

## Inaplicabilidade do Regime de Precatórios Judiciais à Indenização por Desapropriação

### *Inapplicability of the Rules of Court Payments to Compensation for Expropriation*

#### **JOÃO MARCELO REGO MAGALHÃES**

Professor de Direito Administrativo (Graduação Universidade de Fortaleza – Unifor), Professor de Direito Constitucional e Administrativo (Pós-Graduação Unifor e UNI7), Mestre em Direito Constitucional pela Unifor, Doutorando em Direito Constitucional pela Unifor, Procurador do Banco Central do Brasil.

#### **FRANSCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES**

Doutor em Direito, Professor titular do Programa de Pós-Graduação Mestrado/Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – Unifor, Juiz de Direito.

**RESUMO:** Um certo conflito de normas parece atormentar os intérpretes que examinam o conteúdo do inciso XXIV do art. 5º em contraste com o art. 100, ambos da Constituição Federal de 1988. Enquanto o primeiro comando assegura a justa e prévia indenização em dinheiro a quem tiver bem desapropriado pelo Poder Público, o segundo impõe a observância do sistema de precatórios ao credor da Fazenda Pública por força de sentença judicial. O presente artigo visa a discorrer sobre o tema e lançar luzes na direção de uma solução equilibrada. No capítulo 1, examina-se o conceito de propriedade e as razões que justificam sua supressão pela intervenção estatal. No capítulo 2, cuida-se de demonstrar que as regras constitucionais sobre desapropriação e sobre o regime dos precatórios judiciais representam um conflito puramente aparente. No capítulo 3, intenta-se provar que o respeito aos condicionantes da desapropriação impõe que a respectiva indenização esteja fora do alcance do regime de precatórios judiciais. No capítulo 4, discute-se como legislação e jurisprudência violam os interesses públicos inerentes à indenização justa, prévia e em dinheiro. Ao final, as conclusões obtidas são devidamente sistematizadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desapropriação; precatório judicial; indenização.

**ABSTRACT:** A certain conflict of norms seems to haunt interpreters who examine the content of article 5<sup>th</sup> (XXIV) in contrast to Article 100, both of the Federal Constitution of 1988. While the first command ensures fair and prior indemnification in cash to anyone who has well-off by the public power, the second imposes the observance of rules of court payments to the creditor of the State by virtue of judicial sentence. This article aims to discuss the theme and to throw light on the direction of a balanced solution. Chapter 1 examines the concept of ownership and the reasons for its suppression by state intervention. In chapter 2, one is careful to demonstrate that the constitutional rules on expropriation and on the rules of court payments represent a purely apparent conflict. In chapter 3,

it is tried to prove that the respect to the conditions of the expropriation imposes that the respective indemnity is outside the scope of the rules of court payments. In chapter 4, it is discussed how legislation and jurisprudence violate the public interests inherent in the fair, prior and cash indemnity. In the end, the conclusions obtained are duly systematized.

KEYWORDS: Expropriation; court payments; indemnity.

SUMÁRIO: 1 A propriedade e o fundamento axiológico da desapropriação; 2 As disposições constitucionais sobre a indenização da desapropriação e sobre os precatórios judiciais: um conflito aparente?; 3 A observância das condicionantes da desapropriação impõe o afastamento do regime dos precatórios judiciais; 3.1 A não violação do princípio da isonomia; 3.2 Desapropriação interpretada a partir do princípio da dignidade humana; 3.3 A interpretação da lei conforme a Constituição, e não o contrário; 3.4 A natureza da sentença judicial nos casos de imissão prévia; 3.5 A indenização justa e prévia e a responsabilidade fiscal; 4 Legislação e jurisprudência que violam os interesses públicos inerentes à indenização justa, prévia e em dinheiro; Conclusão; Referências.

## 1 A PROPRIEDADE E O FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DA DESAPROPRIAÇÃO

Em sua obra *Dois tratados sobre o governo*, particularmente no Capítulo XI, John Locke formulou algumas considerações sobre o papel e os limites do Poder Legislativo, mencionando, a certa altura, que “o poder supremo não pode tomar de homem algum parte de sua propriedade sem o seu próprio consentimento”, tendo obtido tal conclusão a partir das premissas de que a preservação da propriedade é o fim de todo governo e a razão pela qual os homens entram em sociedade (Locke, 1998, p. 509).

Em outra passagem, Locke demonstra, ainda com mais clareza, a perspectiva de que a propriedade dos particulares deve estar a salvo das intenções estatais quando prescreve que “a propriedade de um homem de modo algum está segura [...] se aquele que exerce o mando sobre seus súditos tiver o poder de tomar de qualquer indivíduo particular a parte de sua propriedade” (Locke, 1998, p. 511).

Alguns séculos depois, a ideia de supremacia do interesse público, cultuada pelos doutrinadores franceses e italianos, colide frontalmente com a noção de propriedade em puro proveito ao particular e dissociada dos interesses da coletividade.

No Brasil, o princípio da supremacia do interesse público está na essência do direito administrativo, sendo a desapropriação um exemplo constitucional de sua aplicação, *verbis*:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade.

[...]

Para o direito administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar de sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao direito administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (arts. 5º, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. (Mello, 2006, p. 85)

O instituto da desapropriação está fundado na supremacia do interesse público, autêntico dogma que norteia os ramos do direito público, mas disto não pode decorrer a conclusão no sentido de que desta supremacia possa resultar numa verdadeira expropriação da propriedade no sentido de perda, tão somente. Cedo ou tarde, a crescente intervenção do Estado na propriedade exigiria um reexame daquele princípio.

Recentemente surgiram novas concepções a respeito do princípio da supremacia do interesse público, analisando-o sob outros vetores interpretativos, tais como o princípio da dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais.

Humberto Ávila destaca que o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos. Segundo este autor, “elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado” (Ávila, 2007).

No que toca especificamente ao objeto deste estudo, afirma Humberto Ávila que

[...] não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular com base nesse “princípio”. Aí se incluem quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. (Ávila, 2007)

Na mesma linha de raciocínio, Gustavo Binenbojm defende que o respeito aos direitos fundamentais limita não apenas o poder de polícia e a atividade reguladora e ordenadora do Estado, mas impõe o absoluto respeito aos requisitos constitucionais para a desapropriação, sob pena de invalidade da medida administrativa. Em seu entender, seria o Estado, mesmo atuando no interesse da coletividade, a se conformar aos direitos fundamentais do particular (Binenbojm, 2016, p. 117-128).

Não se está aqui a defender – ou sequer imaginar – um retorno à propriedade idealizada por Locke, mas é certo que a supremacia do interesse público há de ser repensada a fim de não esvaziar por completo alguns direitos fundamentais, notadamente o direito fundamental à propriedade.

Assim, em uma primeira impressão sobre o “conflito” entre o direito à propriedade particular e a pretensa supremacia do interesse público – que fundamenta a promoção da desapropriação da propriedade –, é possível dizer que o Estado não pode agir de forma a aniquilar a propriedade privada, mas apenas substituir a propriedade privada por seu equivalente econômico (por meio de um ato indenizatório), no âmbito de um regular processo com a garantia do direito de defesa. Ao se imitar o Poder Público na posse de bem particular sem o integral e justo pagamento ao proprietário seria imaginar o procedimento como sucedâneo de confisco.

São justamente os elementos acima descritos (pagamento prévio e justo, no âmbito de processo formal) que constituem a essência dos requisitos constitucionais e legais da desapropriação no ordenamento brasileiro.

Paradoxalmente, contudo, a Constituição Federal de 1988 traz regra específica sobre pagamentos devidos pela Fazenda Pública em processos judiciais (o “regime dos precatórios”), e grande parte das desapropriações – em porção próxima da totalidade – é resolvida no âmbito judicial.

