

## DAS IMISSÕES LIMINARES NA POSSE DOS BENS EXPROPRIADOS E SEU ASPECTO CONSTITUCIONAL

PAULO B. DE ARAUJO LIMA  
Procurador do Estado da Guanabara.  
Membro do Instituto dos Advogados  
Brasileiros

### INTRODUÇÃO

§ 1.º — *Desapropriação. Breves noções. Fundamento da desapropriação. Características essenciais do processo judicial.*

O Estado constituído se põe acima dos indivíduos. Ao limitar-se, criando os direitos subjetivos dos cidadãos, além dos quais não pode avançar, não se colocou ao mesmo nível que eles. Reservou-se, ao contrário, uma soma de poderes maiores, aos quais devem se sujeitar os indivíduos em nome e em benefício da própria coletividade a que pertencem.

Dentre esses poderes se encontra o de desapropriar. Vale dizer, transferir compulsoriamente para o seu patrimônio, ainda que contra a vontade de seus respectivos proprietários, quaisquer bens particulares a fim de destiná-los a um empreendimento público.

Explica-se doutrinariamente esse poder com a seguinte construção jurídica: diz-se que, ao lado de suas propriedades, sob seus três aspectos — (bens de uso comum, de uso especial e bens patrimoniais) — que coexistem com as propriedades privadas mediante certas relações de direito, o Estado tem ainda o domínio eminente sobre as coisas existentes no seu território. Quer dizer, uma capacidade ou um poder de, a todo tempo, adquirir indistintamente quaisquer propriedades particulares situadas nos limites do seu territó-

rio. Embora sem o domínio, tem, não obstante, o domínio eminente. A bem dizer, como a própria acepção gramatical está revelando, um poder que paira acima da propriedade particular. E, pode, dotado desse poder — corolário da soberania — fazer a transferência do bem para o seu patrimônio (1).

E tal se explica filosoficamente dizendo-se que o interesse coletivo predomina sobre o individual. Se o Estado gere o interesse público, e se esse está acima do particular, basta o Estado querer algum bem para aplicá-lo no que entende em benefício da coletividade para que o particular não possa opor a sua vontade à dele. Contra o interesse coletivo não há, em princípio, obstáculo individual. Desapropriar, pois, significa sacrificar a propriedade particular em benefício do público. Ou, querendo ser mais preciso, sacrificar o interesse individual em manter a propriedade corporificada em determinado bem, pois que a propriedade, abstratamente considerada, o valor econômico que ela representa, é, pelo menos na estrutura política atual, inviolável, e o Estado, retirando-a do patrimônio particular, *in concreto*, deverá repô-la no seu equivalente em dinheiro (2).

Ora, sendo um poder do Estado e explicando-se, como se explica, pela predominância do interesse coletivo sobre o particular, é claro

(1) Existem outras teorias tendentes a explicar doutrinariamente a desapropriação: a coletivista, a do pacto social, a da função social da propriedade, etc. (M. SEABRA FAGUNDES, *in Da desapropriação no Direito Brasileiro*, ed. 1946, pág. 7). Todas elas, porém, se estribam afinal no corolário básico de que o interesse público, em nome do qual é feita a desapropriação, prevalece sobre o individual. Daí porque ILDEFONSO MASCARENHAS DA SILVA, *Desapropriação por Necessidade ou Utilidade Pública*, citando VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, diz serem meramente acadêmicas e destituídas de fundo jurídico tais doutrinas, que, em rigor, procuram explicar o expropriamento num plano puramente filosófico. E, em realidade, quem fornece os limites da propriedade em face da desapropriação é a própria lei — Constituição Federal. E se hoje ela é protegida até certo ponto, o é pelos próprios ditames da lei básica e não pelo prevailecimento desta ou daquela doutrina. Quer dizer, tais cogitações doutrinárias justificam a desapropriação ao prisma ético. Mas, em função delas, não se arma nenhuma equação jurídica, pela qual se possa extrair a disciplina jurídica das desapropriações.

(2) Ou, como se expressa M. SEABRA FAGUNDES: "Se bem que desapropriação não implique em extinguir o direito de propriedade, levando apenas à substituição compulsória de seu objeto, em nome do interesse público, convertendo-a em dinheiro, constitui, através dessa modificação no objeto (que interessa ao proprietário sobretudo pela sua natureza peculiar), uma profunda interferência do Estado na órbita dos interesses privados. Por ela o indivíduo, sem sofrer uma espoliação patrimonial, sofre, no entanto, uma substancial transformação no sentido econômico do seu primitivo direito (ob. cit., M. SEABRA FAGUNDES, pág. 15).

que o desapropriar implica na existência de um direito altamente discricionário. Em outras palavras, resulta numa norma em branco, regulada apenas genêricamente em seu conteúdo, deixando intacto o poder em si, a faculdade de transferir para o seu patrimônio aquilo que era privado.

Com efeito, no direito brasileiro — assim como na maioria das legislações alienígenas — o poder de desapropriar só encontra duas restrições, cujo contrôle é feito pelo Judiciário: a existência de necessidade ou utilidade pública, isto é, que a desapropriação se efetive em nome de um serviço público, tal como lhe define a lei, e que seja previamente pago ao expropriado o justo valor do bem em dinheiro. A aquisição da coisa em si, a sua afetação a um empreendimento público, essa é inquestionável, constituindo o cerne do poder expropriatório (3).

Assim, se o poder público intenta uma ação de desapropriação, o particular só pode vir a lhe opor duas restrições: não ser caso de utilidade pública ou ter sido esta decretada irregularmente; não lhe ter sido oferecido o justo valor da coisa a ser expropriada (art. 20 da lei). Tudo o mais que objete não tem relevância (4).

(3) Duas condições essenciais impõe a Constituição para que se possa exercer o direito de expropriar: "que haja necessidade ou utilidade pública e que se indenize previamente o indivíduo do desfalque no seu patrimônio" (M. SEABRA FAGUNDES, ob. cit., pág. 19). No mesmo sentido manifestam-se ainda ILDEFONSO MASCARENHAS, ob. cit., pág. 69, e CELSO SPÍNOLA, in *Desapropriação por necessidade ou utilidade pública*, pág. 72.

(4) A inoocorrência de necessidade ou utilidade pública, isto é, quando a desapropriação é promovida com invocação de motivo não previsto na lei (art. 5.º do Dec.-lei n.º 3.365, de 1941, e leis complementares), conquanto seja tecnicamente uma questão prejudicial do próprio direito de desapropriar, não afeta o curso do processo, nem pode sequer ser alegada na demanda expropriatória. Para que possa ser examinada é preciso que seja veiculada por ação autônoma, denominada ação direta de anulação da desapropriação. É o que deflui do art. 9.º do Dec.-lei n.º 3.365, que impede ao Poder Judiciário discutir no processo expropriatório "se se verificam, ou não, casos de utilidade pública". A única questão discutível no processo é o montante da indenização, a bem dizer, o justo preço (art. 20). A ação direta é criação da doutrina, sendo aceita sob o fundamento de que não se pode subtrair à apreciação do Poder Judiciário qualquer relação de direito. E, se assim é, se não se podem discutir no processo expropriatório casos de utilidade pública e sendo essa uma relação de direito, sua discussão se fará necessariamente por demanda autônoma. É preciso ficar esclarecido porém que a discussão da utilidade pública não tem um alcance ilimitado. O que se pode argüir nessa ação é a adequação do motivo invocado com os dizeres da lei. Só isso. Trata-se de exame meramente formal do ato declaratório de utilidade pública. Já o plano oficial que justificou a desapropriação, em si mesmo, não pode ser levado a exame judiciário. Não se pode dizer, *v.g.*, que a praça pública ficaria melhor em outro local e não no escolhido ofi-

Ora, sendo como é a desapropriação um poder altamente discricionário, no qual a ingerência do interesse particular fica adstrito a pleitear reparações (o justo preço), o procedimento judicial tinha de ser, em princípio, muito simples e dotado de grande concentração processual, a fim de facilitar, com o mínimo de esforço, a consecução de seu escopo — o ingresso da coisa no conjunto de bens estatais, pelos quais o Estado provê ao interesse público (5).

