianidade das posses, a funcionalidade, tempo de uso e estado das benfeitorias.

Diz a lei que, aferido o preço de mercado atual da totalidade do imóvel, efetuar-se-á a dedução do valor das benfeitorias indenizáveis em dinheiro, obtendo o preço da terra a ser indenizado em TDAs.

Entretanto, se o justo preço definido em lei não significar a indenização do imóvel, no sentido de conferir ao proprietário despojado de seu patrimônio o valor correspondente ao preço de aquisição de imóvel das mesmas caracterís-

23. O módulo fiscal, conforme o Decreto n.º 84.685, de 6 de maio de 1980, de cada Município é expresso em hectares e deve ser fixado pelo INCRA, considerando-se o tipo de exploração do imóvel; a renda obtida no tipo de exploração predominante; outras explorações existentes no Município, que embora não predominantes sejam expressivas; e o conceito de "propriedade familiar", constante do artigo 4.º, inciso II, da Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964: "o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalhado com a ajuda de terceiros".

licas e valor do bem desapropriado, estará ferida a Constituição Federal, que preconiza a desapropriação, condicionando-a porém à indenização do valor integral do imóvel.

Considere-se, de outra parte, que a desapropriação em questão é efetuada mediante o pagamento a longo prazo.

Qual seria o valor de mercado? Seria o preço a vista, porém pago a prazo?

Como se sabe, não obstante a cláusula de preservação do valor real das TDAs, ao longo do prazo de seus vencimentos, o preço de mercado, normalmente, é colhido para o valor pago a vista.

Assim, para a aferição do valor de mercado, haveria de ser considerado o preço de imóvel rural, para o pagamento nas mesmas condições da desapropriação, e isso evidentemente não se encontrará para cotejo no mercado, eis que ninguém vende imóvel rural para pagamento em quinze, dezoito ou vinte anos; e supondo-se que esse tipo de venda se verificasse, o preço, mesmo com a correção monetária do valor a ser pago a prazo, seria infinitamente maior que o preço pago em dinheiro.

Daí por que se nos afigura despida de praticidade ou mesmo de constitucionalidade a fixação do *justo* preço com base no preço de mercado.

A indenização deve ser prévia, por expressa disposição constitucional.

É por essa razão que a expedição de mandado translativo de domínio, ao Registro Imobiliário, em favor do expropriante, somente se verifica após o depósito judicial em dinheiro, para o pagamento das benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais, e em Títulos da Dívida Agrária, para o pagamento da terra nua. É o que se colhe dos artigos 14 e 15 da Lei

Complementar n.º 76, de 6 de julho de 1993. Nessas hipóteses, prevê a lei o pagamento em Títulos da Dívida Agrária, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, com vencimento a partir do segundo ano da emissão, no seguinte escalonamento:

“imóveis com área de até três mil hectares, no prazo de cinco anos; imóveis com área superior a três mil hectares: a) o valor relativo aos primeiros três mil hectares, no prazo de cinco anos; b) o valor relativo à área superior a três mil hectares e até dez mil hectares, em dez anos; c) o valor relativo à área superior a dez mil hectares até quinze mil hectares em quinze anos; d) o valor da área que exceder quinze mil hectares em vinte anos”.

Ao exame da desapropriação-sanção em nosso ordenamento, não poderíamos deixar de referir a previsão do artigo 243 da Constituição Federal, que preconiza a retirada da propriedade do imóvel, sem nenhuma indenização, quando utilizado no cultivo de plantas psicotrópicas.

Tais áreas, após a retirada da propriedade de seu titular, vulnerador da lei penal, devem ser destinadas especificamente ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.

Esse tipo de retirada da propriedade, não obstante denominada de expropriação pela Constituição Federal, em verdade não se amolda ao instituto da desapropriação, que não prescinde da indenização para a sua configuração, tendo na realidade o caráter de confisco.

Examinados os aspectos da desapropriação com característica de sanção em nosso ordenamento, passaremos ao derradeiro tópico, objeto de nossa detença neste estudo, consistente na tormentosa questão da execução do título judicial decorrente da ação de desapropriação.

Capítulo 7

A EXECUÇÃO DE SENTENÇA NA AÇÃO EXPROPRIATÓRIA

A execução contra a Fazenda Pública em nosso ordenamento é especialmente regulada, não se podendo em tese sujeitar o Poder Público ao mesmo tipo de execução comum às demais pessoas, uma vez que os bens públicos são em princípio impenhoráveis¹.

1. Fizemos a ressalva quanto à impenhorabilidade dos bens públicos, porque nos dias atuais essa regra não é mais absoluta, considerando a alteração do artigo 100 e seus parágrafos, introduzida pela Emenda Constitucional n.º 30, em especial ao que refere o § 3.º, quanto ao pagamento das obrigações de pequeno valor, devidas em razão de sentença judicial transitada em julgado, pela Fazenda Federal, Estadual, Municipal e Distrital, que excepciona a forma de execução preconizada pelo "caput" do artigo 100 da Constituição Federal. Em razão desse fato, também não é aplicável, em relação a essas obrigações, o disposto nos incisos I e II do artigo 730 e no artigo 731 do Código de Processo Civil, que regulam a execução contra a Fazenda Pública, nos moldes do artigo 100 da Constituição Federal. A Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispôs sobre a instalação dos Juizados Especiais Federais, no âmbito da Justiça Federal, define obrigações de pequeno valor, como as de valor até sessenta salários mínimos (art. 17, § 1.º, combinado com o art. 3.º, do diploma). Segundo o artigo 17 da lei, após o trânsito em julgado da decisão (naturalmente compreende a regra a liquidação da sentença), sendo o valor devido de até sessenta salários mínimos, mediante requisição do juiz (a lei diz à autoridade citada para a causa, devendo entender-se: ao representante legal do réu) deverá ser efetuado o pagamento, no prazo de sessenta dias contados da entrega da requisição, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil (naturalmente em conta aberta em nome do credor), pena do seqüestro judicial do numerário suficiente ao cumprimento da decisão judiciária, nos termos do § 2.º desse artigo 17. Anote-se que embora essa modalidade de seqüestro do valor devido somente se

De fato, o artigo 100 da Constituição Federal preconiza que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, devem efetivar-se exclusivamente na ordem de apresentação dos precatórios, e à conta dos créditos respectivos.