É sobre essa aparente antinomia entre o dever estatal de indenizar o desapropriado e o regime judicial de pagamentos do Poder Público que versa o capítulo seguinte.

## **2 AS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE A INDENIZAÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO E SOBRE OS PRECATÓRIOS JUDICIAIS: UM CONFLITO APARENTE?**

No texto de nossa Constituição de 1988, inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais, o regime jurídico da propriedade está delineado nos incisos XXII a XXXI do art. 5º. O inciso XXIV foi assim redigido: “*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*” (grifos nossos).

Alguns autores citam ainda como fundamento da proteção indenizatória ao particular cujo bem é desapropriado, no caso de imóveis urbanos, o disposto no § 3º do art. 182 (“as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”), mas tal regra está posta como premissa geral dentro de uma disciplina jurídica muito peculiar, o regime das desapropriações em face da política de reordenação urbana, versada na Lei nº 10.257/2001 (Estatuto das Cidades) e de competência do Poder Público municipal.

Para os fins do presente estudo, a disposição geral do inciso XXIV do art. 5º é a única aplicável, até porque as desapropriações municipais em face de

sua política urbana podem ter caráter punitivo e observar regras particulares no que concernem à indenização (art. 182, § 4º, III, da Constituição) e aos requisitos orçamentários (art. 16, § 4º, II, da Lei Complementar nº 101/2000).

Ocorre que, bem antes da Constituição atual, o tema das desapropriações já era tratado no Decreto-Lei nº 3.365/1941, conhecido como Lei Geral das Desapropriações (doravante citada como LD). Suas regras sobre o “processo judicial” da desapropriação valem tanto para as desapropriações por utilidade pública quanto por interesse social (cujas hipóteses materiais são definidas na Lei nº 4.132/1962). A LD tem sido “tacitamente” recepcionada pelas Constituições seguintes, inclusive a atual, ainda que frequentemente seja objeto de impugnações em face de uma possível não recepção e arguições incidentais de inconstitucionalidade.

Pois bem, como dito antes, a prática demonstra que a absoluta maioria das desapropriações tem sido resolvida não pela via administrativa, mas em âmbito de processo judicial, de rito especial, descrito na LD. O detalhe é que o tal rito especial, que cuida até mesmo dos critérios para proceder a avaliação dos imóveis, data de 1941 e teve uma tímida “atualização” no longínquo ano de 1956. Uma medida provisória de 2001 inseriu regras sobre atualizações monetárias e juros cabíveis, mas desencadeou mais incertezas do que certezas, como se observará adiante.

O conflito entre normas constitucionais parece surgir quando se verifica que as condenações impostas ao Poder Público, em sede de processo judicial, seguem um regime jurídico próprio, o dos “precatórios judiciais”, definido no *caput* do art. 100 da Constituição Federal nos seguintes termos:

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

Aqui surge a grande controvérsia: o valor de uma indenização por desapropriação, decidido o valor “justo” somente em sede de processo judicial, deverá ser pago pelo Poder Público na forma de precatório (conforme o art. 100 da Constituição de 1988) ou mediante levantamento de depósito judicial a ser imposto ao ente expropriante, com indiscutível natureza e liquidez de “dinheiro” (conforme inciso XXIV do art. 5º da mesma Constituição Federal)?

A respeito do tema, Luís Roberto Barroso define o princípio da unidade da Constituição de forma detalhada, sendo possível extrair de seu pensamento três postulados sobre o tratamento dos conflitos ou antinomias porventura existentes em um texto constitucionais.

Em primeiro lugar, as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que evitem contradições com outras normas constitucionais; o fim essencial do princípio da unidade é determinar o ponto de equilíbrio diante de discrepâncias que possam surgir em caso de uma eventual superposição de normas contidas no texto de uma Constituição (Barroso, 2004, p. 197).

Adicionalmente, é preciso ter em conta que o princípio da unidade reconhece a possibilidade de haver contradições e tensões constitucionais, sendo inevitável que a proteção de bens jurídicos distintos leve a proposições antagônicas. Nesse sentido, o princípio deve ter um papel de harmonizar ou “otimizar” tais normas conflitantes, ou seja, produzir um “equilíbrio” entre elas, sem tolher por completo a eficiência de uma ou outra. Aqui se impõe a adoção da técnica da ponderação dos valores em conflito, às vezes adotando uma norma, às vezes a outra (Barroso, 2004, p. 200-201).

Por fim, o princípio da unidade da Constituição exige do intérprete um esforço com fins de estabelecer os limites da aplicação de cada uma das normas constitucionais em suposto conflito, a fim de que ambas obtenham a máxima efetividade possível. Isso seria o que o autor denomina de concordância prática, que teria como supedâneo um outro princípio, o da proporcionalidade (Barroso, 2004, p. 202).

Não é difícil imaginar normas constitucionais que protegem bens jurídicos diversos, estando em possível rota de colisão no dia a dia das relações sociais: a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV e X) em oposição ao respeito à intimidade (art. 5º, XI); a livre iniciativa (art. 170) em conflito com a proteção ao meio ambiente (art. 225); a garantia genérica do direito à propriedade (art. 5º, XXII) e o dever que essa mesma propriedade tem de observar sua função social (art. 5º, XXIII) são alguns exemplos possíveis a demonstrar antinomias aparentes.

Nesse ponto, é oportuno destacar o último exemplo relacionado. A preservação da propriedade é garantida por diversos institutos jurídicos (o registro, a impenhorabilidade do bem da família, a ação de “dano infecto”, os interditos possessórios etc.)<sup>1</sup>, mas a propriedade não pode ser exercida de modo a prejudicar a coletividade. Assim, uma propriedade rural a que não se dá uma destinação produtiva, em meio a um cenário de trabalhadores rurais carentes de ocupação, ou uma propriedade urbana que degrada o meio ambiente ou atrapalha a ordenação prevista nos planos urbanísticos municipais são passíveis de desapropriação.

---

1 A Constituição Federal não prevê, de forma específica, um direito fundamental à propriedade, mas assegura garantias a quem é titular da propriedade.

É bom observar que os cenários acima descritos constituem hipóteses de “desapropriação-sanção” (para fins de reforma agrária ou para adequação à política urbana, respectivamente), sendo caracterizados por alguma conduta ilegítima de seus proprietários. Em tais casos, há sim um sopesamento a ser feito: se a propriedade se presta aos seus fins, é protegida; se degrada ou prejudica o meio ambiente a que está inserida, passa a ser objeto de sanções ou da medida interventiva definitiva, a desapropriação.

Por oportuno, cabe iniciar o enfrentamento da controvérsia: haveria, portanto, um conflito aparente (antinomia) entre as regras constitucionais que garantem a indenização pela desapropriação comum (aqui não se está a falar de desapropriação como forma de sanção), prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, e as regras relativas ao regime dos precatórios judiciais para pagamento das sentenças que condenam o Poder Público, previsto no art. 100 da mesma Constituição?

A reflexão sobre essa indagação ultrapassa o limite de mera ponderação ou proporcionalidade. Para que se possa manter a higidez do princípio da unidade da Constituição, o questionamento posto exige verdadeiro afastamento das regras relativas ao precatório quando se estiver diante de condenação que verse sobre indenização por ato de desapropriação estatal. Em verdade, o que se estaria a aplicar de forma imediata seria o princípio da especialidade (norma especial afasta a aplicação de norma geral), que, por sua vez, levaria à máxima efetividade prática tanto das regras sobre indenização quanto das relativas aos precatórios judiciais, realizando assim, em última medida (de forma mediata), o princípio da unidade da Constituição.