Em alguns casos, porém, a ação expropriatória apresenta certas dificuldades, quer sob o aspecto doutrinário, quer no campo prático da própria execução da lei, dada a grande variedade de hipóteses que oferece e que nem sempre são colhidas pelo elemento gramatical dos textos. É quando pressupõe que, em casos de urgência, possa o poder expropriante, independentemente de satisfazer o pagamento integral da indenização, e, portanto, de ultimar o expropriamento, imitar-se na posse da coisa, para ir realizando, quanto antes, a obra de necessidade ou utilidade pública, para a qual se intentou a desapropriação.

cialmente e, assim, sendo, pedir a liberação de seu imóvel antes afetado, pela substituição de um plano por outro. Tal é o elemento de mérito do ato administrativo, em cujo conteúdo é vedado ao Judiciário penetrar. É o que ensinam M. SEABRA FAGUNDES, ob. cit., pág. 323, EURICO SODRÉ, ob. cit., e tem sido decidido tranqüilamente pela jurisprudência.

(5) Na verdade, o processo de desapropriação é de natureza especialíssima, no qual se simplificam, ao máximo, os atos processuais para abreviar, tanto quanto possível, sua finalização. Assim é que, o juiz, recebendo a petição inicial nomeia, de logo, seu perito, que é uno (art. 14); a citação é válida se feita na pessoa do marido, dispensando-se a da mulher; em caso de herança, não se conhecendo o inventariante ou os herdeiros, a citação pode ser feita validamente até na pessoa do mero detentor (art. 16); ainda a citação de um dos condôminos vale pelos demais. A instância não se interrompe. Em caso de falecimento, o curador à lide, que é de imediato nomeado, retoma o curso do processo, até a habilitação dos herdeiros (artigo 21); a ação poderá ser proposta durante as férias forenses e, por via de consequência, a sua superveniência não interrompe o processo (art. 39). A apelação do expropriado não suspende a execução, recebida que é apenas no efeito devolutivo (art. 28). Como se verá no curso da exposição, a teoria das nulidades processuais sofre um grande abrandamento na demanda expropriatória, de modo a não afetar os atos de disposição do bem expropriado pelo poder público. E, pelo que se pode depreender do art. 34 da lei — onde se manda fazer a prova da propriedade quando do recebimento do justo preço — a própria ação poderá ser proposta contra pessoa diversa do proprietário (talvez a maior nulidade) e nem essa circunstância invalida o processo nas suas consequências essenciais, obsta a execução ou frustra, de qualquer modo o ingresso do bem no conjunto de bens que constituem seu patrimônio e através dos quais se exerce a função pública. Se nesta oportunidade o contestante não exhibe título convincente ou, de qualquer modo, há dúvida sobre quem seja o proprietário, o dinheiro fica em depósito, valendo como pagamento, e o Estado transfere o bem para o seu domínio.

Vamos neste trabalho, porém, nos fixar apenas no aspecto constitucional das imissões de posse provisórias no bem expropriado.

§ 2.º — *Da imissão de posse provisória e o preceito constitucional da prévia indenização. Como se harmonizam. Extensão da garantia constitucional à propriedade. Elementos da propriedade. Garantia à propriedade em face da desapropriação não quer dizer garantia de todos os seus elementos.*

Reza o preceito constitucional que é garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (art. 141, § 16, da Constituição de 1946; art. 150, § 22, da Constituição de 1967).

Fazendo uso da expressão “prévia”, a Carta Política vigente parece impor que só depois de apurado o justo preço, por processo regular e feito o respectivo pagamento ao expropriado, é que pode o poder expropriante dispor do bem declarado de utilidade pública.

E a lei ordinária vigente, em complemento, dando forma e corpo ao comando magno, dispôs que só depois de “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 imobiliário” (art. 29).

Essas normas são antigas na legislação brasileira sobre desapropriação. No entanto, paralelamente a elas, sempre existiu igualmente, no direito pátrio, a possibilidade de o poder expropriante imitar-se na posse prévia e provisória dos bens antes de apurado o justo preço e feito o respectivo pagamento, sem que as Constituições, quer as anteriores, quer a atual, façam qualquer referência específica a isso (6).

Dessa forma, por uma questão de ordem de grandeza, o primeiro problema que enfrenta quem vai examinar o tema, é o da constitucionalidade da imissão provisória, e, portanto, do conceito

(6) Vejam-se, a propósito, os textos das Constituições de 1891, de 1934, 1937, 1946 e 1967, onde se diz dever ser prévia a indenização. E, ao lado delas, o antigo Decreto n.º 4.956, de 1903, e o Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, onde se permite a imissão de posse sem o integral pagamento do preço, cuja apuração fica para uma etapa posterior. O Decreto antigo no seu art. 41 e o Decreto-lei vigente no art. 15.

de urgência. Desde que a Magna Carta exige, em garantia da propriedade, que a indenização seja prévia, como poderia haver imissão de posse, a bem dizer, a tomada da coisa do proprietário, com alegação de urgência, sem que antes se tenha satisfeito o pagamento justo? Há — como se percebe, aliás, de longa data — uma aparente contradição entre os dois textos de lei. A expressão *previada* da indenização, de que fala a Carta Magna, contradiz a posse liminar e provisória no bem expropriado (7).

Esse problema, qual seja o da harmonização jurídica entre um e outro institutos — o constitucional se sobrepondo ao ordinário — não tem, em rigor, impressionado muito, pelo menos aos autores pátrios, que, talvez devido à tranqüilidade de sua vigência e a sua aceitação em quase tôdas as legislações alienígenas, dêles não têm se ocupado com mais atenção (8).

Para vencer as contradições, tem-se procurado irmanar a imissão de posse prévia às requisições em caso de perigo iminente. Alegam que, em caso de guerra ou grave comoção intestina, a Constituição permite a tomada da coisa mediante indenização posterior e nem seria plausível que o respeito refinado à propriedade individual possa pôr em risco a segurança de todos. Toma-se assim o uso da coisa com obrigação de indenizar posteriormente. Em desa-

(7) É verdade que a Constituição de 1946, acrescentando à expressão “prévia indenização” usada nas Cartas anteriores, as palavras “justa e em dinheiro”, ampliou, a partir de então, consideravelmente, as bases do conflito entre os textos de lei. De fato, não se referindo as Constituições anteriores a 1946 à palavra “justa”; impondo, por outro lado, as leis ordinárias um máximo legal ao valor das indenizações e as imissões de posse se fazendo mediante o depósito do máximo da indenização, era sempre possível, então, dizer-se que a retirada da coisa da disposição do seu titular se fazia com prévia indenização, pois que o máximo que ele poderia receber era, de logo, depositado. Muito embora M. SEABRA FAGUNDES (*Rev. For.*, vol. CXX, págs. 7/15) já dissesse, em 1948, que mesmo anteriormente à Constituição de 1946, e, portanto, do acréscimo da palavra “justa”, já se discutia a validade do máximo legal, o fato é que, a partir de então, é que o conflito se tornou sobremaneira manifesto.

(8) SOLIDÔNIO LEITE, in *Desapropriação por Utilidade Pública*, ed. 1928, refere que, por ocasião da entrada em vigor do Decreto n.º 4.596 de 1903, o Conselheiro Ferreira Viana profligou duramente o instituto da imissão de posse provisória em publicações no *Jornal do Comércio*, dizendo-o inconstitucional, uma vez que a Carta Política vigente (1891) dispunha ser prévia a indenização. Mas, pelo que se verifica da referência, armou-se naquela época, apenas, o conflito, sem procurar dar-lhe solução jurídica. E a imissão de posse provisória, apesar de taxada, por alguns, de inconstitucional, acabou por prevalecer na legislação, entre outros motivos porque era igualmente aceita na legislação estrangeira. O próprio autor, ao que parece, defendendo a prevalência do instituto na lei, citou então DRAFFUS e SABATTINI (ob. cit., pág. 189 e seguintes).

propriação urgente, pelo seu caráter excepcional, sucederia a mesma coisa. Toma-se a posse para indenizar posteriormente, pois não se poderia supor que o acatamento rigoroso à propriedade particular chegue ao ponto de frustrar a consecução de providências tomadas em benefício da coletividade. Até porque — acrescentam — num e noutro institutos a posse assim tomada é meramente provisória, não representando atentado à propriedade. Assim argumentam M. SEABRA FAGUNDES, EURICO SODRÉ, CELSO SPÍNOLA e SOLIDÔNIO LEITE (9).

