

DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA: PRÉVIA INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO E O REGIME DE PRECATÓRIOS

PRISCILLA GUEDES CASTILHO DA SILVA

Analista em Direito no Ministério Público de Minas Gerais, Bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Pós-graduada em Curso de Especialização em Direito Processual: grandes transformações, pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL VIRTUAL

RESUMO: O presente trabalho visa esclarecer eventual incongruência entre a exigência constitucional de indenização prévia devida pela Fazenda Pública ao expropriado, nas ações de desapropriação por utilidade pública, e a exigência, também constitucional, de submissão dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública, decorrentes de decisões judiciais, ao regime de precatórios. O intuito principal é saber se a exigência de submissão dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública, decorrentes de decisões judiciais, ao regime de precatórios, constitui ou não uma exceção implícita ao requisito da indenização prévia constante no art. 5º da Constituição da República.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação, indenização prévia, precatório.

ABSTRACT: This work seeks to clarify the possible incongruence in the constitutional demand for adequate compensation to the dispossessed during expropriation due to public interest in Brazil. Besides, it also intends to clarify the constitutional demand that payments owed by the Public Treasury as a result of judicial decision must be submitted to the system of judgment debt of the government. The main objective is to know whether the demand to submit

payments owed by the Public Treasury to the system of judgment debt of the government constitutes or not an implicit exception to the requirement of an adequate previous compensation as stated in the 5th article of the Brazilian Federal Constitution.

KEY WORDS: expropriation; adequate compensation; certificate of judgment debt of the government.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da desapropriação. 3. A desapropriação por utilidade pública e o requisito da prévia indenização. 4. Do regime de precatórios nas ações de desapropriação por utilidade pública. 5. A prévia indenização e o regime de precatórios. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Tratando-se a desapropriação de um “drástico” procedimento de intervenção do Poder Público na propriedade privada, por meio do qual um particular, por exemplo, é despojado de um bem, mediante indenização, em prol da coletividade, o art. 5º, XXV, da Constituição Federal determina que “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”. (grifo nosso).

Estabelece, ainda, o *caput* do art. 100 da Constituição da República que “os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estaduais, Distritais e Municipais, em virtude de sentença judiciária”, deverão ser feitos “exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos *precatórios* e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

Em face dos dispositivos acima transcritos, pergunta-se como seria possível compatibilizar, nas ações judiciais de desapropriação por utilidade pública, o requisito da prévia indenização com a exigência de submissão do pagamento devido pela Fazenda Pública ao regime de precatórios.

Não havendo definição legal acerca de um marco específico para o estabelecimento da denominada “prévia indenização” exigida constitucionalmente, o presente trabalho pretende demonstrar a existência de eventual divergência doutrinária, esclarecendo se existe, ou não, incompatibilidade entre o disposto no art. 5º XXIV (prévia indenização) e o art. 100, *caput* (submissão ao regime de precatórios), ambos da CF/88.

2. Da desapropriação

Embora o presente trabalho tenha como foco a análise da exigência constitucional de prévia indenização nas ações de desapropriação por utilidade pública, faz-se necessária uma prévia conceituação do instituto da desapropriação, apontando-se as diversas modalidades existentes, para que seja possível visualizar a desapropriação por utilidade pública no contexto em que insere na disciplina constitucional e legal sobre o assunto.

Assim, vale iniciar o estudo através da transcrição do conceito apresentado por Hely Lopes Meirelles (1989, p. 501):

Desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para o superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou ainda por interesse social, *mediante prévia* e justa *indenização* em dinheiro (Const. Rep., art. 5º., XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de reforma agrária, por interesse social (Const. Rep., art. 184)”. (grifo nosso).

Complementando, segue o conceito apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 858-859):

À luz do Direito Positivo brasileiro, desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, *mediante indenização prévia*, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de

certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real. (grifo nosso).

De forma extremamente resumida, depreende-se que a desapropriação é uma das formas de intervenção do Estado na propriedade (pública ou privada), em prol de uma finalidade pública capaz de justificar o ato de o Poder Público transferir para si determinado bem, de forma discricionária¹, tendo em vista os limites traçados pela Constituição e expressos em lei.