As razões pelas quais se entende que a regra constitucional relativa à indenização prévia, justa e em dinheiro no caso de desapropriação (art. 5º, XXIV) afastaria o regime dos precatórios judiciais (art. 100) serão explanadas no capítulo seguinte.

### **3 A OBSERVÂNCIA DAS CONDICIONANTES DA DESAPROPRIAÇÃO IMPÕE O AFASTAMENTO DO REGIME DOS PRECATÓRIOS JUDICIAIS**

Como já descrito no capítulo anterior, a interpretação de um texto constitucional não permite a existência de conflitos reais entre suas normas.

O princípio da unidade da Constituição prevê uma ponderação na qual a avaliação do caso concreto permite aplicar uma das normas que parece conflitar com outra.

No caso da indenização por desapropriação, porém, a solução há de ser buscada de forma imediata na adoção do critério da especialidade, consideran-

do que a indenização do particular desapropriado é uma regra especial (art. 5º, XXIV), não se comunicando com a regra geral do regime de precatórios para todas as demais condenações do Poder Público (art. 100).

Nesta peculiar controvérsia, a adoção da regra da especialidade da indenização por desapropriação em face da regra geral dos precatórios afasta qualquer conflito entre tais normas constitucionais e garante, em última instância, a efetividade buscada pelo princípio da unidade da Constituição.

As razões que suportam o entendimento pelo caráter especial na aplicação da regra constitucional da indenização por desapropriação são de diversas ordens, podendo ser assim resumidas:

- a) a indenização prévia em caso de desapropriação não viola a isonomia que o regime de precatórios pretende impor aos credores do Poder Público;
- b) a supressão da propriedade deve ser interpretada a partir dos princípios relativos aos direitos fundamentais, mormente o da dignidade humana, e não a partir de considerações meramente orçamentárias;
- c) a Constituição Federal não pode ser interpretada a partir do texto da Lei da Desapropriação, que institui verdadeira categoria de expropriação privilegiada (no caso de imissão prévia na posse), em franca oposição à regra da indenização prévia, justa e em dinheiro;
- d) nos casos em que o Poder Público deseja a imissão prévia na posse e move a ação de desapropriação, a sentença judicial que determina o valor justo não encerra verdadeira condenação (obrigação de dar dinheiro), sendo mera obrigação de complementar o valor inicialmente depositado (obrigação de fazer);
- e) a desapropriação constitucional comum (art. 5º, XXIV) não foi submetida à regra particular de responsabilidade fiscal das desapropriações em face de política urbana (art. 16, § 4º, II, da Lei Complementar nº 101/2000), justamente porque uma indenização prévia e justa não teria o condão de comprometer orçamentos futuros.

### 3.1 A NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Ao reconhecer a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 922.144, que trata justamente da aplicação do regime constitucional dos precatórios às indenizações em face de desapropriação, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao tratar da relevância social do tema, expressou o seguinte excerto<sup>2</sup>:

12. Relevância social, porque a desapropriação constitui uma das mais drásticas intervenções estatais sobre a autonomia individual, que, embora compensada financeiramente, impacta sobremaneira a vida dos expropriados, afetando, não raro, o direito fundamental à moradia. Por outro espectro, a viabilização de desa-

---

2 Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308159558&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

propriações pelo Estado é de suma importância para o atingimento de interesses sociais coletivos, como a construção de escolas e hospitais. E a observância a uma ordem cronológica de pagamentos assegura a isonomia entre os credores judiciais do Estado e uma distribuição equânime, entre eles, dos ônus de eventual inadimplência estatal.

Assim, nos termos do voto acima referido, o regime dos precatórios visa a garantir a isonomia entre credores. O instituto, em verdade, é um dos vários componentes do rol de prerrogativas que o Poder Público tem para equilibrar e bem gerir sua atividade financeira, que estaria seriamente comprometida se não houvesse uma regra objetiva para pagamento aos credores da Fazenda Pública; disto não há dúvida, mas a questão assim colocada desvia a perspectiva do problema, ou seja: é justamente o princípio da isonomia que impõe a adoção de listas diferenciadas de credores.

Ora, se o próprio art. 100 da Constituição Federal, em seus §§ 1º a 3º, estabelece “listas” privilegiadas de credores fazendários – dívidas de natureza alimentícia e créditos definidos como de pequeno valor (“requisições de pequeno valor”) –, por que outra norma constitucional também não poderia fazê-lo?

A toda evidência, o inciso XXIV do art. 5º do texto constitucional contém regra peculiar a ser aplicada a determinados credores do Poder Público, quais sejam, todos aqueles que não de ser indenizados pela perda de sua propriedade. E aqui não cabe falar em quebra da isonomia, porque o referido princípio impõe justamente um tratamento diferenciado a quem está em situação diferenciada, na máxima aristotélica de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Da mesma forma que os titulares de créditos de natureza alimentícia e os titulares de valores legalmente estabelecidos como de pequeno valor, os particulares aliados de sua propriedade estão em situação diferenciada, sendo tais casos caracterizados por uma peculiaridade que impõe a adoção de critério diferenciador (caráter de urgência ou baixa relevância orçamentária) para fins de recebimento de forma privilegiado de seus créditos. Somente assim, tratando desigualmente quem está em situação desigual, pode-se materializar o princípio da isonomia.

Ademais, é forçoso destacar que a grande maioria das condenações impostas ao Poder Público se dá por ações de indenização ou repetição de indébito por ato de caráter genérico e/ou involuntário, oriundo de agente público sem relação “concreta” com o particular ofendido (responsabilidade extracontratual, indébito tributário, questões afetas ao regime jurídico de servidor público etc.), enquanto que as desapropriações são expedidas por atos de efeito concreto, cujo conteúdo é uma específica supressão patrimonial de terceiro, ainda que

em nome do interesse público. Evidente, portanto, que o tratamento jurídico do expropriado impõe um tratamento particular, incomunicável com a regra geral dos débitos públicos, pagos na via do precatório.

Apenas para ilustrar o absurdo da não adoção de um tratamento próprio ao particular expropriado, imagine-se a situação em que um determinado imóvel desapropriado é finalmente avaliado, em sede de decisão judicial, por quantia inserida nos limites estabelecidos para créditos de pequeno valor (art. 100, § 3º, da Constituição). Imagine-se agora um outro imóvel sendo desapropriado, vizinho ao primeiro e recentemente reformado, avaliado judicialmente em *quantum* um pouco acima daquele limite, o que faria atrair a regra geral do regime de precatórios (*caput* do mesmo art. 100 da Constituição).

O primeiro imóvel no exemplo citado seria pago em uma lista especial, privilegiada; o segundo por meio do regime geral dos precatórios. Nesse caso, a utilização do “valor de avaliação” como critério diferenciador das situações postas violaria frontalmente o princípio da isonomia, tendo em conta que os proprietários não estão em situação distinta por uma questão puramente técnica – o valor de seus patrimônios –, mas estão em situação rigorosamente idêntica em face de um preceito fático-jurídico – ambos estão sendo expropriados de seus imóveis e têm direito, segundo a Constituição, a uma indenização justa, prévia e em dinheiro.

Vale ressaltar que a adoção da regra constitucional do inciso XXIV do art. 5º (pagamento justo, prévio e em dinheiro, não submetido a uma lista geral) afasta inclusive a necessidade de se examinar se o imóvel foi ou não avaliado nos limites definidos como de pequeno valor, para os fins de enquadrá-lo ou não à ordem geral dos precatórios.