Mas, bem examinadas as coisas, tais considerações são juridicamente insatisfatórias, não se podendo, evidentemente, equiparar conceitos diferentes para dizer aplicáveis a um as regras atinentes a outro. Em primeiro lugar, a natureza do uso e gozo subtraído ao proprietário são completamente distintos num e noutro instituto. Na requisição, à exceção das coisas fungíveis, toma-se o uso para devolver a própria coisa mais tarde com indenização. No expropriação com urgência, a posse não significa mera utilização tempo-

(9) Diz SEABRA FAGUNDES: "A integral disponibilidade do bem pelo poder público só tem lugar, em regra, após o pagamento da indenização (ou a consignação nos casos permitidos), quando se dá a transferência do domínio e a transcrição do seu título no registro imobiliário. É o que decorre do dispositivo constitucional que condiciona o expropriante à prévia indenização. Sem meios de permitir a imediata expropriação do bem, dada essa necessidade de prévio pagamento do preço, o legislador permitiu a posse provisória, que se tornará efetiva, depois de fixado, pela sentença final, o valor indenizável e pago ao expropriado. É assim, por exceção, que, não obstante a impossibilidade da transferência do domínio antes de pronunciada a sentença de fixação do preço e pago este, se admite a imissão da administração no imóvel" (*ob. cit.*, pág. 19). E, noutra parte, tratando das requisições: "Fora do uso assim excepcionalmente autorizado para situações de anormalidade na vida do país, o que se permite, nos casos de urgência da utilização total da coisa pelo poder público, é a posse provisória, mediante depósito também provisório do valor arbitrado sumariamente para tal emergência, prosseguindo-se em juízo para acertamento total da situação" (pág. 25). Da mesma forma se expressa EURICO SODRÉ, *in Desapropriação*, ed. 1945: "Os motivos da desapropriação graduam-se em sua premência e intensidade. Situações há em que qualquer demora torna inútil a providência. Exemplo típico é o figurado exemplificativamente no art. 591 do Cód. Civil — o perigo iminente como guerra ou comoção intestina. Outra hipótese: calamidade pública. Nesses casos cessam certas formalidades e as autoridades competentes usarão da propriedade particular até onde o exija o bem público. Requistam-se, apossam-se e o proprietário será posteriormente indenizado. Isto, entretanto, não é desapropriação, mas outro instituto de direito administrativo em que, como naquela, também se verifica a perda da propriedade. A utilidade pública que leva à desapropriação pode rodear-se de circunstâncias em que a presteza é condição da maior eficácia do seu atendimento. Declarará então, o poder público a urgência da desapropriação" (pág. 181). Ainda no mesmo sentido CELSO SPÍNOLA, *in Desapropriação por Necessidade ou Utilidade Pública*, pág. 19.

rária para acorrer a uma situação de emergência e não há a intenção de devolver a coisa. Imitido na posse em virtude de urgência, o poder público logo se apresta a construir a estrada ou a usina, e o bem, assim afetado ao domínio público, jamais retorna ao patrimônio do particular que, destituído do uso e gozo da coisa para sempre, vê a sua propriedade reduzida ao fato de poder haver-lhe o equivalente em dinheiro (10) (11).

Diferem ainda os institutos com relação às causas e circunstâncias que os determinam. As requisições são cabíveis em caso de grave comoção ou guerra. As desapropriações nos casos de urgência, isto é, nas hipóteses em que as providências públicas não podem sofrer delongas sob pena de inocuidade. E se se pode dizer que, em caso de perigo iminente, há sempre urgência, essa ocorre também quando não subsiste essa ambiência. Pode haver, *v. g.*, grande urgência em abrir-se a estrada ou construir a barragem, etc., e, no entanto, não se pode dizer que estar-se-ia vivendo numa atmosfera de perigo iminente, de calamidade pública, etc.. Mas, ainda nesses casos, o poder público alega, legitimamente, a urgência e toma da

(10) Aliás, a diversidade dos institutos é tão flagrante que não passa sem referência expressa de SEABRA FAGUNDES: "Embora nessa restrição (requisições) não haja exceção ao princípio da inexplorabilidade sem indenização prévia, pois o uso supõe restituição, é de se observar que, em certas circunstâncias, o uso acarreta consumo (gêneros alimentícios, combustíveis etc.) e usar equivale a apropriar-se" (*Rev. For.*, vol. CXX, pág. 11).

(11) Alguns juizes de Fazenda no Estado da Guanabara, tendo em vista essas circunstâncias e que, assim sendo, a imissão de posse liminar, pôsto que denominada provisória, implicava virtualmente na própria consumação do ato expropriatório, ficando a propriedade reduzida a mera expectativa de formação de crédito de seu valor, têm negado sistematicamente a imissão de posse pelo coeficiente fiscal, para mandar fazer vistoria prévia de arbitramento de seu valor, subordinando a concessão da medida ao depósito do valor encontrado. Têm alegado que, se a indenização há de ser prévia e se a imissão de posse provisória, pelas características que envolve, vale, praticamente, como perda de domínio, essa só poderia ser feita com o depósito do valor da coisa. É evidente, porém, que se o multiplicador fiscal não fixa o justo valor da coisa, também não o alcança a vistoria prévia de que fala a lei, processada que é, sumariamente, de acordo com o art. 685 da lei processual. E as decisões, pôsto que inspiradas em altos desígnios de justiça, carecem de fundamento jurídico, porque a se entender assim, então, a consequência lógica seria indeferir a própria imissão de posse liminar, para só permitir a tomada do bem após apurado o justo preço e feito o seu pagamento integral. Aliás, como já nos referimos, a argumentação, de si, não é nova. O conselheiro FERREIRA VIANA já dizia em 1903 comentando o dispositivo do Decreto n.º 4.956 relativo à imissão provisória: "Quem é o juiz da urgência? O Governo. De sorte que o expropriante, por decisão exclusivamente sua, e antes de verificada regularmente a importância da indenização, arranca a propriedade de seu dono e livremente dispõe sobre o alheio" (SOLIDÔNIO LEITE, *ob. cit.*, pág. 189 e seguintes).

coisa para empreender a obra, deixando a fixação e pagamento do justo preço para uma etapa posterior. E a reposição, nessas hipóteses, evidentemente passa a não ser prévia. Um conceito, irretorquivelmente, tem maior amplitude que o outro (12).

Subsiste, pois, um conflito inarredável — antecipamos, aparente — entre a imissão de posse provisória e o requisito da indenização prévia. Se o pagamento da indenização justa é antecedente da tomada da coisa, segundo estipulação da Magna Carta, então não haveria que acalantar, à sua sombra, conceitos de urgência, alegação de predomínio do coletivo sobre o particular, para justificar a infringência às suas regras. E, então, não haveria urgência de providência pública, à exceção das hipóteses de comção intestina grave ou guerra, cuja presteza pudesse superar a garantia com a apreensão do bem em antecipação ao seu pagamento (13).