A sistemática preconizada pela Constituição Federal compreende a inclusão no orçamento das entidades públicas da verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1.º de julho, quando serão atualizados seus valores, fazendo-se em tese o pagamento até o final do exercício seguinte.

Afirmamos que em tese o pagamento será efetuado até o final do exercício seguinte porque o § 2.º desse artigo 100, após fixar que as dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, preconiza caber ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequianda determinar o pagamento, *segundo as possibilidades do depósito*, que pode não ser suficiente, como ao mais das vezes ocorre².

aplique aos débitos da Fazenda Federal, quanto às Fazendas Estaduais, Municipais e Distritais o mais se aplica, ou seja: o limite de até sessenta salários mínimos (advirta-se que nos termos do § 4.º do artigo 100 da Constituição Federal, também introduzido pela Emenda Constitucional n.º 30, poderá a lei fixar valores distintos quanto a esse limite, para as pessoas públicas, considerando a capacidade de cada uma; mas enquanto isso não for feito, vale o limite atual de sessenta salários mínimos), que configura obrigações de pequeno valor, bem como a não-incidência do disposto no artigo 100 da Constituição Federal, nem dos incisos I e II do artigo 730 e artigo 731 do Código de Processo Civil nas execuções até esse valor. Assim, aplicáveis subsidiariamente serão as regras da execução comum, para essas hipóteses, podendo inclusive se dar a penhora de seus bens dominicais, que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define como aqueles que "são os próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais os terrenos ou terras em geral, sobre os quais tem senhoria, à moda de qualquer proprietário, ou que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: *Curso de Direito Administrativo*, p. 769.

2. Nos idos de 1986, o douto VICENTE GRECO FILHO publicou a obra *Da Execução contra a Fazenda Pública*, e considerando a oportunidade da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, formulou proposta de alteração do artigo 117, da Constituição revogada, equivalente ao atual artigo 100, procurando dar efetividade à execução contra a Fazenda Pública, propondo regra expressa sobre a conseqüência do inadimplemento, assim fixada: "No caso de descumprimento pelo Poder Executivo dos parágrafos anteriores, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, fica o Presidente do Tribunal Federal de Recursos ou o Presidente do Tribunal de Justiça, conforme o caso, autorizado a anular, total ou parcialmente, dotações orçamentárias consignadas a outras finalidades da pessoa jurídica de direito público devedora, fazendo diretamente o empenho em favor da conta própria, para

Considere-se que, quanto ao aspecto em tela, é evidente a crise de efetividade da justiça, o que acarreta descrédito nas instituições, colocando em xeque a credibilidade do Poder Judiciário e das instituições democráticas, eis que intermináveis são as filas de precatórios, além do fato de que usualmente as Fazendas Públicas, salvo honrosas exceções, utilizam todos os expedientes possíveis para retardar os feitos em que se lhes possam impor condenações em favor dos administrados, atuando como verdadeiras litigantes de má-fé, o que é simplesmente lamentável³.

Entretanto, após essa rápida abordagem da execução contra a Fazenda Pública, afirmamos que esta foi efetivada apenas em caráter ilustrativo, eis que

a efetiva liquidação dos precatórios que deverão ser pagos no exercício quando a dotação ou a liberação de recursos para pagamento dos precatórios se mostrar insuficiente”. Era reflexo tal proposta à “crise de efetividade” de que padecia a justiça, como logo na introdução de seu livro salientou o autor, em que, trazendo à baila os escólios de BARBOSA MOREIRA, salientou então: “Meditando sobre essas proposições e convencidos de que a ordem jurídica deve tender à sua concretização, contemplamos perplexos o que vem acontecendo com os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, mesmo nos Estados e Municípios mais ricos da Federação, quando os direitos dos indivíduos, como a justa indenização na desapropriação, os direitos de funcionários que obtiveram na justiça o reconhecimento de vantagens, os direitos de todos os prejudicados pela atuação do Estado, ainda que necessária, e que propuseram ações com fundamento no art. 107 da Constituição Federal, e outros, ficam postergados pela omissão da Administração em efetivar o pagamento o mais rápido possível”. GRECO FILHO, Vicente. In: *Da Execução contra a Fazenda Pública*, pp. 101 e 102.