### **3.2 DESAPROPRIAÇÃO INTERPRETADA A PARTIR DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Ainda que se imaginasse a real existência de um “conflito” entre as normas constitucionais postas no inciso XXIV do art. 5º e no *caput* do art. 100, uma “saída interpretativa” se imporia a fim de determinar qual norma seria aplicada em cada caso concreto, o que demandaria um juízo de ponderação dos valores envolvidos.

Pois bem, eventual juízo de ponderação por certo não poderia dar ênfase aos interesses financeiros do Estado, mas guiar-se pela luz do princípio da dignidade humana.

A perspectiva de que o homem dentro da sua pluralidade<sup>3</sup> é singular no sentido de que deve ser o fim e não o meio conduz ao entendimento de que ele

---

3 A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto e igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se e aos seus ancestrais, ou de fazer

não pode ser utilizado como instrumento para projetos pessoais de outro, mas que o Estado é que deve servir à pessoa, e não contrário, reafirmando o primado da importância da dignidade como valor intrínseco a cada pessoa.

Apesar de a construção conceitual da dignidade da pessoa humana ter avançado consideravelmente desde o período romano até o início do século XX, os horrores da Segunda Guerra, onde a violação da dignidade da pessoa humana chegou ao grau da barbárie, fez surgir reações no plano internacional e nacional, seja pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, seja pela adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como o valor máximo a ser observado na atuação tanto do Estado como dos organismos internacionais.

A inclusão da dignidade da pessoa humana nos textos internacionais e nas constituições, a partir da Segunda Guerra Mundial, consolidou entendimentos a respeito do seu conteúdo, mesmo reconhecendo o multiculturalismo, a diversidade das muitas etnias e das sociedades, mas estendendo a sua abrangência ao respeito à integridade física, psíquica e corporal da pessoa, admitindo que há necessidades básicas, sem as quais estaria violada a dignidade da pessoa humana, dentre elas a garantia da indenização previa e justa nos casos de desapropriação.

Assim sendo, estando a desapropriação estatal garantida pela justa e prévia indenização em dinheiro inscrita no rol dos direitos fundamentais, evidente que será a partir dos condicionantes que preservam os direitos do particular que a aparente antinomia há de ser solucionada.

Dito de outro modo, no suscitado conflito aparente, a melhor interpretação será aquela que elevar o teor da garantia dos direitos fundamentais em detrimento de interesses puramente orçamentários. Ocorre que, na prática, uma desapropriação por valor injusto ou irrisório, discutida por anos em sede judicial e afinal remetida ao rito dos precatórios, transmuda-se em verdadeira expropriação no sentido que se aproxima de confisco.

A questão posta vai além de uma simples ponderação entre interesses ou adoção de regra especial em detrimento de regra geral. O tema aqui versado toca a essência da teoria dos direitos fundamentais.

---

planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não deferisse de todos os que existiram, existem ou vierem a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar-se imediatas e idênticas. Ser diferente não equivale a ser outro – ou seja, não equivale a possuir essa curiosa qualidade de “alteridade”, comum a tudo o que existe e que, para a filosofia medieval, é uma das quatro características básicas e universais que transcendem todas as qualidades particulares. A alteridade é, sem dúvida, aspecto importante da pluralidade; é a razão pela qual todas as nossas definições são distinções e o motivo pelo qual não podemos dizer o que é uma coisa sem distingui-la de outra... No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares. (Hannah Arendt, 2009, p. 188-190)

Por oportuno, vale lembrar uma interessante passagem do despacho que reconheceu a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 922.144<sup>4</sup>: “A desapropriação constitui uma das mais drásticas intervenções estatais sobre a autonomia individual, que, embora compensada financeiramente, impacta sobremaneira a vida dos expropriados, afetando, não raro, o direito fundamental à moradia”. Eis o ponto a se atentar.

A questão primordial repousa no fato de que nenhuma atuação estatal pode levar a um esvaziamento de um direito fundamental. Se uma intervenção estatal impacta determinado direito fundamental, deve haver um claro limite de atuação ou, alternativamente, a possibilidade de adoção de medidas efetivamente (e não teoricamente) compensatórias.

A intervenção do Estado nos direitos dos particulares é, em regra, escopo de atuação do poder de polícia<sup>5</sup>, de caráter notadamente ordenador, mas também ocorre, evidentemente, em casos de limitação e intervenção na propriedade, inclusive a desapropriação. Nesse sentido, guardadas as devidas diferenças, a teoria jurídica que orienta os limites da competência estatal ordenadora há de ser aplicada quanto aos limites da intervenção estatal na propriedade.

Nesse sentido, calha transcrever o pensamento de Gustavo Binbenjón sobre os limites da competência ordenadora estatal:

[...] Trata-se dos casos em que o exercício da competência ordenadora, efetiva ou potencialmente, reduza o direito fundamental aquém de um mínimo que o desfiguraria ou aniquilaria. Está-se aqui no campo da doutrina do *limite dos limites* (*Schranken – Schranken*), elaborada no direito alemão a partir do art. 19, II, da Lei Fundamental de Bonn, segundo o qual a lei, ao restringir um direito fundamental, não pode atingir o seu conteúdo essencial. (Binbenjón, 2016, p. 122)

Em sede de jurisprudência constitucional, o tema de vedação ao esvaziamento do conteúdo de um direito fundamental foi abordado no célebre caso Ellwanger (*Habeas Corpus* nº 82.424), particularmente no voto do Ministro Celso de Mello, conforme se observa da seguinte passagem<sup>6</sup>:

Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “*hit et nunc*”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deve ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no

4 Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308159558&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

5 Ao contrário de grande parte dos institutos do direito administrativo, consolidados no âmbito do Conselho de Estado francês, a primeira decisão judicial que se refere a “poder de polícia” ocorre na Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Lochner v. New York*, de 1905.

6 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais [...].

Em arremate, sobre ponderação de interesses contrapostos, Virgílio Afonso da Silva ensina que, “embora nenhum autor que defenda uma teoria relativa negue que, em determinadas circunstâncias, é possível que pouco ou nada reste de um direito fundamental, a dignidade humana impõe um desafio a esse método” (Silva, 2009, p. 200-201).

Ante os argumentos expendidos sobre a controvérsia aqui versada, não há maior dificuldade em se concluir que a preponderância do regime de precatórios em caso de sentença judicial que fixa o justo valor de imóvel desapropriado esvaziará por completo o conteúdo da garantia fundamental da justa e prévia indenização em dinheiro, como compensação da perda da propriedade do referido imóvel.

Aqui se mostra forçoso repetir que a melhor solução nem mesmo seria a ponderação, mas a consideração de que a indenização estatal para os casos de desapropriação, decidida em sede de sentença judicial, é regra especial a afastar o regime geral dos precatórios, posto que, do contrário, ao texto do art. 100 da Constituição faz mesmo “letra morta” o inciso XXIV do art. 5º.