Pensamos, todavia, que a harmonização jurídica entre um e outro textos normativos — que, de resto, têm coexistido tranqüilamente durante muitos anos nas legislações brasileiras — se pode

(12) A analogia que se vem fazendo através dos tempos entre a imissão liminar na posse do bem expropriado e o processo das requisições refletiu-se, de resto, na legislação brasileira. Até o Decreto-lei n.º 3.365, de 1941, um e outro institutos sempre foram tratados, lado a lado, nas leis específicas sobre desapropriação. Vê-se, por exemplo, que no Decreto n.º 4.956, de 1903, as requisições são versadas no seu art. 40, e a imissão de posse mediante declaração de urgência no art. 41, fazendo este remissão àquele. A separação de um e outro conceitos só se veio operar com a promulgação do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941, conforme se verifica da exposição de motivos que acompanhou o projeto (CARLOS MEDEIROS SILVA).

(13) Esse conflito entre os textos de lei, a que nos referimos, já mencionado, aliás, por SOLLÓNIO LESTE, conforme citação que aqui fizemos, encontrou sua expressão no mandado de segurança n.º 224, julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, hoje do Estado da Guanabara, em 1948, sendo relator designado o Des. SÁ E BENEVIDES, conforme publicação da *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 19, págs. 88/90. Ali, sob a ementa — “Não é admissível, em face dos preceitos constitucionais, a execução antecipada da desapropriação, sem previamente embolsar-se o proprietário do justo valor do imóvel desapropriado” — O Tribunal decidiu explicitamente que, após o advento da Constituição de 1946, não haveria mais urgência nem a consequente imissão de posse liminar. Em face da nova Carta Política, a tomada antecipada da coisa só se poderia dar nos casos restritos de comção intestina grave ou guerra, na forma de suas expressas disposições. Como se pode verificar, o eminente relator não deixa de lembrar que mesmo antes da Constituição do Estado Novo, a Carta de 1891 e a Imperial possibilitavam a imissão liminar na posse dos bens expropriados. Mas, a seu ver, tal teria sido concessão do regime à lei e que a nova era inaugurada em 1946 teria abolido para sempre. O acórdão, porém, ficou isolado, não encontrando ressonância. E muitos outros julgados posteriores deram pela constitucionalidade das imissões de posse liminares, sem, no entanto, armar um esquema jurídico que pudesse harmonizar as letras dos textos legais.

fazer, ou pelo menos tentar, mediante a decomposição do direito de propriedade e com a verificação posterior de que a garantia constitucional dada à propriedade, em face da desapropriação, não se estende a todos os seus elementos, mas apenas àquele que é mais essencial, como veremos a seguir.

Realmente, o direito de propriedade figura na ordem jurídica como o mais completo dos direitos, justificando mesmo a afirmação de que todos os demais direitos, pelo menos os de natureza patrimonial, nada mais são do que fracionamentos ou subdivisões da propriedade (direitos reais) ou têm existência em função da existência dela (direitos pessoais).

Constituiu-se, na sua melhor representação, num poder absoluto — hoje em dia com algumas restrições — da pessoa sobre uma determinada coisa. E os autores dão idéia da enorme congêrie de situações da pessoa em relação à coisa que esses poderes envolvem, dizendo que a propriedade compreende irrestritos direitos ou faculdades de usar, gozar e dispor da coisa (14).

E, sendo representativo de um poder, ainda hoje quase absoluto, sobre determinada coisa, o direito de propriedade se compõe, na verdade, de um sem-número de formas peculiares de usar, gozar e dispor, figurando entre elas — talvez a mais importante — a faculdade de substituir a coisa por outra disponível, de seu agrado e conveniência.

Pois bem! quando a Constituição diz que, em garantia da propriedade, a desapropriação só se fará mediante o prévio pagamento da justa indenização, não está, em rigor, emprestando à propriedade uma proteção global, isto é, abrangendo todos os seus elementos constitutivos — uso, gozo e disposição — antes de saldado o seu preço. Em que pese a redação do seu texto, o que ela afiança precisamente é que, frente ao expropriamento, só se garante na propriedade — e essa é inviolável — aquela componente que consiste na faculdade de poder substituí-la por outra equivalente que seja do agrado e conveniência do titular. A bem dizer, repor o seu valor em dinheiro. Só essa faceta da propriedade é garantida e inviolável antes de consumir-se o ato expropriatório. E todo o conjunto de atos do poder público tem por objetivo alcançar o justo preço e saldá-lo. Nisto e justamente nisto é que reside o significado da ad-

(14) LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas*.

jetivação “prévia” de que se utiliza a Constituição. Aquelas outras componentes da propriedade, como usar, gozar e outras formas subalternas de dispor, pôsto que respeitadas em determinados casos, não são invioláveis perante a contingência da desapropriação. E havendo necessidade se lhe retiram do titular antes de consumado o ato. Eis porque, muito embora a indenização deva ser prévia e justa por imposição do mandamento constitucional, nem por isso conflita com o princípio magno o ser possível ao poder expropriante tomar o uso e gozo da coisa antes de pagar-lhe o justo preço.

É que, de posse, ou não, o poder público, da coisa expropriada, subsiste sempre ao expropriado a faculdade de substituí-la por outra equivalente, através da negociação do seu valor em dinheiro — a certo ângulo, negociação da própria coisa — cujo recebimento é certo e indisputável. E dessa forma, aquilo que, em rigor, se garante na propriedade contra a desapropriação está sempre a coberto da atividade expropriatória, quer impulsionada por critérios de urgência, quer não.

Essa afirmação direta — pôsto que já esboçada implicitamente alhures (15) — poderá parecer um tanto audaciosa, em face da concepção privatística com que ainda hoje se procura colocar a propriedade em face do direito público.

Mas um exame mais atento dos demais postulados inerentes às desapropriações mostra, de pronto, que jamais se garantiram ou se disseram invioláveis, até a ultimização da atividade expropriatória, os direitos específicos de usar e gozar que tem o titular. Sua propriedade, frente à contingência da desapropriação, não recebe, como na esfera privada — isto é, frente ao outro cidadão — proteção global, mas tão somente um resguardo restrito àquele elemento consistente na possibilidade de trocá-la por outra de sua conveniência e agrado, que seja disponível.

Com efeito, é regra de direito expropriatório que a posse do poder público, com a afetação da coisa à consecução da obra pú-

(15) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, nessa passagem sugere a mesma idéia, ao expressar: “Ao conteúdo da propriedade pertencem quaisquer direitos e pretensões à indenização, com que se obvia aos inconvenientes da intromissão permitida na esfera jurídica do titular do direito de propriedade, e. g., em caso de requisições militares ou demolição devido a novo alinhamento de ruas, etc.” (ob. cit., pág. 20). E M. SEABRA FAGUNDES, ao salientar que a desapropriação é antes de tudo uma reposição de valor, e, assim sendo, não extingue a propriedade, mas altera o seu conteúdo econômico, substituindo-a por dinheiro, embora sem enunciá-lo, tem forte sentimento do problema (ob. cit., pág. 15).

blica, não pode ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade absoluta do processo de desapropriação. Qualquer ação julgada procedente resolver-se-á em perdas e danos (art. 35 da lei).

Através dêsse dispositivo deu entrada no direito pátrio a desapropriação indireta ou apossamento administrativo, oriundo do direito francês. E, com arrimo no seu texto, se tem entendido, quer na doutrina, quer na jurisprudência (16), que, se o poder público se apossa *manu militari* de coisa particular e ali ergue uma obra pública qualquer, ao particular lesado no seu direito de propriedade não assiste ação real — *ius in re* — para haver o bem, isto é, haver-lhe o uso e gozo. O que se lhe permite é pleitear indenização do seu valor (17).