3. A possibilidade de intervenção federal, em hipóteses da suspensão do pagamento de dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, ou pelo descumprimento de sentença judiciária, nos Estados e Distrito Federal, constitui-se em possibilidade prevista na Constituição Federal, em seu artigo 34, incisos V, alínea a, e VI. Acha-se em julgamento, no presente momento, perante o Supremo Tribunal Federal, pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo, em razão de não-pagamento de precatórios de débitos de caráter alimentar. Segundo a Revista *Consultor Jurídico* (publicada no “site” www.conjur.com.br) edição de 17 de agosto de 2002, após os votos do Ministro Marco Aurélio, que concedia a intervenção, acompanhado parcialmente pelo voto do Ministro Ilmar Galvão e dos votos contrários dos Ministros Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Maurício Corrêa e Nelson Jobim, verificou-se pedido de vista do Ministro Carlos Velloso. A revista em questão efetuou a seguinte previsão: “Dos cinco ministros que ainda vão votar, o decano, Moreira Alves, já se manifestou, anteriormente, contra a intervenção. Dois outros, de perfil conservador – Carlos Velloso e Sydney Sanches – devem seguir o mesmo caminho. Confirmada essa contabilidade, mesmo que Celso de Mello e Sepúlveda Pertence votem com o relator, a questão já estará decidida”. Independentemente da previsão da revista e de sua pertinência com a realidade, o que importa nessa matéria efetivamente é o elenco dos números de intervenções pedidas em relação aos diversos Estados da Federação, valendo salientar que o Estado de São Paulo é alvo de 2.822 processos de pedido de intervenção. Por último, referência também importante no artigo em tela é o fato de que até hoje o Supremo Tribunal Federal, em sua história concedeu somente três intervenções federais, no Maranhão (IF 25, de 5.4.1965), no Mato Grosso (IF 46, de 23.3.1966) e no Rio Grande do Norte (IF 47, de 8.8.1966), anotando a revista que, dessas três, apenas o pedido maranhense não se sustentava em descumprimento de decisão judicial.

o objeto de nossa indagação circunscreve-se à sua pertinência quanto à ação expropriatória, para expressamente negá-la, pelas razões que adiante vão desenvolvidas.

Com efeito, ao termo do processo de desapropriação, estabelecido o valor da indenização em caráter definitivo, o desejável seria que o Poder Público espontaneamente efetuasse o pagamento da indenização, para que em seguida, sendo imóvel o objeto da ação expropriatória, fosse expedido mandado judicial ao Registro Imobiliário para a efetivação da matrícula em nome do expropriante.

Todavia, o que se vê na prática é a promoção da execução pelo expropriado contra a Fazenda Pública, em que após tornar líquido o “quantum debeatur”, vem a requerer a expedição de precatório, com fundamento no artigo 100 da Constituição Federal, procedendo na forma dos artigos 730 e 731 do Estatuto Processual Civil.

Entretanto, essa prática é inquestionavelmente desafiadora da lógica e desconforme com o regramento da espécie.

De fato, o executado é o réu na ação de desapropriação, em que a teor do artigo 20 do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, sua contestação é inclusive limitada à arguição de vício no processo judicial, ou à impugnação do preço, sendo expresse que nenhuma outra questão deverá ser decidida em ação direta.

Ora, considerando, além disso, que o artigo 9.º desse diploma veda ao juiz, no processo expropriatório, decidir sobre a existência ou não da utilidade pública, que propicia a efetivação da desapropriação⁴, evidencia-se que em

4. Tenha-se presente a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que admite a possibilidade de arguição de vício da declaração de utilidade pública na própria ação de desapropriação, quando se possa demonstrar “objetiva e indisputavelmente” a ocorrência de desvio de poder na declaração de utilidade pública, para evitar-se que o bem se integre indevidamente ao patrimônio público, com a vulneração do direito de propriedade: “Cumpre que tal apreciação possa ser feita até mesmo na ação expropriatória, que, se assim não fora, de nada valeria ao particular demonstrar-lhe o vício posteriormente, pois, uma vez integrado o bem, ainda que indevidamente, ao

princípio nada mais pode o expropriado opor ao pedido expresso na ação expropriatória que a impugnação da oferta da indenização, que se constitui no pressuposto constitucional para a efetivação da desapropriação.

A impugnação do preço, pois, constitui a defesa de mérito do desapropriado, sendo patente que o rito especial desse feito, com a limitação imposta pelo artigo 20 do Decreto-Lei n.º 3.365/41, não comporta reconvenção⁵.

Ora, tirante a hipótese preconizada pelo § 1.º do artigo 278, que no rito sumário confere ao réu a possibilidade de, na contestação, formular pedido em seu favor, e a hipótese de reconvenção, outra possibilidade não há, em nosso Direito Processual, de o réu obter com a sentença título judicial condenatório.

É óbvio, aliás, que na ação expropriatória a sentença não confere ao expropriado um título condenatório, até porque tal não poderia ocorrer sem pedido condenatório, de parte do réu, que como se viu a ação não comporta, isso sem falar naturalmente nos ônus da sucumbência que podem ser impostos ao autor em favor do réu.

Assim a indenização fixada na sentença do feito expropriatório não é condenatória, sendo obviamente meramente declaratória, não constituindo “*ipso facto*” um título judicial em favor do desapropriado.

patrimônio público – *ex vi* do art. 35 do Decreto-Lei n.º 3.365 –, a questão resolver-se-ia por perdas e danos, donde ser ineficiente tal meio para garantir ao proprietário despojado a proteção estabelecida no art. 5.º, XXIV, da Carta Magna, que assegura a propriedade, salvo quando o interesse público (entende-se, efetivamente existente) requeira sua conversão na respectiva expressão patrimonial”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In: ob. cit., p. 747.

5. Nesse sentido averba JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES: “A impugnação do preço, portanto, como matéria de mérito, deve verificar-se na própria contestação. Não há contra-ataque que possa ser desfechado pelo expropriado por meio de reconvenção, porque a natureza da ação de desapropriação não permite que outras questões – além daquelas referidas pelo art. 20 do Decreto-Lei n.º 3.365/41 – possam ser discutidas e decididas em seu âmbito, cumprindo ao interessado valer-se da ação direta, mencionada naquele dispositivo legal, para debatê-las”. SALLES, José Carlos de Moraes. In: *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, p. 389.

Nesse sentido já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgamento da Reclamação n.º 471/SC, relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, de cuja ementa se colhe o seguinte tópico:

“I. No processo de desapropriação, a sentença que fixa o valor do ressarcimento é declaratória. Por isso não se presta à execução.