A certeza embutida em tal afirmação é dada pela própria “evolução” idealizada pelo legislador constitucional ao instituto dos precatórios judiciais:

- i) Emenda Constitucional nº 20/1998: institui a primeira exceção à lista geral de precatórios ao permitir a definição das obrigações de pequeno valor;
- ii) Emenda Constitucional nº 30/2000: define débito de natureza alimentícia e torna efetiva a segunda exceção à lista geral de precatórios (por meio de uma regra de preferência);
- iii) Emenda Constitucional nº 37/2002: veda o fracionamento ou o pagamento parcial de precatórios;
- iv) Emenda Constitucional nº 62/2009 (“novo regime dos precatórios”): define preferência especial a idosos no âmbito dos débitos de natureza alimentícia (preferência da preferência ou “superpreferência”); institui sistema de compensação com débitos que o credor do precatório tenha com a Fazenda Pública devedora do precatório e credora daquele débito (afastado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425); altera a forma de atualização dos valores pendentes de pagamento para adotar o índice da caderneta de poupança (afastado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425); permite a cessão de créditos em precatórios a terceiros; institui um regime especial para pagamento dos precatórios de Estados, de Municípios e do Distrito Federal, vencidos até a data de publicação da Emenda, com pagamentos mensais de duodécimo de percentual de suas receitas líquidas ou parcelados em até 15 (quinze) anos, o que cria uma nova exceção à lista geral do *caput* do art. 100;

- v) Emenda Constitucional nº 94/2016: cria instrumentos para equalizar a dívida com precatórios dos entes estatais em relação às suas receitas correntes líquidas; permite o financiamento quando a dívida com precatórios chegar em determinado percentual da receita corrente líquida nos 5 (cinco) exercícios anteriores; estabelece “novo” regime de parcelamento para pagamento dos precatórios de Estados, de Municípios e do Distrito Federal; permite aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal utilizarem para pagamento de seus precatórios os depósitos de valores em contas vinculadas a processos judiciais e administrativos.

Como se observa com clareza, o regime jurídico dos precatórios vem sofrendo alteração por emendas constitucionais a demonstrar a deterioração da capacidade de solvência dos entes federativos, notadamente os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. De 2009 a 2016, o risco de liquidez é ainda mais patente: não bastasse a instituição de dois regimes de parcelamento (um deles prevê a possibilidade de pagamento em quinze anos!), a capacidade de solver os débitos piorou a ponto de o legislador constituinte lançar mão até mesmo de depósitos judiciais e administrativos em processos que tem o Poder Público como parte, sem que esteja acertada a titularidade desses depósitos nas respectivas ações judiciais a que se referem.

Em paralelo, os entes federativos continuam promovendo desapropriações com depósitos iniciais que não refletem o valor real da propriedade, postergando a discussão do valor justo para a sentença judicial definitiva, quando só então, pela sistemática atual, o crédito restante será inscrito para pagamento pela via do precatório, quando poderá contribuir com o “bolo de insolvência” daqueles entes e ter a chance de participar de algum atual ou futuro regime especial, ser parcelado a perder de vista ou servir para a apropriação de depósito judicial cuja titularidade ainda se discute<sup>7</sup>.

Dito de outro modo, quanto menor for o valor do depósito inicial feito pelo ente expropriante, menores são as chances de o expropriado conseguir receber o valor da diferença relativa à avaliação do imóvel.

### 3.3 A INTERPRETAÇÃO DA LEI CONFORME A CONSTITUIÇÃO, E NÃO O CONTRÁRIO

É da essência de qualquer sistema de controle de constitucionalidade, seja pela via difusa ou concentrado em Corte Constitucional, que todas as normas do ordenamento jurídico encontram seu último fundamento de validade

---

7 Adiante, no capítulo 4, como novo ingrediente do “bolo da insolvência”, será analisada rapidamente a estratégia processual de entes de direito privado que promovem desapropriação e reclamam a adoção do rito dos precatórios, que evidentemente irão para a conta do respectivo ente federativo. Infelizmente, alguns juízes e Tribunais têm chancelado tal absurdo, analisado o tema somente sob o ponto de visto do interesse do desapropriante, sem enxergar as implicações para as contas públicas do ente federativo e a absoluta injustiça a que fica submetido o desapropriado.

no texto da Constituição. É inconcebível, portanto, que o legislador infraconstitucional defina de forma inovadora ou mesmo faça alteração pontual em um regime jurídico previsto na Constituição, sem a expressa autorização desta para assim proceder.

É inconcebível, mas as alterações trazidas à Lei da Desapropriação – particularmente a inclusão dos arts. 15-A e 15-B – pela Medida Provisória nº 2.183-56/2001 causaram verdadeira transmutação no regime da desapropriação ao relacionar os pagamentos devidos às regras dos precatórios.

Ocorre que o art. 15-A da LD parece ter subdividido, ao arrepio da Constituição, a desapropriação comum (prevista no inciso XXIV do art. 5º da Lei Maior) em 2 (duas) espécies: uma desapropriação sem privilégio (quando não há imissão prévia na posse) e outra com privilégio especial para a Fazenda Pública (no caso de imissão prévia na posse).

Interessante é que a escolha pela “espécie” de desapropriação estaria ao inteiro arbítrio do Poder Público, haja vista que a decisão pela urgência na imissão pertence à discricionariedade à administração e neste caso levaria a um rito legal de desapropriação bem mais vantajoso ao Erário, que pagaria a indenização não na forma do inciso XXIV do art. 5º da Constituição, e sim na forma do art. 100 (por meio do precatório), tendo em conta ainda a previsão estampada no art. 15-B da mesma LD. Por oportuno, cabe transcrever o teor daqueles dispositivos:

Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

[...]

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

[...]

Art. 15-B. Nas ações a que se refere o art. 15-A, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

Como se observa, a redação do § 3º do art. 15-A tratou de “legalizar” o apossamento administrativo e a desapropriação indireta, que, mesmo sendo formas de esbulho à propriedade particular, passaram desde então a “contar com a proteção em desfavor do particular” a partir da aplicação do regime dos precatórios judiciais.

A toda evidência, o fato de haver imissão prévia na posse (e muito menos a desapropriação indireta) não deveria ser causa distintiva para, *de per si*, atrair o regime dos precatórios. Ademais, entender que a alteração na LD por medida provisória (espécie normativa que requer relevância e urgência na matéria) criou uma nova forma de desapropriação seria chancelar o absurdo de interpretar a Constituição conforme a lei, e não a lei conforme a Constituição.

Não custa ressaltar que as regras constitucionais sobre a desapropriação ordinária não fazem diferença quanto à hipótese de o Poder Público necessitar de uma prévia imissão na posse (e o interesse público devidamente motivado concede ao Poder Público a legitimidade para intervir na propriedade), cuidando tão somente de exigir uma indenização justa, prévia e em dinheiro.

Portanto, o legislador ordinário, a quem caberia tão somente estipular o procedimento judicial para a indenização prévia e o apossamento superveniente, ocupou-se, em verdade, de prever o apossamento prévio e a indenização superveniente.

### **3.4 A NATUREZA DA SENTENÇA JUDICIAL NOS CASOS DE IMISSÃO PRÉVIA**

Como visto antes, os arts. 15-A e 15-B, inseridos posteriormente no corpo da LD, instituíram um regime especial para os casos em que o Poder Público necessite de uma prévia imissão na posse do bem a ser desapropriado. Assim, é preciso tecer algumas considerações sobre a natureza do conteúdo da sentença judicial proferida nos casos em que há uma imissão prévia na posse e a fixação de um depósito complementar (situação que se apresenta como regra quase isenta de exceção).

A questão é um tanto tormentosa, porque, em um primeiro exame, a sentença parece ter por conteúdo uma condenação em dinheiro. Todavia, compulsando atentamente a LD, é possível verificar que o *caput* do art. 33 traz a seguinte regra: “O depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização”.

Assim sendo, não é absurdo concluir que, uma vez fixada a quantia indenizatória justa, o conteúdo da sentença judicial será uma obrigação de complementar o depósito inicial, tendo ambos os depósitos a mesma natureza indenizatória, sendo a complementação do valor da indenização uma hipótese

de depósito justo e prévio “diferido no tempo”, em face de um comportamento unilateral do ente público quando do procedimento da avaliação do imóvel.

Assim, a sentença não teria por objeto uma condenação em dinheiro propriamente, mas uma obrigação de fazer consistente em complementar o depósito inicial. Tal conclusão afasta tanto o regime de precatórios judiciais quanto a aplicação subsidiária dos arts. 534 e 535 e atrai o rito subsidiário dos arts. 536 e 537, todos do CPC de 2015.