Ambos os autores apontam a prévia indenização como uma das características essenciais deste instituto, não exigida apenas nas hipóteses previstas na própria Constituição. Sobre o assunto, destaca Mello (2009, p. 859):

Há, pois, dois tipos de desapropriação no Direito brasileiro². Em um deles a indenização é prévia, justa e em dinheiro, conforme tradição de nosso Direito. Está previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição como sendo o regime indenizatório corrente, normal. O outro é o que se efetua através de pagamento em títulos especiais da dívida pública resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas.

¹ Segundo Mello (2009, p. 952-963): “fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei”. Para o autor, “discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez as expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”. A nosso ver, a discricionariedade, nas ações de desapropriação, está, sobretudo, relacionada à decretação de utilidade pública de determinado bem, bem como à alegação de urgência para fins de imissão provisória na posse.

² José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 652) acrescenta uma terceira espécie de desapropriação, consistente naquela prevista no art. 243 da CF, “a qual podemos denominar de desapropriação confiscatória, por não conferir ao proprietário direito indenizatório, como ocorre com as modalidades anteriores”.

Segundo este entendimento, existe, pois, a desapropriação ordinária, contemplada no art. 5º, XXIV, da CF (a qual exige indenização prévia e em dinheiro); e, além desta, a desapropriação prevista no art. 182, § 4º, III, da CF (desapropriação urbanística sancionatória)³ e aquela disposta no art. 184 da CF (desapropriação rural para fins de reforma agrária)⁴. Nesses dois últimos casos, a indenização deve se dar mediante pagamento em títulos da dívida pública e não por meio de indenização prévia e em dinheiro.

Não sendo objeto do presente trabalho a análise pormenorizada de todas as modalidades de desapropriação existentes, passaremos, a seguir, à conceituação da desapropriação ordinária por utilidade pública e à exigência constitucional de prévia indenização.

3. A desapropriação por utilidade pública e o requisito da prévia indenização

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer o conceito e a legislação aplicável ao procedimento de desapropriação por utilidade pública, vejamos.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 648 e 650):

Desapropriação é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização. [...] Com caráter regulamentar da norma constitucional, devem ser destacadas duas leis reguladoras da desapropriação. A primeira é o Decreto-Lei nº 3.365, de 21/6/1941, considerado a lei geral das desapropriações, que dispõe sobre os casos de desapropriação por utilidade pública. [...] O outro diploma regulamentador é a Lei 4.132, de

³ Sobre esta, esclarece José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 650): “Na verdade, essa forma expropriatória é prevista como a que pode ser adotada a título de penalização ao proprietário do solo que não atender à exigência de promover o adequado aproveitamento de sua propriedade ao plano diretor municipal. Nesse caso, o Poder Público desapropria para adequar o solo às necessidades urbanísticas expressas no plano”.

⁴ Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 651): “Trata-se na verdade, de modalidade específica da desapropriação por interesse social e tem o objetivo de permitir a perda da propriedade quando esta não esteja cumprindo sua função social”.

10/9/1962, que define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação.

Assim, a desapropriação por utilidade pública é regulada pelo Decreto-lei nº 3.365/41, cujo art. 5º enumera alguns casos de utilidade pública⁵.

Esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p.163) que “há utilidade pública quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível”.

Sobre o art. 5º, XXIV, da CF/88, entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 881):

Tendo em vista o texto do art. 5º, XXIV, da Carta Constitucional, que subordina a desapropriação à ‘prévia e justa indenização...’, desde logo *depreende-se que não se pode consumir antes do pagamento da indenização*. Em consequência, o Poder Público só adquirirá o bem e o particular só o perderá com o pagamento da indenização. Isto só é excepcionado nos casos invulgares em que a Constituição admite desapropriação paga com títulos, desde que o resgate deles se faça ao longo do tempo (arts. 182, §4º, III, c/c arts. 185 e 186). (grifo nosso)

⁵ “Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública: *a)* a segurança nacional; *b)* a defesa do Estado; *c)* o socorro público em caso de calamidade; *d)* a salubridade pública; *e)* a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; *f)* o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; *g)* a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; *h)* a exploração ou a conservação dos serviços públicos; *i)* a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais (Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999); *j)* o funcionamento dos meios de transporte coletivo; *k)* a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; *l)* a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico; *m)* a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; *n)* a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; *o)* a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; *p)* os demais casos previstos por leis especiais.”