II. Não é correto falar em execução para a cobrança do valor arbitrado no processo expropriatório: a teor do princípio da prévia indenização, o bem só estará desapropriado após pago o preço; por outro lado, apenas o sucumbente está legitimado para ser réu no processo executório, não sendo possível executar-se o expropriante [certamente por erro de digitação foi consignado na ementa “expropriado”, o que seria contraditório com o acórdão, sendo certo que se quis consignar *expropriante*], vitorioso no processo de conhecimento”.

Vale consignar os seguintes tópicos do voto do ilustre Relator:

“Assim, a sentença que fixa o valor da indenização carece de força condenatória; ela tem evidente natureza declaratória: nela o juiz explicita qual o valor da indenização que derrogará o direito a ser expropriado.

Merece destaque a circunstância de que a sentença não efetiva a desapropriação. Nela o juiz limita-se em dizer ao Estado autor: ‘Se quiser consumir a desapropriação, pague ao expropriado o valor tal’.

Abre-se, então, em favor do Estado a faculdade de depositar o preço e consumir a desapropriação.

Fique bem claro: a sentença não condena o Estado a efetuar a desapropriação; ela simplesmente acerta o valor a ser entregue, como indenização.

Tanto isso é verdadeiro que – desaparecida a necessidade motivadora – pode o Estado desistir da pretensão expropriatória [a redação consigna “pretensão indenizatória” por evidente erro de di-

gitação] (em verdade, ele fica impedido de consumir a desapropriação, por haver desaparecido um de seus requisitos)”.

De fato, o artigo 584, inciso I, do Código de Processo Civil, ao tratar dos títulos executivos judiciais, refere-se à *sentença condenatória*, evidenciando-se que a sentença declaratória não se constitui em título executivo judicial, não se prestando pois a embasar a execução. Nesse sentido, afirma CHIOVENDA:

“... a sentença declaratória, obtida antes do vencimento da obrigação, *não se converte em título executório quando do vencimento*. A sentença que não teve originariamente função preparatória de execução não pode adquiri-la depois. Seria grave que o réu ficasse sujeito à execução, quando é possível surgirem, após a sentença declaratória, novas exceções a seu favor, e ser-lhe-ia forçoso fazê-las valer, então, sob a incômoda forma de embargos à execução. A *actio iudicati*, pois, que se extrai da sentença declaratória, não pode endereçar-se à execução mas unicamente à emanção de uma nova sentença (de condenação)”⁶.

Nesse sentido, tratando da ação declaratória, afirma MOACYR AMARAL SANTOS:

“Em tais termos, proposta a ação para tão-só declarar a existência de um crédito do autor em face do réu, e julgada procedente a ação, a declaração de certeza esgota a função do juiz. A sentença valerá como declaração de certeza da existência de uma relação de crédito, valerá como *preceito*, como norma jurídica concreta. Mas para o vencedor fazer valer o seu crédito contra o vencido, exigindo-lhe o respectivo pagamento, terá que propor outra ação contra o devedor, esta de natureza condenatória, fundada na declaração da sentença declaratória”⁷.

6. CHIOVENDA, Giuseppe. In: *Instituições de Direito Processual Civil*, pp. 275 e 276.

7. SANTOS, Moacyr Amaral. In: *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 31.

Nesse diapasão preleciona ALCIDES DE MENDONÇA LIMA:

“No Brasil, pelo menos doutrinariamente, a sentença que autoriza a execução é sempre condenatória, ainda que tal condição nela se revele apenas numa parte secundária”⁸.

A jurisprudência é pacífica no sentido de que a ação meramente declaratória não comporta execução⁹.

Como se vê, não existe na ação expropriatória provimento condenatório, contra o autor da desapropriação, eis que a indenização fixada pelo “decisum” é simplesmente declaratória, constituindo-se em simples *condição*, para a efetivação da desapropriação.

Assim, a indenização na desapropriação não se constitui em direito autônomo em favor do réu, a ensejar a sua cobrança ao trânsito em julgado da decisão prolatada na sentença expropriatória.

Fica a desapropriação subordinada ao implemento da indenização, que deve efetivar-se como andamento lógico e final do processo expropriatório.

Ora, estabelece o artigo 100 da Constituição Federal:

“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem

8. LIMA, Alcides de Mendonça. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 315.

9. Confirmam-se nesse sentido os ven. acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n.ºs 153.353-SP, relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: “Na lição de Chiovenda, o nome de sentenças declaratórias (‘judgements déclaratoires’, ‘Feststellungsurteils’, ‘declaratory judgements’) compreende ‘lato sensu’ todos os casos em que à sentença do juiz não se pode seguir execução”; 180.852-RS, relator o Ministro Edson Vidigal; 226.030-SP, relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e 237.383-SC, relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

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”.

Como se vê, não se aloca a indenização na desapropriação no conceito de pagamento devido pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária, mesmo porque, como acima se referiu, não se constitui a indenização na ação expropriatória em direito autônomo do réu, exequível como um provimento condenatório.

O que aparta essa situação judicial das condenações da Fazenda Pública, sujeitas aos trâmites preconizados nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, com base no artigo 100 da Constituição Federal, é que a sentença declaratória na desapropriação, ao contrário das sentenças condenatórias, não faz surgir o título determinante de uma execução, mas tem por objetivo tão-somente, com seu trânsito em julgado, fixar o valor devido, para a concretização da desapropriação.

Desse modo só se pode concluir que é absolutamente equivocada a prática da execução da indenização pelos expropriados, com fundamento no artigo 100 da Constituição Federal e nos termos dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil.