Ora, faz todo sentido se considerar a possibilidade de um depósito prévio “diferido no tempo”, ainda que haja uma contradição nos termos; o que não parece fazer nenhum sentido é considerar um depósito de “X” e uma condenação para pagar “Y” com tratamento jurídico diverso, quando “X” e “Y” são partes inequívocas e teoricamente indissociáveis de uma mesma obrigação, a de se promover uma indenização justa, prévia e em dinheiro.

O rito previsto na LD para o caso de imissão na posse parece ter transmutado toda a responsabilidade da correta apuração dos valores de indenização da pessoa do gestor administrativo para o juiz competente para a ação de desapropriação. Ainda que o Magistrado tenha toda diligência e cuidado para autorizar a imissão na posse, ele não deixa de estar influenciado pelas urgências administrativas, como nos casos de abastecimento de água ou saneamento básico. A responsabilidade pelo depósito justo tem de estar sobre os ombros do administrador.

Não se pode negar que as situações de erro na avaliação dos imóveis ocorrem muitas das vezes pela completa defasagem dos parâmetros do art. 15 da LD, que ainda contempla como parâmetro, por exemplo, o valor cadastral para fins de cálculo do imposto predial e territorial urbano (IPTU) e não foi atualizada para incluir um parâmetro mais adequado, que seria o valor de mercado do bem, especialmente quando não se tem uma atualização de tal cadastro com habitualidade. De passagem, é bom dizer que as administrações municipais podem deixar o valor cadastral registrado para fins de IPTU bem defasado e calibrar a cobrança do imposto para que aumentem a arrecadação com a simples alteração das alíquotas aplicáveis.

Se a sentença judicial no caso de imissão provisória não tiver o conteúdo de mera complementação do depósito prévio, estar-se-ia diante de uma hipótese que faz “letra morta” do teor do inciso XXIV do art. 5º da Constituição, tendo em conta que a indenização seria justa e posterior ou injusta e prévia, mas nunca justa e prévia.

Assim, nas desapropriações resolvidas na via do processo judicial, será a sentença que, de fato, satisfará os requisitos constitucionais relativos à indenização (“justa, prévia e em dinheiro”).

O argumento aqui exposto é referendado pela jurisprudência ainda prevalente no STF, como se pode ver do teor do acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 191.078<sup>8</sup>, entendimento que vale até que o STF decida o tema em sede de repercussão geral, no já citado Recurso Extraordinário nº 922.144.

### 3.5 A INDENIZAÇÃO JUSTA E PRÉVIA E A RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei Complementar nº 101/2000, ou Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Dentre todas as suas normas, interessa especialmente ao estudo aqui desenvolvido o teor do art. 16, *caput* e § 4º, a seguir transcritos:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I – estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II – declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

[...]

§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I – empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II – desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.

Enquanto o *caput* do art. 16 da LRF versa sobre os requisitos para a criação ou expansão de despesa de natureza contínua, como a nomeação de servidores, por exemplo, o seu § 4º contém regra de extensão para as despesas com licitações e com a desapropriação de imóveis para atender os ditames da política urbanística municipal, prevista no § 3º do art. 182 da Constituição, que é paga com títulos da dívida pública com prazo de resgate de até 10 (dez) anos.

Não custa reprimir que o disposto no § 3º do art. 182 (“as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”) é uma premissa geral dentro de uma disciplina jurídica muito peculiar, a do

---

8 “Desapropriação. Depósito prévio. Imissão na posse. Precedentes da Corte. 1. Já assentou a Corte que o ‘depósito prévio não importa o pagamento definitivo e justo conforme o art. 5º, XXIV, da Lei Maior de 1988’, com o que não existe ‘incompatibilidade do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.075/1970 e do art. 15 e seus parágrafos, Decreto-Lei nº 3.365/1941, com os dispositivos constitucionais aludidos (incisos XXII, XXIII e XXIV do art. 5º e 182, § 3º, da Constituição)’ (RE 184.069/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 08.03.2002). [...] 2. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 191.078, 1ª T., Rel. Min. Menezes Direito, J. 15.04.2008, DJe-112 divulg. 19.06.2008, public. 20.06.2008, Ement. v. 02324-04, p. 00719, RTJ v. 00206-01, p. 00396, LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 220-226 – grifos nossos)

regime das desapropriações em face da política de reordenação urbana, versada na Lei nº 10.257/2001 (Estatuto das Cidades) e de competência do Poder Público municipal.

E por que a regra do § 4º do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal não se aplica à desapropriação constitucional comum (inciso XXIV do art. 5º), mas apenas às desapropriações para reordenação urbana? Ora, justamente porque o pagamento na desapropriação comum tem que ser justo e prévio, não havendo possibilidade de comprometimento de exercícios futuros.

#### **4 LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA QUE VIOLAM OS INTERESSES PÚBLICOS INERENTES À INDENIZAÇÃO JUSTA, PRÉVIA E EM DINHEIRO**

Para bem ilustrar os interesses públicos que orbitam em torno da indenização justa e prévia das desapropriações, tal como determinado no inciso XXIV do art. 5º da Constituição, cabe colacionar mais um excerto do despacho que reconheceu a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 922.144º:

[...] Deixar de ser proprietário de um imóvel significa, muitas vezes, perder todo ou quase todo o patrimônio acumulado ao longo de uma vida, colocando em risco, muitas vezes, a própria subsistência do particular. Por outro lado, o regime de precatórios é essencial para a organização financeira do Estado. Exceções a ele devem ser vistas com bastante cautela, haja vista o potencial efeito desestabilizador das contas públicas.

O trecho acima exposto bem demonstra as 2 (duas) faces do interesse público por trás da indenização justa, prévia e em dinheiro para as desapropriações: *a intervenção na propriedade em prol da sociedade, respeitando a dignidade do expropriado e a minimização dos custos ao Erário.*

Ocorre que o confuso regime jurídico instaurando pelas últimas alterações da Lei da Desapropriação – passando por cima até da disciplina constitucional –, aliado a uma interpretação judicial “confusa”, tem colocado em risco a segurança jurídica e violado o interesse público que margeia o regime de desapropriações (e o escopo de sua indenização).

Portanto, é válido analisar os riscos de violação sob 2 (duas) perspectivas, antagônicas aos interesses públicos pretendidos: *o desrespeito à dignidade do expropriado e a possibilidade de prejuízo ao Erário em montante superior ao que ordinariamente se esperaria.*

Os raciocínios doravante desenvolvidos partem de premissa inversa ao que até agora foi exposto: aceita-se o regime de precatórios para as indeniza-

9 Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308159558&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

ções de desapropriações e obtém-se um conjunto de violações aos interesses protegidos pela regra do inciso XXIV do art. 5º da Constituição.

Em primeiro lugar, é preciso dizer que as regras mais recentemente inseridas na Lei da Desapropriação (seus arts. 15-A e 15-B) causam indiscutível risco à dignidade de todos os desapropriados, mormente aqueles que foram contemplados com alguma regra de preferência do art. 100 da Constituição (seus §§ 1º a 3º).

Considerando válida – por hipótese – a adoção do precatório para pagamento de desapropriações, as normas da LD precisam urgentemente ser atualizadas para, pelo menos, contemplar as preferências constitucionais, quais sejam, as dívidas de natureza alimentícia e os créditos de pequeno valor.

Ocorre que os casos em que o Poder Público declara urgência e requer a prévia imissão na posse, conforme art. 15 da LD, não contemplam qualquer forma de preferência consonante com o princípio da dignidade humana; o cenário não foi alterado sequer quando a disciplina da imissão na posse foi complementada posteriormente com os arts. 15-A e 15-B.