Segundo este autor, o Poder Público só adquire o bem desapropriado após o efetivo pagamento da indenização imposta. Assim, nas hipóteses de desapropriação ordinária, a prévia indenização deve ser anterior à aquisição da propriedade pelo poder público.

Fazendo uma análise crítica do tema em face das dificuldades práticas que envolvem a concretização de tal requisito, esclarece Raquel Melo Urbano de Carvalho (2008, p.1102):

Para que o caráter prévio tenha efetividade concreta, é preciso fixar o momento anterior ao qual o pagamento da indenização deve necessariamente se realizar. [...]

Nesse contexto, é fundamental, portanto, definir em que momento um bem incorpora-se definitivamente ao patrimônio público. *Denota-se da doutrina e da jurisprudência atualizadas o entendimeneto de que a desapropriação consuma-se apenas com o pagamento da indenização.* Neste sentido, Celso Antônio aduz que ‘o Poder Público só adquirirá o bem e o particular o perderá com o pagamento da indenização’.

O referido posicionamento tem repercussão significativa quando se trata do caráter prévio da indenização, ora em exame. Afinal, se é certo que a indenização tem que anteceder à consumação da desapropriação e simultaneamente se entende que a desapropriação consuma-se apenas mediante o pagamento da indenização, confundem-se os dois momentos. Aquilo a que a indenização tem de ser anterior (o momento consumação da desapropriação) só ocorre com o próprio pagamento integral da indenização. Compromete-se a viabilidade de se ter uma efetiva anterioridade quanto à indenização, tornando-se inócua a exigência do artigo 5º, XXIV, da CR. (grifo nosso).

De fato, se entendermos que a indenização deve ser anterior à aquisição originária da propriedade pelo Poder Público e que esta aquisição somente se consuma com o efetivo pagamento, o critério da anterioridade do pagamento em relação à aquisição da propriedade ficará comprometido em face da simultaneidade entre tais momentos, comprometendo-se, portanto, a ideia de anterioridade prevista no art. 5º, XXVI, da Constituição da República.

Sobre o assunto, posiciona-se José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 677):

No que respeita à indenização, a regra fundamental está no art. 5º, XXIV, da CF: a indenização tem que ser *prévia, justa e em dinheiro*. São os princípios, respectivamente, da precedência, justiça e pecuniariedade.

Indenização prévia significa que deve ser ultimada antes da consumação da transferência do bem. Todavia, o advérbio *antes* tem o sentido de uma verdadeira fração de segundo. *Na prática, o pagamento da indenização e a transferência do bem se dão, como vimos, no mesmo momento. Só por mera questão de causa e efeito se pode dizer que aquele se operou antes desta*. De qualquer forma, deve entender-se o requisito como significando que não se poderá considerar transferida a propriedade antes de ser paga a indenização. (grifo nosso).

Raquel Melo Urbano de Carvalho (2008, p.1102) acrescenta, ainda:

Tem-se clara gravidade do resultado desta interpretação quando se atenta para a possibilidade de imissão provisória na posse⁶, mediante depósito de valor não necessariamente correspondente ao valor do bem, ao que se acresce a comum morosidade no processamento das ações desapropriatórias. Não há dúvida quanto à necessidade de a legislação fixar um marco específico, claro e diverso ao qual o pagamento da indenização deve ser prévio, de modo a excluir interpretação que termina por comprometer a exigência constitucional.

De fato, como bem entende a autora acima, a exigência constitucional da “prévia” indenização em ações de desapropriação por utilidade pública é, na prática, difícil de ser concretizada, sobretudo em face da morosidade no processamento de tais ações, inexistindo uma fixação legal desse marco a que deve a indenização ser anterior.

⁶ A imissão provisória está prevista no art. 15 do DL nº 3365/41, vejamos: “Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens.”