Dessa situação apercebeu-se de há muito o ilustre SÉRGIO FERRAZ, eis que no “Encontro Jurídico sobre Desapropriação”, realizado em outubro de 1984¹⁰, em palestra denominada “A justa indenização e o Anteprojeto da Lei de Desapropriação”, analisando o artigo 37 do Anteprojeto, objeto do “Encontro”, afirmou o seguinte:

10. As conferências realizadas nesse seminário foram publicadas pela Furnas Centrais Elétricas S.A., em 1984.

“O art. 37 substitui o regime do mandado requisitório por uma intimação para depósito, num prazo curto a fim de que realmente se possa habilitar o expropriante às conseqüências que buscava. Nesse ponto me parece estar um ‘punctum dolens’ na prática da desapropriação no Brasil. No Brasil as indenizações expropriatórias, por comodismo dos advogados, por equívoco dos julgadores, por omissão da doutrina, se tem resolvido na expedição de precatórios. Esses precatórios em absoluto realizam a prescrição constitucional da justa e prévia indenização. Submeter o pagamento da indenização a precatório/expropriatório é praticar um atentado à Constituição. Nem se diga que a própria Constituição contém preceitos que mandam que as sentenças condenatórias da Fazenda Pública sejam expressas, na sua realização, em ordens de pagamento, que são exatamente esses precatórios, os quais, segundo a previsão constitucional, terão que ser pagos efetivamente na estrita ordem de sua apresentação, sob pena até de configuração de crime de responsabilidade. Nem se diga isso por uma pura e simples razão: a sentença, na ação de desapropriação, não condena o expropriante a pagar indenização; o que ela faz é declarar o valor da indenização”.

Pois bem, tratando-se de imóvel o objeto da desapropriação, como usualmente ocorre, como se soluciona a questão se o expropriante não pagar a indenização e, portanto, não der continuidade ao processo, para a efetivação do registro do bem em seu nome mediante o mandado judicial, a ser expedido ao Registro Imobiliário?

Como se sabe, a teor do artigo 42 do Decreto-Lei n.º 3.365/41, ao processo expropriatório aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil.

A inércia do expropriante caracteriza a sua contumácia e, assim, aplicando-se por analogia o artigo 267, inciso III, do Código de Processo Civil, a pedido do desapropriado, deve ser a pessoa jurídica expropriante intimada, na pessoa de seu representante legal, para dar continuidade ao processo, requerendo a expedição do mandado de registro da propriedade em seu nome ao Regis-

tro Imobiliário, mediante o pagamento da indenização, pena do decreto da extinção do processo, nos termos do § 1.º do artigo 267 do Código de Processo Civil.

Em hipótese de ter ocorrido a imissão provisória de posse sem a prévia e justa indenização, como devido, conforme exposto no Capítulo 2 deste estudo, e se torne inviável a devolução do bem ao expropriado pela sua desfiguração ou irreversível “incorporação” ao patrimônio do expropriante, pela construção sobre ele da obra pública, caracterizar-se-á a “desapropriação indireta”, ensejando então nessa hipótese a indenização, com as conseqüências expostas no Capítulo 3 deste trabalho, ao qual nos reportamos.

CONCLUSÕES

1.^a A Constituição Federal estabelece a *função social da propriedade*, em sentido lato, como parâmetro informador do perfil do direito de propriedade, fixando de outro lado essa função em sentido estrito, quando a define como dever a ser implementado à propriedade urbana, ou quando especifica a compreensão da função social da propriedade rural.

2.^a Como elemento integrante do perfil do direito de propriedade, a função social é determinante da diretriz estabelecida no ordenamento, no sentido de que a propriedade privada, além de proporcionar a sua fruição individual pelo proprietário, também é direcionada à satisfação dos interesses da sociedade, podendo por isso extinguir-se, diante da necessidade/utilidade pública ou interesse social, mediante a indenização correspondente, indenização essa informada pelo princípio da igualdade.

3.^a Pela incidência de dois princípios, o da função social da propriedade e o da igualdade, pode-se concluir que a satisfação dos interesses coletivos, com a implementação da função social da propriedade, não se constitui em carga atribuível tão-somente ao proprietário, mas a toda a sociedade. Nesse

sentido, em nível constitucional, a função social da propriedade é o fundamento da desapropriação.

4.^a Cabe à lei disciplinar as hipóteses caracterizadoras da necessidade e utilidade públicas, ou interesse social. Todavia, o legislador encontra-se limitado aos parâmetros lógicos, que se colhem do próprio ordenamento jurídico, no sentido de que as hipóteses eleitas ostentem adequação com a estruturação da atividade administrativa, conferida pelo próprio ordenamento, para a missão de realizar o interesse público.

5.^a O fundamento da desapropriação tradicional, por necessidade/utilidade pública ou interesse social, em nosso direito positivo se extrai do próprio perfil do direito de propriedade, tal como é ele concebido no ordenamento, com uma carga de exaustão, diante da ocorrência da necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, assim definidos pela lei.

6.^a Rejeita-se a teoria que fundamenta a desapropriação na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, quando em confronto, porque no Estado de Direito não se pode conceber “a priori” a existência de supremacia de um certo tipo de interesse que se sobreponha a outros. Diante de um conflito de interesses, caberá ao Poder Judiciário, considerando os fatos e o direito aplicável, definir qual o interesse (sinônimo de direito em nosso ordenamento) prevalente. A desapropriação decorre de expressa previsão constitucional, ante a ocorrência de pressupostos fáticos normativamente determinados “a priori”.

7.^a Fora das hipóteses de desapropriação-sanção, a imissão provisória de posse somente se pode efetuar mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

8.^a Em se considerando a posse como mera expressão do direito de propriedade, sua retirada significa o exaurimento desse direito, ensejando, portanto, o pagamento da prévia e justa indenização, ainda que apurada sob forma provisória em razão da urgência.