A Constituição Federal excluiu a indenização com a desapropriação do rol de débitos de natureza alimentícia – o que apenas confirma que a regra do inciso XXIV do art. 5º afasta o regime dos precatórios; todavia, em atenção ao princípio da dignidade humana e das disposições constitucionais, é possível idealizar o seguinte rol de preferências a ser estabelecido na LD, hipóteses em que estaria afastada a via do precatório para o pagamento do valor complementar ao depósito para imissão na posse em caso de desapropriação:

- a) do único imóvel de titularidade do desapropriado<sup>10</sup>, situação que clama por uma aplicação analógica da preferência prevista no § 1º do art. 100 da Constituição, em face do risco inerente de comprometimento do direito fundamental à moradia;
- b) de imóvel, ainda que não seja o único, de titularidade daqueles que tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais, sejam portadores de doença grave ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, em atenção à preferência estipulada no § 2º do art. 100 da Constituição;
- c) de imóvel cuja avaliação esteja nos limites previsto no § 3º do art. 100 da Constituição.

A recomendação explanada acima não é de forma alguma retórica ou desnecessária, tendo em conta que o conjunto normativo formado pelos arts. 15, 15-A e 15-B da LD faz crer que os precatórios em face de desapropria-

---

10 Ressalte-se que a Lei nº 8.009/1990 não traz salvaguarda ao bem de família no caso de desapropriação pelo Poder Público.

ção (notadamente quando houver imissão prévia) estão apartados de qualquer regra de preferência, o que já confere àqueles artigos uma constitucionalidade duvidosa, por violar a dignidade humana e subverter a interpretação da Constituição aos ditames de uma norma infraconstitucional.

Por oportuno, ressalte-se que a confusão ocorre mesmo porque a Lei Maior não definiu a dívida em face da desapropriação como de natureza alimentícia para fins de preferência de pagamento. Tal escolha discricionária só tem explicação se a desapropriação for paga, em qualquer hipótese, de forma justa, prévia e em dinheiro, e nunca na via do precatório.

Como segundo risco de violação aos interesses públicos adjacentes à indenização prévia, justa e em dinheiro, apontou-se a possibilidade de lesão aos cofres públicos, em face de pagamento mais oneroso do que o ordinariamente esperado, situação que tem íntima relação com os casos de imissão prévia, normalmente seguidos de depósitos iniciais em valores inferiores àqueles que são finalmente decididos na sentença da ação de desapropriação.

Havendo um depósito prévio e em valor justo, aceito pelo expropriado em sua resposta à petição inicial da ação de desapropriação, ocorre o levantamento do *quantum* ofertado e nenhum risco de ulterior prejuízo ao erário. Essa, porém, não é a situação usualmente encontrada na prática forense.

O prejuízo ao Erário em montante inaceitavelmente superior ao que ordinariamente seria esperado repousa na conjunção de 2 (dois) fatores: um depósito inicial em valor que não traduz a avaliação de mercado e, portanto, não é aceito pelo expropriado como indenização, somado a uma onerosa sistemática de atualização daquele valor, que prevê a cumulação de juros compensatórios de 12% (doze por cento) ao ano e juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano.

Os juros compensatórios, previstos no art. 15-A da LD, são devidos desde a perda da posse em face da imissão do expropriante, sendo sua base de cálculo o valor fixado na sentença subtraído de 80% (oitenta por cento) do valor depositado como oferta pelo Poder Público. Apesar de o art. 15-A ter estipulado uma taxa de até 6% (seis por cento) ao ano, a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332 afastou a eficácia dessa regra, fazendo valer, a partir de 13 de setembro de 2001, a taxa de 12% (doze por cento) ao ano, em atenção ao Enunciado nº 618 da súmula do STF. Os juros compensatórios não são aplicados de forma composta.

Os juros moratórios, por sua vez, estão previstos no art. 15-B da LD e são devidos pelo atraso no pagamento da indenização, sendo sua base de cálculo o valor da indenização fixada na sentença, estipulados com taxa de 6% (seis por cento) ao ano e com termo inicial em 1º de janeiro do exercício seguinte ao que

o pagamento deveria ser feito, nos termos do sistema de pagamento dos precatórios (art. 100 da Constituição). Os juros moratórios incidem sobre os juros compensatórios, conforme Enunciado nº 102 da súmula do STJ.

Um cálculo muito simples deve ilustrar o prejuízo que o Estado tem em não cumprir a regra da indenização justa e prévia e insistir em adotar o sistema dos precatórios. Imagine-se um imóvel avaliado pelo ente público (conforme valor venal para fins de cobrança do IPTU) em R\$ 100.000,00 (cem mil reais); o valor de mercado do imóvel era indiscutivelmente determinado em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), conforme publicações especializadas daquele setor econômico, tanto que este *quantum* e não aquele foi o valor de indenização fixado na sentença final.

Em uma hipótese “otimista”, com sentença final emitida 3 (três) anos após a imissão na posse e precatório pago 4 (quatro) exercícios depois, o “sobrepço” adicional ao valor da diferença de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) chega a R\$ 152.483,17 (cento e cinquenta e dois mil, quatrocentos e oitenta e três reais e dezessete centavos), composto das seguintes parcelas:

- i) R\$ 200,00,00 (duzentos mil reais) relativos à diferença fixada em sentença;
- ii) R\$ 79.200,00 (setenta e nove mil e duzentos reais) a título de juros compensatórios;
- iii) R\$ 73.283,57 (setenta e três mil, duzentos e oitenta e três reais e cinquenta e sete centavos) a título de juros compensatórios;
- iv) Sobre preço de 152,48%.

Em um cenário menos “otimista”, com sentença final emitida 5 (cinco) anos após a imissão na posse e precatório pago 6 (seis) exercícios depois, o “sobrepço” adicional ao valor da diferença de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) chega a R\$ 270.948,35 (duzentos e setenta mil, novecentos e quarenta e oito reais e trinta e cinco centavos), composto das seguintes parcelas:

- i) R\$ 200,00,00 (duzentos mil reais) relativos à diferença fixada em sentença;
- ii) R\$ 132.000 (cento e trinta e dois mil reais) a título de juros compensatórios;
- iii) R\$ 138.948,35 (cento e trinta e oito mil, novecentos e quarenta e oito reais e trinta e cinco centavos) a título de juros compensatórios;
- iv) Sobre preço de 270,95%.

Não é difícil concluir que a conjunção de um depósito em valor menor para fins de imissão na posse (motivado pelos mais variados fatores), uma sentença que fixa a diferença da indenização anos depois, um pagamento na via do precatório (cujas efetivação se dá em prazo incerto) refletindo o acréscimo de juros moratórios e compensatórios levará a um inequívoco sobre preço a ser

pago pelo Poder Público, representando conduta que margeia não o campo da responsabilidade fiscal, e sim o da improbidade administrativa.

A toda evidência, tal “realidade matemática”, inerente ao dia a dia dos entes federativos, não atende em absoluto o interesse público fundante do regime de precatórios, qual seja, a estabilização das contas públicas. O que vem ocorrendo, de fato, é que os pagamentos de desapropriações vêm contribuindo para o “bolo de insolvência”, como demonstram as seguidas reformas constitucionais que tentam minimizar o caos na solvência dos pagamentos por precatórios.

Não bastasse todo o imbróglio que envolve as contas públicas brasileiras, recentemente a jurisprudência dos Tribunais Superiores trouxe um novo e exótico ingrediente ao bolo de insolvência dos precatórios, um entendimento – já bem consolidado – de que entes da Administração Indireta constituídos sob a forma de direito privado também podem se valer da prerrogativa de pagar seus débitos por meio do regime de precatórios.