Cretella Júnior (1998, p. 461-462), por sua vez, estabelece a sentença como marco temporal para a concretização do requisito da prévia indenização; vejamos:

‘Prévio’ é uma anterioridade, *no tempo*, tomado em relação a algum fato. ‘Prévio a quê?’ é um ‘a priori’ temporal. É sempre um ‘prévio a algo’. Aqui é ‘prévio à desapropriação’.

A lei diz que o *pagamento* ou *indenização* que o poder público deve outorgar ao particular expropriado deve ser *prévio*.

Logo, a *previalidade* é o primeiro *atributo* ou qualificação do pagamento. Trata-se de *prius*, de pressuposto necessário para a existência e concretização do instituto da desapropriação. *Previalidade* não é *preço*, não é *consequência*. Não se *desapropria* para, depois, indenizar. Muito ao contrário, *indeniza-se* para, depois, *desapropriar*. É a *indenização prévia* ou *preventiva*. É o pagamento *prévio* ou *preventivo*.

O *poder público expropriante* tem de concretizar a prestação para que a regra jurídica adequada, que é a referente à translação da propriedade, incida sobre o suporte fático, bem como para que, tratando-se de imóvel, a transcrição da sentença origine a perda. [...]

Relativamente à sentença é que se diz que a indenização será prévia. Deposita-se primeiramente o *quantum* correspondente à indenização, para que a desapropriação se concretize, *mesmo em casos de posse provisória*. A transcrição efetua, de um lado, a perda e, de outro, a aquisição de domínio. O particular perde, o Estado adquire. (grifo nosso).

Independentemente do entendimento acima, segundo o qual a indenização deve ser anterior à prolação da sentença (para que a posterior transcrição desta origine a perda da propriedade), da análise dos entendimentos acima transcritos verifica-se, em tese, que a perda da propriedade do bem pelo expropriado deve se dar após o pagamento da indenização, admitindo-se, ainda, a imissão provisória na posse.

Sobre a imissão provisória na posse, vale destacar, de forma sucinta, que consiste esta em uma medida de urgência requerida pelo poder público no curso do processo judicial, permitindo-lhe a obtenção da posse imediata do objeto da desapropriação após depósito judicial de um dos valores previstos no art. 15 da Lei nº 3.365/41⁷. Embora a legislação infraconstitucional preveja tal possibilidade em casos de urgência, certo é que, havendo divergência entre o valor depositado – o qual pode ser levantado pelo expropriado independentemente de precatório – e aquele fixado na sentença, entende-se majoritariamente que a diferença a ser paga pela administração pública deverá ser quitada mediante precatório, assim como o montante a ser pago nos processos em que o poder público não requer tal medida de urgência, por se tratar de pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas em virtude de sentença judiciária, submetidas, portanto, aos ditames do art. 100 da CF.

Embora os autores acima mencionados não discutam a questão da prevalência da indenização em face das exigências do art. 100 da

⁷ “Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens.

Parágrafo único. (Revogado pela Lei nº 2.786, de 1956).”

§ 1º A imissão provisória poderá ser feita, independentemente da citação do réu, mediante o depósito: (Incluído pela Lei nº 2.786, de 1956).

a) do preço oferecido, se este for superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial; (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956).

b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido; (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956).

c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior; (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956).

d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel. (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956).

§ 2º A alegação de urgência, que não poderá ser renovada, obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias. (Incluído pela Lei nº 2.786, de 1956).

3º Excedido o prazo fixado no parágrafo anterior não será concedida a imissão provisória. (Incluído pela Lei nº 2.786, de 1956).

§ 4º A imissão provisória na posse será registrada no registro de imóveis competente. (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009).

Constituição da República, certo é que a definição doutrinária de um marco ao qual deve anteceder a efetivação do pagamento indenizatório pelo poder público (sendo esse marco o próprio pagamento ou a prolação da sentença) mostra-se, a nosso ver, inócua diante da submissão dos pagamentos ao regime de precatórios. Para que seja possível compreender o porquê da dificuldade em se implementar tal exigência prevista no art. 5º, XXIV, da CF/88, passaremos a uma breve análise dos procedimentos exigidos pelo art. 100 da Lei Maior.