E explica-se a regra com a seguinte construção: se o desapropriar, com a entrega da coisa ao domínio público é, em si mesmo,

(16) M. SEABRA FAGUNDES parece emprestar um sentido estrito ao texto do art. 35 da lei expropriatória. De fato, para o autor, o inciso citado só impediria a volta do bem ao domínio particular, por nulidade do processo, o que importa em pressupor a existência de um processo, ainda que nulo. E, por via de consequência, seria sempre possível ao particular lesado a utilização da ação possessória ou reivindicatória quando o apossamento fôsse meramente de fato, em que pese a obra estivesse concluída ou em vias de conclusão. E, muito embora sempre se possa dizer que processo nulo vale a mesma coisa para o direito do que processo formalmente inexistente, em realidade, êsse seria o entendimento mais consentâneo com a letra da lei. É conhecida a opinião do autor no sentido de que não existe desapropriação indireta no direito brasileiro. Já EURICO SODRÉ, ob. cit., págs. 108/9, entende que o inciso ampara, nas suas disposições, a desapropriação indireta. Da mesma forma se expressa JOSÉ AVILA DINIZ JUNQUEIRA, in *Rev. dos Trib.*, vol. 149, págs. 3 e seguintes. Ainda alguns acórdãos se referem expressamente ao art. 35 para justificar a transformação da ação reivindicatória em indenização, tais como o proferido na ap. civ. 1.241, julgada pelo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo em 1952, *Rev. dos Trib.*, vol. 201, pág. 415.

(17) É abundante o número de acórdãos sobre desapropriação indireta encontrados nas revistas jurídicas e publicações especializadas, podendo citar-se entre outros os seguintes: *Rev. dos Trib.*, vols. 175/632; 178/156; 190/935; 236/209; 241/695 e 246/381; *Rev. Dir. Adm.*, vol. 67/248; *Rev. For.*, vols. 189/213; 199/184 e 196/190. E, de resto, não se conhece decisão mandando devolver ao domínio particular a obra pública executada, sem o prévio processo de desapropriação. A única exceção encontrada está expressa no Rec. Ext. n.º 23.516 do S.T.F., sendo o rel. o Min. NÉLSON HUNGRIA, publicado na *Rev. Dir. Adm.*, vol. 59, págs. 290/. Ali, sob a ementa “Direito de Propriedade. Obra Pública. Abuso de Direito”, o Supremo Tribunal, aliás, confirmando sentença do Tribunal local (S. Paulo), julgou de direito que se devolvesse o bem atingido pela obra pública ao seu proprietário. Mas, mesmo ali, pelo que se observa do texto do julgado, a obra pública mandada desfazer, dando-se procedência, aliás, a ação de nunciação de obra nova e não reivindicatória ou possessória, era de expressão insignificante, consistindo no levantamento, em parte do terreno do litigante, de um muro de arrimo que servia como obra complementar da canalização de um rio.

inquestionável; e se, por outro lado, o bem já está efetivamente afetado ao patrimônio da Fazenda, com a obra concluída ou em execução, de nada valeria a sua devolução ao particular para que, em seguida, feito regularmente o processo expropriatório, se fôsse reintegrá-la outra vez ao domínio público, tudo em perda do andamento da obra ou do funcionamento do serviço e, portanto, em última análise, da gestão pública. Se, no fundo, a parte só terá direito a reparações pelo justo preço do bem, pague-se-lhe logo êste, transformando a ação, que visa a restituição da própria coisa, em indenização (18).

Bem ponderadas as coisas, porém, essas considerações, pôsto que altamente procedentes do ponto de vista ético e prático, seriam insatisfatórias ao prisma estritamente jurídico, se se fôsse entender que a Constituição emprestou uma proteção global à propriedade até o final pagamento do justo preço.

Se a Constituição, ao se utilizar da expressão “prévia”, estivesse, em realidade, emprestando uma proteção integral à propriedade, isto é, abrangendo todos os seus elementos até o efetivo pagamento, então, em que pesem os prejuízos que pudessem ocorrer, a própria coisa deveria ser devolvida ao cidadão, com o direito consequente de demolir o que já esteja feito, restabelecendo a feição antiga de sua propriedade, até que, pago do seu justo valor, devesse restituí-la ao poder público.

Mas ela não é devolvida porque a posse, isto é, o uso e o gozo, não são protegidos ou invioláveis frente à desapropriação; apenas respeitados em determinados casos. E, diante da obra feita ou em meio à execução, não há como considerá-la em detrimento do interesse público. Dá-se o fato como consumado e todo o procedimento se orienta no sentido de cumprir o pagamento de seu justo preço.

E mais. Quer em desapropriação indireta, quer em desapropriação comum, com imissão de posse concedida regularmente pelo Juiz, não se compõem no justo preço parcelas relativas a lucros cessantes, isto é, aquilo que o indivíduo teria auferido normalmente se a posse só lhe fôsse subtraída após o pagamento de seu justo valor (19).

(18) Essa a justificação encontrada em G. BAUDRY, *apud* JOSÉ DINIZ GONÇALVES, e reproduzida, em linhas gerais, nos julgados sobre desapropriação indireta.

(19) Um ou outro julgados atribuem ao proprietário — aliás sem base legal — lucros cessantes até o efetivo pagamento da coisa, como o proferido

Nessas hipóteses, numa formação puramente jurisprudencial, à margem do texto legal, atribuem-se, em regra, os juros da lei ao proprietário a partir do dia em que foi dela destituído, e a título de compensação pelo restante do preço (ou pela totalidade, em caso de desapropriação indireta), que lhe ficou devendo o poder expropriante (20).

Aliás, o próprio texto da lei, ao dispor que poderá ser arbitrada quantia módica para desmonte e transporte de maquinismos instalados e em funcionamento (§ único do art. 25), obstou a qualquer cogitação indenizatória que dissesse respeito à perda do uso e gozo da coisa. Realmente, se se permitissem amplas indenizações a êsse título, não só não se teria previsto a concessão da verba como uma mera faculdade, como então nenhum sentido teria a enunciação dessa regra, pois a despesa respectiva já estaria capitulada na indenização geral a ser prestada. Autorizando, pois, pequena verba a êsse fim, o que dispôs foi que só isso é concedido.

ma ap. civ. n.º 1.988 do Tribunal Federal de Recursos, na *Rev. Dir. Adm.*, vol. 37, muito embora ali se tenha misturado a situação jurídica do proprietário com a do inquilino titular de fundo de comércio e, em rigor, mandou-se indenizar o inquilino na própria ação de desapropriação. Não o proprietário pelos alugueres que deixou de receber em virtude da perda da posse por antecipação. De parte, porém, um ou outro acórdãos isolados, a jurisprudência já se orientou no sentido de que não cabem lucros cessantes pela desapropriação. Assim já havia decidido o Supremo Tribunal Federal em 1910, conforme se vê de citação in *Repertório de Jurisprudência do Cód. Civil*, comentários ao art. 591, pág. 485. E veio mais tarde, já sob o império do Decreto-lei n.º 3.365, decidir da mesma forma, conforme se vê do rec. extr. n.º 35.977, publicado na *Rev. Trim. de Jur.*, vol. n.º 5/238, e do rec. extr. n.º 17.421, publicado na *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 31/268. Neste último aresto, da lavra do eminente Min. OROSIMBO NONATO, foi expressamente repelida verba pleiteada pela paralisação do negócio em virtude de imissão de posse. Ainda o Tribunal Federal de Recursos, chamado a julgar hipótese idêntica, nos embargos na ap. civ. n.º 1.030, publicado na *Rev. For.*, vol. 143/203, negou verba pleiteada a título de perdas e danos. Um exame dos vários julgados sobre desapropriação mostra, ademais, que, quando não desconhecem totalmente a possibilidade de incluir no cômputo da indenização parcelas a título de lucros cessantes, os tribunais têm-nas repelido expressamente, ainda quando se trate de desapropriação indireta. Nestas, salvo um ou outro casos isolados, o mais que se tem feito é avaliar o bem na data da perícia e não à época em que se deu o apossamento administrativo fazendo correr juros compensatórios.

(20) E nem nesses juros denominados compensatórios, atribuídos ao expropriado a partir da imissão de posse e sobre o restante do preço que lhe ficou devendo o poder público, se podem identificar os lucros cessantes pela perda antecipada do bem. É verdade que a lei civil dispõe que nas dívidas em dinheiro as perdas e danos se resolvem em juros de mora (art. 1.061). Mas, no caso, não se trata, em rigor, de mera dívida em dinheiro, porém de compor no justo valor do bem as componentes econômicas relativas a seus frutos civis e industriais até o final pagamento, o que, em cada caso, é facilmente apurável.