9.^a Por outro lado, ainda que se considere a posse como direito autônomo, apartado do direito de propriedade, sua retirada, significando a desapropriação do direito de posse, enseja o pagamento prévio da justa indenização, em razão do comando constitucional dela determinante.

10.^a A previsão constitucional da desapropriação alcança tanto os bens móveis, como os bens imóveis, os bens corpóreos como os incorpóreos, alcançando assim os direitos em geral, entre os quais se inclui o direito de posse.

11.^a São patentemente inconstitucionais as previsões legais que prescrevem o levantamento pelo expropriado apenas de parte do valor depositado, quando da imissão de posse. De fato, tais prescrições vulneram o preceito constitucional do pagamento da prévia e justa indenização, estabelecido como condicionante da efetivação da desapropriação, o que ocorre com a ablação do direito de posse, quando da incidência da chamada *imissão provisória de posse*.

12.^a A imissão provisória de posse, em relação ao processo expropriatório, amolda-se na figura da tutela antecipada, configurando a urgência seu único pressuposto de concessão.

13.^a O disposto no artigo 46 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, a chamada “Lei de Responsabilidade Fiscal”, ao preconizar a nulidade do ato de desapropriação do imóvel urbano, expedido sem o atendimento do disposto no § 3.º do artigo 182 da Constituição Federal, ou sem o depósito judicial do valor da indenização, inviabiliza a imissão provisória de posse, sem o pagamento ou depósito do valor integral da indenização, que significa o valor da justa indenização.

14.^a A regra do artigo 35 do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, não alcança os bens supostamente incorporados ao patrimônio público, em decorrência de desapropriação indireta, pois ela disciplina a impossibilidade da reivindicação dos *bens expropriados*, integrados ao patrimônio das pessoas públicas. De fato, os bens atingidos pela “desapropriação indireta” não podem

ser considerados como *expropriados* pela ausência do requisito da *prévia indenização*, bem como por carecerem do pressuposto do *processo legal*, necessário para tanto.

15.^a Inexistindo situação fática que desfigure o bem, de sorte que se torne inviável seu retorno à situação anterior ao esbulho possessório praticado pela Administração, é cabível a ação reivindicatória da propriedade pelo proprietário esbulhado, com os remédios possessórios adequados, em cumulação com o pleito de perdas e danos, pela privação da propriedade, consistentes nos lucros cessantes, quando incidirem tais perdas.

16.^a Sendo o esbulho irreversível, caberá cumulativamente o ressarcimento de perdas e danos, materiais e morais, podendo ser proposta a ação diretamente em face do agente público responsável pelo esbulho, ou em face da pessoa de Direito Público responsável, ou ainda em face de ambos, podendo a conduta do agente ser enquadrada em improbidade administrativa, nos termos do inciso I do artigo 11 da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992.

17.^a Na mesma medida em que o artigo 225 da Constituição Federal confere a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impõe, em contrapartida, ao Poder Público e à coletividade o dever de sua defesa e preservação, para as presentes e futuras gerações. Considerando, pois, que esse dever de preservação do equilíbrio ecológico de longo alcance se constitui em um dever de toda a coletividade, não se podem carrear seus ônus apenas a alguns, mas devem ser eles distribuídos por toda a coletividade, realizando-se, nesse passo, também o pressuposto da igualdade perante os encargos sociais, em contraposição à fruição que alcança igualmente a todos.

18.^a Os encargos decorrentes da preservação de áreas de florestas, existentes em propriedades privadas, que não configure apenas um benefício ao proprietário da área, devem ser distribuídos pela coletividade, o que se realiza com a indenização.

19.^a O dever de integração do bem privado à sua função social não é excludente da indenização nessa hipótese, porque o descumprimento da função social da propriedade em nosso ordenamento não é determinante do desfazimento do direito de propriedade sem indenização, mas antes configura hipótese de desapropriação, mediante indenização, pelo pagamento que, embora efetuado em títulos públicos, deve corresponder à justa indenização.

20.^a A preservação de áreas florestais imposta às pessoas privadas não configura meramente limitação à propriedade, componente de seu perfil, mas antes amoldando-se no instituto da servidão é “ipso facto” indenizável.

21.^a O benefício que se colhe da preservação das áreas verdes, em terras particulares, é diretamente decorrente do bem, colocado sob especial serventia da coletividade, o que não se passa com as limitações, cujo benefício é colhido de modo indireto. O dever de suportar, assim imposto ao proprietário, sobre sua propriedade, para o benefício da coletividade configura servidão, impondo-se a indenização, na medida de seu prejuízo, e unicamente nessa medida.

22.^a Considerando que as áreas de reserva legal, nos termos do § 8.^o do artigo 16 da Lei n.^o 4.771, de 15 de setembro de 1965, devem ser averbadas à margem da inscrição da matrícula do imóvel, no Registro Imobiliário, em que se estabelece inclusive a vedação da alteração de sua destinação, ainda que em caso de alienação, somente após a efetivação desse registro é que se concretiza o comando legal sobre a esfera jurídica de seus destinatários, passando então a fluir o prazo prescricional para ações indenizatórias em decorrência do sacrifício de direito. De fato, não tendo a lei em tese aptidão para ferir direitos, não pode determinar a fluência do prazo prescricional, o que apenas se verifica pela sua incidência em concreto.

23.^a O princípio da constitucionalidade, informador da supremacia da Constituição Federal, frente às demais normas do ordenamento, e da presunção da necessária existência de meios para a sua defesa, é fator determinante da

possibilidade da impugnação judicial da coisa julgada inconstitucional, tendo em conta ainda que a previsão constitucional da proteção à coisa julgada somente a resguarda da lei nova, que não pode alcançá-la.