4. Do regime de precatórios nas ações de desapropriação por utilidade pública

A ação de desapropriação por utilidade pública resulta em uma sentença condenatória do poder público, determinando que este efetive o pagamento da indenização fixada – normalmente com auxílio de peritos judiciais – mesmo nos casos em que o depósito relativo à imissão provisória seja insuficiente para a quitação do montante fixado ao final do processo.

Diante desta situação, o requisito constitucional da prévia indenização poderia nos levar a crer que, devendo ser o pagamento anterior (e simultâneo) à aquisição da propriedade do bem pelo poder público, conforme estabelecem Celso Antônio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho, certo seria, pela lógica, a efetivação da quitação do montante fixado na sentença (ou de eventual diferença decorrente de avaliação superior ao valor depositado para fins de imissão provisória na posse) mediante depósito judicial, sem a necessidade de submissão à ordem de precatórios determinada no art. 100 da CF.

Acontece, porém, que a Constituição é clara ao exigir que os pagamentos a que se submete a Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, devem se submeter à ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Para que seja possível compreender a efetividade da exigência do art. 5º, XXIV, da CF em face do disposto em seu art. 100, necessário se faz um esclarecimento, mesmo que superficial, dos procedimentos exigidos para a realização de pagamentos mediante regime de precatórios.

Uma pequena noção desse dificultoso procedimento pode ser apreendida do trecho abaixo transcrito, retirado de um parecer emitido em 2007 por Kiyoshi Harada (Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/27881>>. Acesso em 20 de março 2010), a pedido do Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado de São Paulo – SINICESP, o qual, embora anterior à emenda constitucional nº 62/09, que modificou o art. 100 da CF, mantém-se plenamente válido; vejamos:

Precatório judicial significa requisição de pagamento (solicitação com sentido de ordem) do montante da condenação judicial feita pelo Presidente do Tribunal que proferiu a decisão objeto de execução contra a Fazenda (União, Estados-membros, DF e Municípios), por conta de verba consignada na Lei Orçamentária Anual diretamente ao Poder Judiciário. [...]

Transitada em julgado a decisão judicial condenatória contra a Fazenda, os autos do processo retornam à Vara de origem (Juízo de primeira instância).

Procedida a liquidação do julgado, por cálculo aritmético, para determinar o exato montante do débito a ser satisfeito pelo poder público vencido na demanda, o juiz oficia ao Presidente do Tribunal solicitando a requisição de pagamento.

O Presidente do Tribunal requisita o pagamento, expedindo o competente precatório judicial. Entregue esse precatório ao ente político devedor, este deverá incluir na ordem cronológica, para pagamento oportuno. Essa inclusão na *ordem cronológica* decorre do princípio da moralidade administrativa, que proíbe a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias (art. 100, *caput* da CF).

Aqueles entregues dentro do período requisitorial, isto é, até o dia 1º de julho de cada ano, além da inserção na ordem cronológica, devem ter os seus valores obrigatoriamente incluídos na Lei Orçamentária Anual do exercício seguinte, para pagamento atualizado até o final desse exercício (§ 1º do art. 100 da CF). (grifo nosso).

Tratando-se de dinheiro público, há necessidade, de fato, de um procedimento de pagamento seguro e em consonância com o princípio da moralidade. Entretanto, as dificuldades práticas que envolvem o pagamento de precatórios pelo Poder Público, sobretudo alegação de escassez de recursos, demonstram que a exigência de indenização prévia, em ações de desapropriação, cuja sentença condenatória submete-se à ordem cronológica do regime de precatórios, tem tornado inócua a determinação constitucional insculpida em seu art. 5º, inciso XXIV, conforme veremos a seguir.

5. A prévia indenização e o regime de precatórios

Ainda sobre a prévia indenização, o art. 33 do Decreto-lei nº 3.365/41 dispõe que “o depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização”. Sobre tal dispositivo, esclarece Kiyoshi Harada (2007, p. 158-159):

Operando o pagamento ou o depósito a que alude o art. 33⁸, tem-se por consumada a desapropriação, por isso o juiz expede o mandado de imissão definitiva e posse, caso não tenha ocorrido a provisória, valendo a sentença como título hábil à transcrição imobiliária. Preexistindo a imissão provisória, esta é convalidada em definitiva.