E, bem examinada a natureza dessa verba, verifica-se que ela é arbitrada, não a título de lucros cessantes, mas porque, de qualquer maneira, envolvendo, o desmonte e transporte, despesas para o proprietário, se não fôsse compensado, acabar-se-ia por desfigurar em determinados casos a reposição do justo preço, eis que de seu montante ter-se-ia de descontar o custeio respectivo. Pelo mesmo motivo também se atribuem honorários de advogado ao expropriado, hoje por força da própria lei, anteriormente por formação jurisprudencial e sempre para se evitar que seja desfalcado o justo preço (21).

(21) Aliás já na lei de 1903 era assim. Vê-se *in* **SOLIDÔNIO LESTE**, ob. cit., pág. 212, que, por inspiração da Associação Comercial, criticou-se dispositivo idêntico inserto no projeto em discussão, numa tentativa de emendá-lo no Senado Federal a fim de permitir amplas indenizações pela perda da posse do bem. Foi dito naquela época: "O referido projeto não concilia a necessidade dêsses melhoramentos, de utilidade geral, com os direitos que os abaixo-assinados representam; despreza princípios garantidores da propriedade, reconhecidos pela doutrina corrente e consagrados em nossa legislação, desde longos anos, bem como em nosso pacto fundamental. O dano causado com a desapropriação, como bem sabeis, deve juntamente com o valor do imóvel, ser incluído na indenização prévia a que é obrigado o expropriante. Acarreta diminuição no patrimônio de quem o sofre; por isso mesmo cumpre repará-lo, restabelecendo, em tôda a sua integridade, o patrimônio lesado, a propriedade ofendida. Proprietários ou inquilinos, os que o sofrem devem ser indenizados, mandando a boa doutrina atender não só o dano emergente, como também o lucro cessante". E noutro trecho: "A propriedade no sentido amplo, compreende tudo o que faz parte do nosso patrimônio, coisas corpóreas ou incorpóreas, direitos e ações. E o dano, quer seja sofrido pelo proprietário, quer pelo inquilino, importa numa diminuição do patrimônio, devendo ser indenizado. Do contrário o patrimônio não será restabelecido no seu antigo estado, a propriedade deixará de ser mantida em tôda a sua plenitude, sem, entretanto, haver indenização prévia, o que é contra a Constituição". O projeto acabou por indenizar outrossim o inquilino. Mas o dispositivo limitativo das despesas de mudanças e transporte prevaleceu na lei de 1903, ficando no art. 36 do texto. Na doutrina estrangeira, porém, o tema, ao que parece, é controverso. **ARTURO LENTINI**, por exemplo, faz notar que certos autores, aos quais não adere, entendem que só se compõe na indenização o justo valor da coisa excluídos quaisquer danos pessoais ocorridos ao expropriado em virtude da desapropriação. São suas as palavras: "A torto è stato detto che se l'espropriazione non è altro che il cambiamento di un fondo privato in pubblico, codesto cambiamento deve operarasi a sola condizione di dare ciò che esso vale e che ogni altro danno personale è escluso, sia che consideri come alla privata proprietà è sempre insita la condizione di cederli, sia che consideri l'espropriazione come un atto lecito. È stato aggiunto che il danno personale, appunto perchè tale, e appunto perchè non rappresenta la cosa ceduta per espropriazione, non potrebbe essere dovuto che per il titolo ordinario, nascente da causa illecita, ma sarebbe strano conseguire, come per fatto illecito, cioè che è conseguenza di fatto lecito. *Ex alia causa*, pel finto ceduto non vi ha diritto ad indennità" (*Le Espropriazioni Per Causa Di Publica Utilità*, Società Editrice Libreria, Milão, ed. 1936, pag. 145).

Ora bem! Sustenta-se a regra de não indenizar lucros cessantes sob o argumento de que a desapropriação não é um ato ilícito e só êstes geram amplas obrigações de ressarcir.

Da mesma forma, aqui os fundamentos aduzidos não satisfazem (22). Se a posse, como componente econômico da propriedade, fôsse garantida face ao expropriamento, então, independentemente da conceituação de ato lícito ou ilícito, ela deveria ser, no mínimo, repostada sob a forma de indenização em dinheiro e envolvendo aquilo que se deixou de auferir em virtude de sua perda antecipada. Mas, a tôda evidência, não o é, pela simples razão de que é meramente respeitada, não garantida (23).

Ainda outros institutos inerentes ao direito expropriatório só se explicam diante da consideração de que, em face da desapropriação, o uso e gozo da coisa não são garantidos até o ato final do pagamento.

Assim é que, declarado o bem de utilidade pública, serão indenizáveis as benfeitorias necessárias feitas após o ato declara-

(22) Aliás, as obrigações de indenizar resultantes de quase-delito são amplas e êsse não é conceitualmente um ato ilícito, sendo a responsabilidade de natureza objetiva.

(23) É verdade que a jurisprudência tem admitido, com algumas vacilações, indenização aos locatários pelo dano sofrido pelo fundo de comércio em decorrência de desapropriação. Assim vem sendo decidido com alguma uniformidade (mandado de seg. n.º 62.758, publ. na *Rev. Dir. Adm.*, vol. 36, pág. 233), bem como assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal. E o Tribunal de Justiça da Guanabara, embora quando chamado a julgar novamente hipótese idêntica, tivesse negado a indenização, também da mesma forma já se pronunciou. Inspiraram-se tais decisões na assertiva de **M. SEABRA FAGUNDES**, ob. cit., pág. 363, de que, usando a lei expropriatória a palavra propriedade ao invés de domínio e sendo conhecida no direito brasileiro a distinção entre uma e outra expressões, significando domínio a propriedade sobre as coisas e a propriedade dizendo respeito também a direitos pessoais — a lei não teria excluído das suas disposições a indenização de direitos pessoais de natureza patrimonial atingidos pela desapropriação. De qualquer forma, as indenizações aqui não poderiam ultrapassar a verba de mudança do fundo de comércio, sem poder, evidentemente, envolver lucros cessantes pela sua desvalorização ou perda, tais como negócios que se deixaram de fazer durante o período de mudança, perda de clientela, aviamento e outros bens imateriais que aderem ao patrimônio do comerciante. Alguns acórdãos aplicam imprópriamente ao tema regras de direito civil asseverando que "não pagará o desapropriante ao locatário se o contrato dêste não estiver transcrito no Registro de Imóveis, para valer contra terceiros" (*Rev. For.*, vol. 192/24. Mas é bem de ver-se que não se trata aqui de invocar-se regras privadas, mas tão somente de saber-se se o direito pessoal de natureza patrimonial será ou não indenizável pelo poder expropriante e êsse direito subsiste como valor econômico quer esteja o respectivo contrato levado a registro, quer não.



tório. As úteis só o serão quando feitas com o consentimento do poder expropriante (art. 26, § único, da lei).

Duas são as interpretações que a jurisprudência vem dando a êsse dispositivo. Uma entende que o levantamento de benfeitorias úteis na propriedade, *v. g.*, uma construção qualquer ou um acréscimo na já existente, só será possível com a concordância do poder expropriante, que poderá recusá-la, ou não. Outra entende que as benfeitorias são sempre possíveis. Mas, não tendo havido assentimento do expropriante, sua incorporação ao imóvel é meramente física e não jurídica. E, para o direito, é como se não existisse, não sendo, pois, indenizável (24).

Pois bem! Qualquer das duas exegeses implica em restrições ao uso da propriedade antes de consumada a desapropriação e a regra só pode se articular com o texto constitucional diante da interpretação de que não se protegem todos os elementos da propriedade até o final pagamento (25).

Por outro lado, dispõe o art. 7.º da lei que, “declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial”.