24.^a É viável e recomendável o uso da ação popular como meio de ataque à coisa julgada decorrente de inconstitucionalidade ou até mesmo apenas de simples ilegalidade, quando esses vícios forem determinantes de lesão ao Erário Público, sendo relevante considerar que a coisa julgada, a teor do artigo 472 do Código de Processo Civil, não alcança o autor popular, que tendo legitimação ordinária para a lide popular, é terceiro quanto à “res judicata”.

25.^a São imprescritíveis as ações de ressarcimento de danos ao Erário Público, causados por qualquer agente público, servidores ou não, incluindo-se entre essas ações a ação popular, que aninha entre seus objetos imediatos o provimento condenatório ao ressarcimento de danos ao Erário Público.

26.^a A desapropriação de imóveis urbanos que descumpram sua função social, a ser efetuada em títulos da dívida pública, deve atender ao pressuposto da justa indenização, que é o significado do *valor real da indenização*, preconizado pelo artigo 182, inciso III, da Constituição Federal.

27.^a O termo indenização, por si, compreende a contrapartida integral, e o cotejo com a previsão da justa indenização preconizada na Constituição Federal, para os imóveis rurais que igualmente descumpram sua função social, produz elementos suficientes a indicar que a inteligência do valor real da indenização aludido pela Constituição Federal, quanto aos imóveis urbanos, quer significar o valor da justa indenização.

28.^a A fixação do valor da indenização do imóvel rural, desapropriado para a finalidade da reforma agrária nos termos da Lei n.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, segundo o preço atual de mercado, conforme o artigo 12 do diploma em questão, não oferece praticidade, eis que nesse mercado certamente

inexiste oferta de imóveis rurais para pagamento em quinze, dezoito ou vinte anos, o que na prática inviabiliza o cotejo. Além disso, sujeitar-se o valor da indenização às oscilações de um mercado sempre dependente de fatores vários, como a instabilidade política, ou a situações ocasionais, como, v.g., a superprodução agrícola, pode ser determinante da indenização não justa, e portanto inconstitucional.

29.^a A regra da impenhorabilidade dos bens públicos não é absoluta nos dias atuais, vez que o § 3.º do artigo 100 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 30, de 13 de setembro de 2000, excepciona da execução contra a Fazenda Pública o disposto no “caput” do artigo, ao que tange à expedição de precatórios, para o pagamento de obrigações definidas pela lei como de pequeno valor.

30.^a Ao assim dispor, afastou esse dispositivo a modalidade da execução pela via dos precatórios, para esse tipo de débito público, aplicando-se “ipso facto” a regra geral da execução preconizada pelo Código de Processo Civil, para as hipóteses não reguladas pela lei, parecendo perfeitamente possível a penhora de bens públicos dominicais, ainda mais em se considerando que, em nível federal, a Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, prevê a possibilidade de seqüestro de dinheiros públicos, com o caráter satisfativo de pagamentos ordenados pelo juiz da execução e não cumpridos no prazo de sessenta dias.

31.^a É meramente declaratória a natureza jurídica da sentença prolatada na ação expropriatória, quanto ao aspecto em que fixa a indenização, não conferindo título condenatório ao réu, o expropriado, não podendo por isso constituir-se em título judicial executivo ao réu, nos termos do artigo 584, inciso I, do Código de Processo Civil, não assistindo ao expropriado o direito à promoção da execução.

32.^a A indenização devida na desapropriação não se enquadra no conceito de “pagamento devido pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal,

em virtude de sentença judiciária”, não se podendo sujeitá-la ao artigo 100 da Constituição Federal.

33.^a Após ser fixada judicialmente a indenização, em caráter definitivo, cabe ao expropriado requerer ao juiz da desapropriação a intimação da Fazenda, para que dê prosseguimento ao processo expropriatório, praticando os atos necessários à concretização da desapropriação, entre eles o pagamento da indenização, pena de extinção do processo e da própria desapropriação.

34.^a Em hipótese de ser irreversível de fato, a situação do bem, pela antecipada imissão de posse, caracterizar-se-á a desapropriação indireta – um ilícito sujeito a graves consequências, determinante inclusive de responsabilização pessoal do agente público, e seu enquadramento em improbidade administrativa, como visto em conclusão “supra”.

BIBLIOGRAFIA

Obras

ALESSI, Renato. *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, volume I, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1941.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 14.^a edição, São Paulo, Malheiros, 2002.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*, 19.^a edição, São Paulo, Saraiva, 1979.

BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Direito Processual Civil*, 4.^a edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

BEZNOS, Clovis. *Direito Administrativo na Constituição de 1988*, obra coletiva em conjunto com outros autores, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, volume IV, 6.^a edição, Buenos Aires, La Ley, 1965.

CAMPOS PEREIRA, Carlos Alberto de. *A Disputa da Posse*, São Paulo, LTR, 1999.

CANASI, José. *Derecho Administrativo*, volume 1, Parte Geral, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1972.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, tradução do original italiano *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*, por Paolo Capitanio, Campinas, São Paulo, Bookseller Editora e Distribuidora, 1998.

DIEZ, Manuel Maria. *Derecho Administrativo*, tomo IV, Buenos Aires, Bibliografica Omeba, 1969.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14.^a edição, São Paulo, Atlas, 2002.

DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado, desde el Código de Napoléon*, 2.^a edição, tradução de Carlos G. Posada, Livrería Espanola Y Estranjera, 1920.

ESCOLA, Hector Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*, volume II, Buenos Aires, Depalma, 1990.

FERRAZ, Sérgio. *A Justa Indenização na Desapropriação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 5.^a edição, São Paulo, Malheiros, 2001.