Essa sentença final é a que efetivamente desapropria a propriedade, segundo o preceito constitucional do prévio pagamento da justa indenização. Ela não se confunde com a decisão fixadora do justo preço, que tem natureza meramente declaratória.

Essa decisão final, como assinala Pontes de Miranda, tem natureza constitutiva-mandamental; constitutiva porque ele decreta a perda da propriedade e serve de título hábil à transcrição imobiliária.

⁸ “Art. 33. O depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização.

§ 1º O depósito far-se-á no Banco do Brasil ou, onde este não tiver agência, em estabelecimento bancário acreditado, a critério do juiz. (Renumerado do Parágrafo Único pela Lei nº 2.786, de 1956).

§ 2º O desapropriado, ainda que discorde do preço oferecido, do arbitrado ou do fixado pela sentença, poderá levantar até 80% (oitenta por cento) do depósito feito para o fim previsto neste e no art. 15, observado o processo estabelecido no art. 34. (Incluído pela Lei nº 2.786, de 1956).”

liária; mandamental, porque manda expedir o mandado de imissão de posse.

Daí por que não tem procedência a tese, que situa o momento consumativo da desapropriação antes ou depois dessa sentença, referida no art. 29º da lei específica. A desapropriação é causa de perda da propriedade e não de sua aquisição, porque significa retirada compulsória do bem. É instituto de direito público. O expropriado nada transmite, ele perde a propriedade e por essa perda compulsória recebe a justa indenização. É certo, porém, que a desapropriação no plano da eficácia gera efeitos de direito civil. A transcrição imobiliária, hoje registro da carta de adjudicação, surte efeito negativo (perda da propriedade pelo expropriado) e efeito positivo (aquisição da propriedade pelo expropriante). (grifo nosso).

Uma leitura apressada do disposto no art. 33 do Decreto-lei nº 3365/41 nos levaria a crer que o pagamento prévio da indenização deveria se dar por meio de um imediato depósito do valor fixado na sentença, pela Fazenda Pública, à disposição do juiz da causa.

Mas como ficaria a exigência de submissão ao regime de precatórios? Sobre esse questionamento, entende Clovis Beznos (2006, p. 147 e 151) que, neste caso específico, não deve a Fazenda Pública se submeter à imposta ordem de submissão ao regime de precatórios; vejamos:

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, que, após tornar-se líquido o *quantum debeatur*, efetiva requerimento de expedição de precatório, com fundamento no artigo 100 da Constituição Federal, procedendo na forma dos artigos 730 e 731 do Estatuto Processual Civil. [...]

⁹ “Art. 29. Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição no registro de imóveis.”

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. Após ser fixada judicialmente a indenização, em caráter definitivo, cabe ao expropriado requerer ao juiz da desapropriação a intimação da Fazenda, para se 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. (grifo nosso).

De acordo com o autor acima, os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas, decorrentes de sentenças em ações de desapropriação por utilidade pública, não poderiam se submeter ao regime de precatórios, uma vez que se trata de sentenças meramente declaratórias, as quais não condenam o Estado a efetuar a desapropriação, mas simplesmente estabelecem o valor a ser ressarcido ao expropriado (BEZNOS, 2006, p. 141-142); vejamos:

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. [...]

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 declaratórias, 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 concretização da desapropriação.

Desse modo 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.

Nesse sentido também se manifesta Sérgio Ferraz (*apud* Clóvis Bezanos, 2006, p. 142):

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.

Este, contudo, não é o entendimento prevalecente em nossa Corte Suprema, segundo a qual os requisitos dispostos no art. 5º, XXIV, da Constituição da República devem ser exigidos apenas em se tratando de pagamento definitivo, decorrente da sentença, e não em relação a eventual depósito inicial para fins de imissão provisória na posse¹⁰. Quanto ao pagamento definitivo, entende o STF, entretanto, que este deve sim se submeter à ordem cronológica de pagamento de precatórios judiciais. É o que se depreende do voto do Ministro Relator Carlos Britto nos autos do agravo regimental na