Tem-se entendido êsse dispositivo como permitindo que possa o poder público fazer os estudos preliminares à execução da obra, tais como sondagens, levantamentos, etc. A regra, pelo que bem

(24) No primeiro sentido é representativo o acórdão proferido na ap. civ. n.º 69.550, pub. na *Rev. Dir. Adm.*, vol. 44/293. Ainda o agr. de petição n.º 15.802 do Trib. de Just. da GB, pub. na *Rev. de Jur.*, vol. 3/97. No outro sentido, os acórdãos proferidos no rec. extr. n.º 49.820, pub. na *Rev. Dir. Adm.*, vol. 70, págs. 223/5. Ainda o acórdão proferido na ap. civ. n.º 58.082, do TJSP, pub. na *Rev. Dir. Adm.*, vol. 32, pág. 222.

(25) E o aluguel do prédio a comerciante sob o regime da lei de luvas, estando o mesmo declarado de utilidade pública ou ainda com ação de desapropriação já distribuída? Será possível fazê-lo, desde que, sabidamente, tal irá aumentar o ônus indenizatório pelo ressarcimento complementar ao fundo do comércio? Já deparamos com a hipótese. Estava o imóvel sujeito a ação expropriatória e o interessado pleiteou a expedição de alvará de localização para o comércio de confecção de roupas. Na ocasião dissemos que o alvará poderia ser concedido com a restrição de não indenizar pela futura mudança do fundo de comércio a ser instalado no local. É que, muito embora, em sentido rigoroso, o fundo de comércio, mero direito de natureza imaterial, não possa ser considerado benfeitoria, o objetivo da lei, a empregar esta expressão, foi impedir que se aumentasse, de qualquer modo, o ônus indenizatório após o ato de declaração de utilidade pública. E nem implicaria essa restrição em ofensa ao direito de propriedade garantido pela Constituição. A lei de desapropriação, como se está vendo, no conjunto de suas regras opõe uma série de injunções à integralidade de domínio após decretada a utilidade pública.

se vê, importa numa restrição à integridade do domínio antes de lhe ser pago o justo preço, que, dependendo da natureza do imóvel e dos serviços preliminares a serem feitos, pode resultar no próprio tolhimento do uso que dêle venha fazendo o proprietário.

Ainda é entendimento tranqüilamente aceito que não se compõem no valor da indenização fatores de afeição ou puramente subjetivos, como se faz na esfera privada (art. 1.543 do Cód. Civil).

E não se levam em conta tais fatores porque o valor afetivo diz somente com o uso peculiar da coisa que lhe faz o titular. É um fator meramente pessoal e, evidentemente, não tem expressão quando se considera a propriedade unicamente pela sua faceta objetiva de poder trocá-la por outra equivalente em dinheiro.

Já em face do direito civil, sendo a proteção assegurada à propriedade global, abrangendo o uso, o gozo e a integral disposição, outra é a regra: “Para restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que êste não se avanteje àquele. Em face do direito público, mais precisamente da desapropriação, inviolável tão somente a faculdade de substituir a coisa por outra equivalente, não há como adicionar êsse elemento ao acervo indenizatório” (26).

Como se vê, não só a imissão provisória parece afrontar a adjetivação “prévia” de que fala a Magna Carta. A própria desapropriação, no conjunto de suas regras, desmente a expressão e só se pode encontrar-lhe uma significação mediante o entendimento de que em face da desapropriação, nem todos os elementos em que se desdobra a propriedade são protegidos (27).

(26) A êsse propósito, vale referir passagem do livro de M. SEABRA FAGUNDES em que o autor comenta dificuldades em que esbarrou a doutrina quando cogitou de desapropriar cadáveres destinados a estudos nas escolas de medicina. Ao que ali se assevera a dificuldade residia no modo de compor-se a indenização. Uns optando por uma verba unicamente destinada a compensar o funeral; outros entendendo que não se poderia encontrar fórmula razoável de indenizar. O episódio mostra, em si, que não há como desapropriar cadáveres, pois sendo o defunto coisa fora de comércio, a componente peculiar da propriedade que se garante frente à desapropriação não ocorre no caso, e, talvez, por isso mesmo, não se possa falar rigorosamente em propriedade de cadáveres.

(27) E, em realidade, a expressão “prévia” utilizada pelas Constituições brasileiras, devido a sua má colocação gramatical, tem chamado a atenção dos autores nacionais. PONTES DE MIRANDA, ao abordar o assunto (*Tratado de Direito Privado*, vol. 14, pág. 202), estranha: “A indenização há que ser prévia. Prévia a que? Não à sentença que fixe a indenização, não se sabe

Agora, vejamos o seguinte fato. Já dissemos em outra oportunidade que a transposição do conceito da relação jurídica, de origem civilística, para o campo do direito administrativo traz consigo algumas peculiaridades que põem em evidência certos pontos, a outros ângulos, de difícil percepção (28).

Como se sabe, segundo esta técnica de expor, de toda norma jurídica se extrai uma relação jurídica, cujos destinatários são as pessoas. De um lado da relação se encontra o sujeito ativo ou o titular do direito; de outro, se encontra o titular do dever ou da obrigação. A cada direito consubstanciado na relação, corresponde uma obrigação ou dever jurídico, de tal forma que um é exatamente a medida do outro. E, se apanharmos uma relação e quisermos conhecer qual o conteúdo do direito do sujeito ativo, basta examinar o teor da obrigação.

Transportado o conceito para o direito administrativo e tomando-se em consideração uma norma discricionária qualquer — e quase todas o são, em maior ou menor grau, no campo administrativo — veremos com clareza que, quando se pretende considerar o indivíduo como sujeito ativo da relação, se acumulam ao seu redor uma série de interesses, que não são propriamente direitos subjetivos, porque não protegidos juridicamente, e cuja violação, pôsto que acarrete prejuízos, não conduz a qualquer sanção de direito. Esses interesses correspondem na outra ponta da relação ao elemento de mérito do ato administrativo.

Dessa forma, ao gerir o interesse público, a administração pode agir dêsse ou daquele modo, e, violando êsse ou aquêle interesse:

quanto é. Se há recurso não cabe exigir-se o pagar-se ou o depositar-se. Portanto, a previedade é em relação à transcrição do título que é a sentença e em relação ao mandado de imissão de posse, que o Juiz não deve expedir antes de efetuado o pagamento ou depositada a quantia (Decreto-lei n.º 3.365, de 1941". Já o saudoso mestre SAN TIAGO DANTAS, *Estudos de Direito Positivo*, págs. 190 e 191, citado por EBERT CHAMOUN, *Rev. Dir. Adm.*, vol. 76, pág. 476, *data venia* do insigne autor, se aproxima mais da realidade ao asseverar: "Não teria sentido a expressão constitucional indenização prévia se com ela quiséssemos significar indenização anterior à imissão de posse ou indenização anterior à tomada material da coisa, porque o texto não fala direta ou indiretamente naquela imissão ou nesta tomada e sim em desapropriação, como exceção ou restrição à garantia do domínio, isto é, como perda efetiva dêle em proveito do Estado ou do depositário de seus poderes delegados."

(28) *Do Exercício do Poder Disciplinar e seu Contrôlo*, *Rev. Dir. Adm.*, vol. 70.

individual, causar prejuízos, sem que ocorra, no entanto, qualquer ilicitude ou obrigação de indenizar. São interesses legítimos que, muita vez, por falta de visão administrativa, se sacrificam inutilmente. Mas, nesses casos, não há direito violado. Apenas o cidadão sofre o ônus da má gestão pública.

E, se levarmos bem em conta êsses princípios e tivermos mais em vista que a imissão de posse liminar decorre de um ato eminentemente discricionário — a declaração de urgência — bem se percebe que o uso e gozo da propriedade não pode ser garantido até o final pagamento do justo preço. Se a declaração de urgência é, nas suas razões, indiscutível, e se, simplesmente alegada esta, o indivíduo cederá sua posse em antecipação ao pagamento, é claro que ter, ou não, a fruição total da coisa até a final indenização, não é direito, mas mero interesse, que pode, ou não, ser respeitado, tudo dependendo do modo como o administrador melhor entender de conduzir a coisa pública, salvo evidentemente os casos de abuso de direito ao emitir-se a discricção.