FREITAS, Vlamir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

GARCIA, Maria. *Desapropriação para Urbanização e Reurbanização*, Rio de Janeiro, Forense, 1985.

GARRIDO FALA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, volume II, 10.^a edição, Madri, Tecnos, 1992.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2000.

GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho de La Planificación*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1981.

GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983.

GRECO FILHO, Vicente. *Da Execução contra a Fazenda Pública*, São Paulo, Saraiva, 1986.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação – Doutrina e Prática*, São Paulo, Atlas, 1997.

LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de Derecho Administrativo*, 3.^a edição, Dr. Daniel H. Martins, Montevideo, 1974.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, 3.^a edição, Forense, Rio de Janeiro, 1984, tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores a 1945, Ada Pelegrini Grinover.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume VII, 2.^a edição, Forense, Rio de Janeiro, 1977.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 7.^a edição, São Paulo, Malheiros, 1998.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 15.^a edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal*, 5.^a edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*, 2.^a edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

- MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Posse*, II, 1.º tomo, 2.ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1991.
- SABINO JUNIOR, Vicente. *Da Desapropriação*, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1972.
- SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação À Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 4.ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume IV, 2.ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3.º volume, 16.ª edição (póstuma) revista, atualizada e ampliada por Aricê Moacyr Amaral dos Santos, São Paulo, Saraiva, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- SODRÉ, Eurico. *A Desapropriação*, 3.ª edição, São Paulo, Saraiva, 1955.
- SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. *Desapropriação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.
- SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. “Função social da propriedade”, in: *Temas de Direito Urbanístico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

Artigos

- BENJAMIN, Antônio Herman V. “Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente”, in: *Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental*, 1997.
- BRITO, Carlos Ayres. “Desapropriação indireta – Inconstitucionalidade”, in: *Revista de Direito Público* n.º 74, São Paulo, Revista dos Tribunais, abril/junho de 1985.
- CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “Desapropriação indireta e o Parque Estadual da Serra do Mar”, in: *Revista de Direito Ambiental* n.º 6, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- CIRNE LIMA, Ruy. “Das servidões administrativas”, in: *Revista de Direito Público* n.º 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, julho/setembro de 1968.
- COSTA, Flávio Dino de Castro e. “Desapropriação em matéria ambiental”, in: *Revista de Direito Ambiental* n.º 18, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. “Indenização ou compensação financeira por limitação administrativa ao exercício do direito de propriedade revestida de vegetação de preservação permanente: inadmissibilidade jurídica”, in: *Revista de Direito Ambiental* n.º 12, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- DALLARI, Adilson Abreu. “Servidões administrativas”, in: *Revista de Direito Público* n.ºs 59/60, São Paulo, Revista dos Tribunais, junho/dezembro de 1981.

- DANELUZZI, Marcelo Duarte. “Desapropriação indireta em unidades de conservação”, in: *Revista de Direito Ambiental* n.º 5, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- DANTAS, Ivo. “Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência”, in: *Forum Administrativo* n.º 15, ano 2, Belo Horizonte, Editora Forum, maio de 2002.
- DELGADO, José Augusto. “Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”, palestra proferida no II Seminário de Direito Ambiental Imobiliário, contida em Publicação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Série Eventos n.º 7, Imprensa Oficial do Estado, ano 2000.
- DIAS, Francisco Barros. “Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional”, site da Justiça Federal do Rio Grande do Norte: www.jfrn.gov.br/doutrina.htm, 3 de outubro de 2000.
- FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”, in: *Revista da Advocacia Geral da União* n.º 9, ano II, abril de 2001.
- FERRAZ, Sérgio. “A justa indenização e o anteprojeto da Lei de Desapropriação”, palestra no seminário Encontro Jurídico sobre Desapropriações, 1984, publicada pela Furnas Centrais Elétricas S.A.
- LIRA, Ricardo Pereira. “Liberdade e direito à terra”, II Conferência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro, Petrópolis, *Revista de Direito Administrativo* n.º 148, de 10 a 13 de março de 1982.
- LEUZINGER, Márcia Diegues. “Criação de espaços territoriais especialmente protegidos e indenização”, in: *Revista de Direitos Difusos*, volume 5, São Paulo, Editora Esplanada em parceria com o Instituto Brasileiro da Advocacia Pública.

MONTE ALEGRE, José Sérgio. “Desapropriação indireta – Inconstitucionalidade”, in: *Revista de Direito Público* n.º 74, São Paulo, Revista dos Tribunais, abril/junho de 1985.

PACCAGNELLA, Luis Henrique. “Função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal”, in: *Revista de Direito Ambiental* n.º 12, São Paulo, Revista dos Tribunais.

Revista *Consultor Jurídico*. “Quatro a dois”, site www.conjur.com.br, edição de 17 de agosto de 2002.

RUSSOMANO, Rosah. “Função social da propriedade”, in: *Revista de Direito Público* n.º 75, São Paulo, Revista dos Tribunais, julho/setembro de 1985.

SALLES, José Carlos de Moraes. “Servidão administrativa”, in: *Revista de Direito Público* n.º 12, São Paulo, Revista dos Tribunais, abril/junho de 1970.

SÉ, José Nunes Sento. “Desapropriação indireta”, in: *Revista de Direito Público* n.º 15, São Paulo, Revista dos Tribunais, janeiro/março de 1971.

SILVA, José Afonso da. “Bens de interesse público e meio ambiente”, in: *Interesse Público* n.º 10, Edição Nota Dez Informação Ltda., Sapucaia do Sul – RS, 2001.

THEODORO JR., Humberto. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”, in: *Revista da Advocacia Geral da União* n.º 9, ano II, abril de 2001.