Ainda que entes de direito privado pertencentes à Administração Indireta não componham a noção de Fazenda Pública, conceito doutrinariamente associado ao conjunto de entes constituídos sob a regra do direito público, repetidas decisões das Corte Superiores têm enquadrado empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços em regime de monopólio e não distribuam lucro em um conceito ampliado de Fazenda Pública.

Sobre o referido tema, calha apresentar os seguintes julgados oriundos do STF, sendo que o primeiro impede a adoção das prerrogativas da Fazenda Pública pelos entes de direito privado em regime de concorrência, e o segundo, aproveitando-se daquele entendimento, permite a extensão das prerrogativas públicas (e de forma expressa o regime dos precatórios) a todos os entes de direito privado que atuem com o monopólio de algum serviço público e não distribuam lucro:

Financeiro. Sociedade de economia mista. Pagamento de valores por força de decisão judicial. Inaplicabilidade do regime de precatório. Art. 100 da Constituição. Constitucional e processual civil. Matéria constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida. Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE 599628, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/o Ac. Min. Joaquim Barbosa, J. 25.05.2011, repercussão geral – mérito DJe-199 divulg. 14.10.2011, public. 17.10.2011, Ement. v. 02608-01, p. 00156, RTJ v. 00223-01, p. 00602)

Direito constitucional e administrativo. Companhia Estadual de Saneamento Básico. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público essencial. Execução pelo regime de precatórios. 1. Embora, em regra, as empresas estatais estejam submetidas ao regime das pessoas jurídicas de direito privado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “entidade que presta serviços públicos essenciais de saneamento básico, sem que tenha ficado demonstrado nos autos se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública que competiria com pessoas jurídicas privadas ou que teria por objetivo primordial acumular patrimônio e distribuir lucros. Nessa hipótese, aplica-se o regime de precatórios” (RE 592.004, Rel. Min. Joaquim Barbosa). 2. É aplicável às companhias estaduais de saneamento básico o regime de pagamento por precatório (art. 100 da Constituição), nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro. 3. Provimento do agravo regimental e do recurso extraordinário. (RE 627242-AgRg, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/o Ac. Min. Roberto Barroso, J. 02.05.2017, processo eletrônico DJe-110 divulg. 24.05.2017, public. 25.05.2017)

Com o máximo respeito possível, a aplicação do entendimento acima firmado para os entes administrativos de direito privado (ainda que atuando em monopólio e sem distribuição de lucro) é fruto de um evidente desvio de perspectiva (ou ausência de outras perspectivas), posto que considera apenas o interesse financeiro e secundário da pessoa jurídica, acarretando ao menos 2 (duas) consequências dramáticas<sup>11</sup>.

A primeira consequência refere-se às contas do ente federativo, que passará a absorver, sem previsão orçamentária, as dívidas da entidade de direito privado pertencente à sua Administração Indireta. Evidentemente, a pessoa jurídica de direito privado que ganha o beneplácito da jurisprudência não tem (ou não teria) um sistema de registro de precatórios e haverá de informar a decisão judicial para pagamento de precatório ao governo central, o que certamente incrementará o bolo de insolvência deste. Assim, por exemplo, se uma empresa pública de saneamento estadual desapropria um imóvel, deposita valor irrisório e é condenada judicialmente a pagar o restante, quem vai ter que arcar com o custo do precatório e dos juros acumulados será o governo estadual. Isso se os órgãos de representação jurídica dos entes envolvidos não começarem uma disputa interna pela responsabilidade do crédito.

A segunda consequência abate-se sobre a sorte da segurança jurídica do expropriado. Em caso de desapropriação de imóvel por ente de direito privado que goze do privilégio do precatório, a demora em receber o crédito será

---

11 É forçoso observar que este entendimento não pode sequer se originar do que ocorre com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), pois esta empresa pública de direito privado tem privilégios de fazenda pública por disposição legal, nos termos do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/1969. Tal privilégio foi apenas cancelado pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 220.907.

ainda maior que o usual, tendo em conta que haverá ou a necessidade de um ajuste interno nos registros e sistemas financeiros do ente de direito privado ou uma tormentosa disputa entre este e a Administração Direita a que é vinculado. Corre-se mesmo o risco de um incentivo a comportamento irresponsável dos gestores, pois quanto menor for o depósito feito pelo ente administrativo de direito privado em uma imissão para desapropriação, maior será a parcela de encargo que retira de sua responsabilidade e transfere ao governo central.

## CONCLUSÃO

Ainda que não se possa negar legitimidade ao Estado para intervir nas relações entre particulares a título de promover a ordem social, o princípio da supremacia do interesse público não pode ser considerado como um dogma inquestionável, devendo ser ponderado com outros valores, notadamente o princípio da dignidade humana.

As intervenções estatais devem preservar um conteúdo mínimo e essencial dos direitos fundamentais; assim, à medida que o Estado avança sobre a esfera de direitos do particular, mais instrumentos eficientes de compensação e/ou proteção devem estar disponíveis.

O rol de direitos constitucionais pode levar muitas vezes o intérprete a imaginar um conflito entre bens jurídicos protegidos. Todavia, o princípio da unidade da Constituição oferece soluções que fazem concluir que tais conflitos são puramente aparentes. A propriedade, por exemplo, pode perfeitamente ser protegida e ainda assim cumprir uma função social, basta que se exerça um juízo de ponderação em cada situação em que se apresente uma possível sobreposição de regras constitucionais.

O que ocorre com a indenização devida pelas desapropriações e a imposição dos pagamentos judiciais pelo rito dos precatórios, entretanto, exige uma outra técnica para que se obtenha uma uniformidade nas disposições constitucionais. Aqui se deve considerar que os requisitos para a desapropriação previstos no inciso XXIV do art. 5º da Constituição (indenização justa, prévia e em dinheiro) estão inseridos em uma regra especial que afasta a aplicação do art. 100 da mesma Lei Maior (pagamento de ações judiciais por meio do sistema de precatórios), sem tolher a efetividade desta última regra. A preocupação se impõe porque, na soberana maioria das desapropriações, o justo valor da indenização só é obtido por meio de sentença judicial.

Diversas razões de ordem jurídica apontam para o afastamento do regime dos precatórios para o pagamento das indenizações por desapropriação na via judicial: o ato de desapropriação estatal coloca o credor em situação especial, sem violar a isonomia com outros credores; a supressão da propriedade há de ser interpretada a partir do respeito à dignidade humana; os requisitos

constitucionais é que devem balizar a legislação ordinária, e não o contrário; apenas o completo pagamento do valor considerado justo realiza a garantia constitucional do desapropriado; por fim, a indenização prévia constitui-se em medida que auxilia a boa gestão das contas públicas.

Bem ao contrário, o entendimento de que a indenização do valor restante das desapropriações fixadas por sentença deve ser paga na via do precatório, além de fazer “letra morta” o inciso XXIV do art. 5º da Constituição na maioria das situações, tem o condão de produzir situações que violam com gravidade a dignidade do expropriado e aumentam as despesas estatais em patamar muito superior ao que ordinariamente se esperaria em face de uma desapropriação, tendo em conta a perigosa conjugação de uma dívida atualizada por juros compensatórios e moratórios e um cenário de incerteza quanto à solvência estatal, simbolizado por seguidas reformas constitucionais que visam a sanar o caos das contas públicas em geral, e dos pagamentos por precatórios em particular.

## REFERÊNCIAS

- ARENDE, Hanna. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 11, set./out./nov. 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm)>.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.