Ora bem! Quem acompanhou o desdobrar do raciocínio até aqui, dirá que deu-se uma roupagem de direito ao mecanismo da posse liminar, mas não se conseguiu extremá-la das requisições, pois que ali ocorre a mesma coisa: não se protege juridicamente, ou melhor dizendo, não se indeniza o uso e gozo, mas sempre se repõe o seu justo preço. Indenizando-o por inteiro se o ato requisitório importa, por sua natureza, em consumo; repondo o desgaste sofrido, quando o bem é devolvido. Podendo-se dizer — num e outro institutos, desapropriações urgentes e requisições — garante-se a faceta peculiar da propriedade consistente na faculdade de trocá-la por outra equivalente que seja do agrado e conveniência, e que seja disponível.

E, se assim é, não se poderia, em rigor, sustentar a validade jurídica das imissões de posse liminares senão irmanando-as às requisições. Ou, por outra, asseverando-se que a desapropriação urgente não passa, no fundo, de um processo de requisição determinado por circunstâncias de fato livremente apreciadas pela administração, pois, tanto num como noutra, as reposições serão sempre posteriores à tomada da coisa.

E, no final de contas — o que é essencial — não se consegue emprestar função ao adjetivo "prévia" de que fala a Magna Carta para distinguir um e outro institutos.

Mas não é bem assim. Na verdade, tanto nas requisições como nas desapropriações, são desconsiderados como direitos subjetivos os valores econômicos relativos ao uso e gozo da coisa, e será sempre inviolável a indenização de seu valor em si ou sua desvalorização na última hipótese.

Mas, quando a Magna Carta diz que, em se tratando de expropriação, a reposição será prévia, quer significar que o ato de desapropriar não se consuma nem se exaure sem que antes se tenha pago o valor do bem. Desapropriar, isto é, retirar a propriedade do indivíduo corporificada em determinado bem, para transformá-la em dinheiro, são etapas de um mesmo procedimento, uno por sua natureza, e que não se completa, sem que antes se tenha cumprido o pagamento do justo preço.

Tanto assim é que o art. 29 da lei vigente — que, nesse passo, nada fez senão reproduzir disposição idêntica das leis anteriores — reza que só depois de efetuado o pagamento se expedirá mandado de transcrição do bem em nome do poder público no registro imobiliário. A bem dizer, sem o pagamento não se encerra o ato expropriatório.

É verdade que a lei refere-se, outrossim, à expedição do mandado de imissão de posse. Mas essa parte do inciso é, evidentemente, de caráter acessório e só tem aplicação quando a desapropriação não foi urgente e, por via de consequência, manteve-se, até o final, o expropriado na disposição do bem. Se a posse já foi tomada por antecipação, não há mais que falar em imitir-se nela, não se conhecendo ato que transforme a posse provisória em definitiva, até porque nenhuma consequência jurídica teria.

Já nas requisições ocorre diferente. A indenização é sempre devida. Mas é ulterior. E a tomada da coisa e seu pagamento são atos distintos com solução de continuidade.

Assim é que, nas desapropriações, o expropriado é sempre réu e autor; réu, quando é condenado a entregar a coisa; autor quando, movimentando o processo, tem direito subjetivo e, portanto, prestação jurisdicional a exigir: o justo preço. Nas requisições, aquêle contra quem ela é executada haverá sempre o justo preço da coisa requisitada, mas não tem direito subjetivo a exigir judicialmente, sendo, de resto, a requisição um mero procedimento administrativo,

lícito por sua natureza, não podendo a parte que a sofreu pleitear coisa alguma na Justiça em consequência (29).

Compreende-se, aliás, que assim seja. Os casos de requisição são, por sua índole, prementes e imprevisíveis: uma comoção intestina grave, a guerra, surtos epidêmicos, etc.. Até porque imprevisíveis, não há verbas no programa de governo para acorrer às suas despesas. E nem a providência administrativa poderia ficar jungida à abertura de créditos extraordinários, muita vez incapazes de fazer face à extrema emergência. Daí não ser possível o pagamento prévio no sentido de que a tomada da coisa e sua reposição em espécie são etapas de um ato único. Toma-se a coisa sem qualquer formalidade, encerra-se a requisição e depois cogita-se de providenciar os recursos, na medida do possível.

Nas desapropriações urgentes, pôsto que prementes, há sempre uma margem de previsibilidade e o custeio respectivo é capitulado na lei orçamentária. A própria existência do plano urgente pressupõe margem para a previsão e, portanto, para a reserva de recursos necessários às despesas. Daí poderem a tomada da coisa e seu pagamento corresponder a um conjunto de atos, representativos de uma unidade, mas sem que, necessariamente, o pagamento deva preceder, pela ordem, à tomada da coisa. Quem é desapropriado em certa coisa sabe que vai receber-lhe o justo preço nesse mesmo ato de desapropriar, que não se encerra sem êsse pagamento, mas poderá entregá-la, ou não, ao poder público, antes que o procedimento atinja o seu final.

É claro que nas desapropriações a tomada da coisa é precedida de depósito em dinheiro, calculado segundo critérios objetivos instituídos na lei e sempre a título de pagamento do preço da coisa, ao passo que nas requisições a apreensão do bem se faz praticamente

(29) O art. 11 do Decreto-lei n.º 5.275, de 24 de fevereiro de 1943, aliás hoje revogado, que instituiu e regulamentou as Comissões de Indenização, evidencia que, de fato, o pedido de indenização em virtude de requisição é puramente um gracioso administrativo e os pagamentos respectivos vão sendo feitos à medida em que se prove a requisição e de acôrdo com as forças dos créditos abertos para êsse fim. Dispõe, como se vê, o inciso: "Passada em julgado a decisão da Comissão Central de Requisições relativa a qualquer pedido de indenização, cabem ao Presidente do mesmo órgão as providências ulteriores, inclusive formular ao Presidente da República exposição de motivos, solicitando a abertura de créditos para pagamento das indenizações, fazendo-as acompanhar os respectivos processos para o devido registro no Tribunal de Contas".

te sem qualquer formalidade para com o expropriado e sendo nenhum o pagamento.

Mas, como se procurou exaustivamente demonstrar, não é nesse pagamento previsto em lei que se explica a adjetivação “prévia” usada pela Constituição para distinguir a desapropriação da requisição, mas na própria circunstância de que naquela o ato não se completa antes de pago o justo preço.

## ENSAIO PARA UMA TEORIA DOS INSTITUTOS DE CORREÇÃO

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Procurador do Estado. Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito Cândido Mendes

Em época de intensa atividade legislativa, quando o valor social de muitas das novas normas é questionado, quando novos conflitos são apontados como resultado de pressa e descuro na elaboração da regra, quando dificuldades várias se interpõem a uma interpretação segura e uniforme e quando a própria renovação começa a inquietar, podem-se perceber reações de perplexidade e desânimo.

Assim reagiu o grande espírito de RIPERT ao apreciar a revolução jurídica experimentada na França terminada a Segunda Guerra Mundial e que valeu ao mundo *Le Déclin du Droit*, obra não de senectude, mas de amargor. É que o indisputável antístite do direito privado via, a par da perda de substância técnica, a publicização (palavra que ironizou) do seu sagrado direito civil francês através das intervenções estatais na ordem privada. Sem o desejar, talvez, deixou o Mestre notável trabalho de sistematização de direito administrativo (1). Criador até na crítica!

As observações são atuais e válidas entre nós, nesta ocasião em que as alterações do panorama legal do País são de grande extensão, pois atingem cêrca de oitenta por cento da normatividade positiva, e de profundidade, porque envolvem a substituição do próprio sistema constitucional.

(1) GEORGES RIPERT, *Le Déclin du Droit* — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pág. 42 (*interventions*).