¹⁰ “Desapropriação. Depósito prévio. Imissão na posse. Precedentes da Corte. Já assentou a Corte que o ‘depósito prévio não importa o pagamento definitivo e justo conforme o artigo 5º, XXIV, da Lei Maior de 1988’, com o que não existe ‘incompatibilidade do art. 3º do Decreto-Lei n. 1075/1970 e do art. 15 e seus parágrafos, Decreto-Lei n. 3365/1941, com os dispositivos constitucionais aludidos [...]’ (RE nº 184.069/SP, Relator o Ministro Néri da Silveira, *DJ* de 8-3-02). Também a Primeira Turma decidiu que a ‘norma do artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.075/70, que permite ao desapropriante o pagamento de metade do valor arbitrado, para imitir-se provisoriamente na posse de imóvel urbano, já não era incompatível com a Carta precedente (RE 89.033 – *RTJ* 88/345 e RE 91.611 – *RTJ* 101/717) e nem o é com a atual’ (RE nº 141.795/SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, *DJ* de 29-9-95).” (RE 191.078, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 15-4-08, 1ª Turma, *DJE* de 20-6-08).

Ação Cautelar nº 1446-4¹¹, cujo trecho segue abaixo transcrito:

É fora de dúvida que ‘o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os pagamentos de débitos da Fazenda Pública, decorrentes de decisões judiciais, são regidos exclusivamente pela sistemática do art. 100 e parágrafos da Constituição Federal’ (AI 495.180 ED, Relator Ministro Carlos Velloso). Daqui se tem a ‘indispensabilidade de expedição de precatório, a ser processado na forma prevista no art. 100 e parágrafos da Constituição, não havendo cabimento para notificação, ao Poder Público, no sentido de que promova a complementação do pagamento em prazo assinado pelo Juiz’ (RE 168.019, Relator Ministro Ilmar Galvão). Mais: ‘o pagamento de benfeitorias integrantes de imóvel sujeito à desapropriação deve ser efetuado por meio de precatório, nos termos do art. 100 da Constituição da República’ (RE 382.544-AgR, Relatora Ministra Cármen Lúcia). (STF. AC 1546 AgR / GO – GOIÁS. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 26/04/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma).

Em face do entendimento do Supremo e da imposição constitucional de submissão ao regime de precatórios, inviável atualmente a aplicação do entendimento de Clóvis Beznos, acima transcrito, sobretudo porque a exigência do art. 100 da Carta Maior fundamenta-se em diversos princípios constitucionais, sobretudo no da moralidade, conforme já analisado.

¹¹ Eis a ementa do mencionado *decisum*: EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A AÇÃO CAUTELAR. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA SUSTAR EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. ALEGADA OFENSA AO ART. 100 E § 1º DA CARTA MAGNA. RECURSO INADMITIDO NA ORIGEM. AGRAVO DE INSTRUMENTO. “O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os pagamentos de débitos da Fazenda Pública, decorrentes de decisões judiciais, são regidos exclusivamente pela sistemática do art. 100 e parágrafos da Constituição Federal” (AI 495.180 ED, Relator Ministro Carlos Velloso). No caso, a decisão recorrida extraordinariamente determinou à Fazenda Pública o pagamento de indenização independentemente de precatório, fato que confere forte plausibilidade jurídica ao apelo extremo. Situação excepcional que autoriza a atribuição de efeito suspensivo ao mesmo recurso, até o julgamento do agravo de instrumento interposto na origem. Agravo regimental provido. (STF. AC 1546 AgR / GO – GOIÁS. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 26/04/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma).

6. Conclusão

A questão da eventual incompatibilidade entre a exigência constitucional do requisito da prévia indenização devida pelo Poder Público, nas ações de desapropriação por utilidade pública, e a simultânea exigência, também constitucional, de submissão dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, ao regime de precatórios mostra-se presente em face da inexistência de um marco temporal estabelecido em lei, que determine o significado do requisito da prevalência, e em face das dificuldades práticas que envolvem o dificultoso e demorado procedimento de pagamento mediante submissão ao regime de precatórios.

Inexistindo um marco temporal estabelecido em lei, capaz de sanar quaisquer dúvidas acerca do requisito da indenização prévia, a doutrina diverge sobre o assunto. Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho entendem que o requisito constitucional da prévia indenização, nas ações de desapropriação por utilidade pública, exige que o efetivo pagamento devido pela Fazenda Pública em tais ações deva anteceder a transferência do bem, ou seja, a transferência do bem expropriado para o Poder Público somente deverá ocorrer “após e simultaneamente” ao pagamento da indenização, uma vez que tais momentos se confundem. Cretella Júnior, por sua vez, entende que a prevalência da indenização significa que o seu pagamento deva ocorrer em momento anterior à sentença, o que, na prática, mostra-se inviável, já que é a própria sentença que estabelece o valor indenizatório a ser pago posteriormente.

Embora a maioria da doutrina acima mencionada se manifeste no sentido de que o pagamento da indenização deva anteceder a transferência do bem para o Poder Público, percebe-se que, na realidade, existe uma omissão doutrinária acerca da questão da compatibilidade entre o requisito da prévia indenização e a exigência de submissão dos pagamentos dessa natureza ao regime de precatórios – cujo procedimento fundamenta-se, sobretudo, no princípio da moralidade –, tendo-se em vista que a exigência constitucional de submissão à ordem cronológica de apresentação dos precatórios decorrentes de decisões judiciais em desfavor da Fazenda Pública inviabiliza a configuração prática do marco temporal doutrinariamente estabelecido.

Apesar da omissão doutrinária acima mencionada, Clóvis Beznos e Sérgio Ferraz expressamente entendem que, tratando-se de sentença declaratória, o pagamento de indenizações em ações de desapropriação por utilidade pública não deve, em hipótese alguma, submeter-se ao regime de precatórios, sob pena de se tornar inócua a regra prevista no art. 5º, XXIV, da CF/88, o que, na prática, é o que se verifica em razão da demora dos pagamentos efetuados sob as regras da ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Esses últimos posicionamentos, embora contrários ao consolidado entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual o pagamento de indenizações em desapropriações judiciais deve obediência ao regime de precatórios, são bastante sedutores sob o ponto de vista da defesa da efetivação do disposto no art. 5º, XXIV, da CF/88, sobretudo por se tratar a desapropriação de uma “drástica” intervenção estatal na propriedade, contra a qual ao expropriado, em juízo, somente se reserva o direito de discutir o valor indenizatório¹².

Destarte, a análise prática da questão ora debatida nos faz concluir que a exigência de submissão dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública, decorrentes de decisões judiciais, ao regime de precatórios constitui sim, nas ações de desapropriação por utilidade pública, uma exceção implícita ao requisito da indenização prévia constante no art. 5º, XXIV, da Constituição da República, entendida essa prevalência no sentido de que deve a indenização anteceder a transferência do bem expropriado ao Poder Público.

¹² A questão toma contornos ainda mais drásticos quando da análise do objeto da desapropriação no caso concreto, o qual, muitas vezes, é o único bem imóvel pertencente ao expropriado e usado por ele como moradia. Nesse sentido, Vicente de Paula Mendes (1993, p. 56) aponta um caminho alternativo: “É evidente que não se pode privar alguém de sua moradia, sem se lhe oferecer condições de se mudar para outro local; ou mesmo subtrair parcela patrimonial indispensável ao sustento ou às atividades de seu proprietário. Caso há, todavia, em que o bem expropriado representa apenas parte diminuta, inexpressiva, de um grande patrimônio, frequentemente improdutivo para seu dono ou para a sociedade. Aí, ainda que se tenha de indenizar integralmente, nenhum mal haveria em se indenizar depois... Afinal, não é justo tratar diferentemente situações desiguais? Esse é um aspecto importante em que o instituto expropriatório pode evoluir no Brasil”.

7. Referências bibliográficas

BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3365compilado.htm>>. Acesso em: 20 de março 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 de março 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em ação cautelar. Matéria Administrativa. Ação de desapropriação. Indenização. Precatórios. Agravo regimental na ação cautelar n. 1546. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 26 de abril de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456052>>. Acesso em: 20 de março 2010.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Podivm, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei de desapropriação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HARADA, Kiyoshi. *Parecer sobre precatório judicial*. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/27881>>. Acesso em: 20 de março 2010.

MENDES, Vicente de Paula. *A indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.