DESAPROPRIAÇÃO — DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA — OCUPAÇÃO INDEVIDA DE IMÓVEL

— A autorização legal para penetrar nos prédios declarados de utilidade pública não legitima sua ocupação permanente com o auxílio de fôrça policial.

— Interpretação do art. 7.º do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941.

PARECER

"Primeiro quesito: Em decorrência do que preceitua o art. 7.º, do Decreto-lei n.º 3.365, pode o poder expropriante, após a declaração de utilidade, mas antes da imissão provisória, através de fôrça policial, acampar, permanentemente, na área a ser expropriada, impedindo o livre exercício do direito de propriedade e trabalho e violentando a posse, sob a alegação que a área a ser expropriada se destina à formação de Reservas Florestais"?

1 — Afigura-se-nos evidente que o art. 7.º, da Lei de Desapropriação (Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941) não autoriza a Administração expropriante a ocupar a área declarada de utilidade pública.

A expressão de que usa — penetrar — exclui a idéia de permanência dos agêntes públicos no imóvel e de privação do livre exercício das atividades do dono expropriando:

"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 fôrça policial. Àquele que fôr molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal".

"Penetrar", longe de querer dizer "ocupar", significa ter livre acesso, a título breve e precário.

2. O que em tal dispositivo se teve em mira foi ensejar, nessa fase, o contacto físico com o imóvel, de sorte a permitir estudos e levantamentos necessários a obras, cuja execução sucede, via de regra, ao expropriamento. E como o proprietário expropriando pode, às vêzes, criar embaraços a essas operações, referiu o legislador, de logo, a possibilidade de apêlo à fôrça policial.

3. Nem se concebe que o legislador falasse de "penetrar nos prédios compreendidos na declaração", se o que quisesse ensejar fôsse a ocupação dêles. A esta ter-se-ia referido, então, sem rodeios.

4. Da disposição da coisa pela Administração pública, com preterição dos direitos do proprietário-expropriando, tratou a lei num outro texto, — o art. 15 — fazendo-a dependente de decisão judicial liminar:

"Se o expropriante alegar urgência e depositar a quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imití-lo provisòriamente na posse dos bens".

Para obtê-la é mister, como se vê, alegação de urgência, depósito de quantia prefixada e mandado judicial.

5. Há, portanto, duas possibilidades distintas de interferência da Administração expropriante nos imóveis declarados de utilidade pública: uma, com a

simples penetração de seus agentes no prédio, para o desempenho, transitório e breve, de atividades, que não afetam o exercício da posse pelo dono; outra retirando a êste a disposição material da coisa, pela transferência da posse à autoridade administrativa.

6. A referência da segunda parte, do art. 7.º, à indenização por perdas e danos e à responsabilidade penal, quando haja excesso ou abuso no exercício do poder de penetrar nos imóveis expropriandos, não significa que, se a Administração ocupar a coisa, sem mandado de imissão, o proprietário se tenha de conformar a obter reparações pecuniárias e aguardar a punição dos responsáveis. O objetivo do texto citado é fixar, de modo especial, (porque os preceitos do Código Civil, concernentes a responsabilidade resultante de atos ilícitos, alcançariam, na sua generalidade, tal situação), o direito de indenização do proprietário em face dos prejuízos advindos do mau exercício de um poder, que, se exercido cuidadosamente pelos agentes da Administração pública, não afetaria em nada a economia daquele. Do contrário ter-se-ia reconhecido na lei o direito ao abuso, pois à Administração ficaria, segundo a sua preferência, requerer em Juízo a imissão de posse (art. 15), ou imitir-se na posse por ato próprio (art. 7.º, 2.ª parte).

7. A lei confere à Administração o poder, que tem como suficiente ao exercício do direito de expropriar na fase imediatamente posterior à declaração de utilidade pública, isto é, o poder de acesso ao imóvel para estudos e levantamento. Se o administrador não se cinge ao uso dêsse poder, indo além, com ocupar terrenos e impedir ao proprietário o seu uso, já não se acha no exercício de uma atribuição legal. Se a Administração, sem haver obtido mandado judicial de imissão provisória na posse, não se limita a penetrar no prédio expropriando, mas, ao contrário, o ocupa com fôrça policial, nêle acampando os seus agentes e obstando o trabalho do proprietário, viola flagrantemente o direito do dono, como tal (Código Civil, arts. 524 e 527), e se investe de posse injusta, porque violenta (Código Civil, art. 489).

8. Essa colocação do expropriando em face do expropriante, aliás, está na tradição do nosso direito sôbre desapropriações. No Regulamento-consolidação aprovado pelo Decreto n.º 4.956, de 9 de setembro de 1903, já se previam a simples penetração no imóvel e a sua posse prévia por parte da Administração. No art. 7.º, 1.ª parte, se dispunha que, após a verificação da utilidade ou necessidade pública (ato equivalente à declaração de utilidade do Decreto-lei n.º 3.365), os proprietários dos prédios e terrenos não poderiam impedir que êsses terrenos, ou prédios fôssem examinados e percorridos pelos engenheiros encarregados do levantamento dos planos e plantas das obras objetivadas pelo expropriamento. No art. 41, se cogitava da imissão imediata na posse, após depósito provisório, quando declarada a urgência da desapropriação.

9. A lei vigente, no que concerne à penetração nos prédios expropriandos, preferiu uma fórmula sintética e de alcance mais completo (pois nem sempre será bastante a entrada de pessoal de engenharia no imóvel, bastando exemplificar com as obras de saneamento, que exigem o prévio conselho de médicos-sanitaristas), porém de conteúdo correspondente, nos seus estritos limites, ao texto do Regulamento-consolidação de 1903.

10. Nem há porque, armada a Administração Pública de meios sucessivos de atuação sôbre terras expropriandas — penetração no imóvel para estudos e levantamentos, e imissão provisória na posse para utilização imediata da coisa — possa valer-se do primeiro dêsses meios para alcançar os objetivos só atingíveis através do segundo.

Admiti-lo será legitimar a burla à obrigação do depósito provisório, exigido para imissão e dispensado para a simples entrada dos agentes admi-

nistrativos nos prédios (Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, art. 15, e Lei n.º 2.786, de 21 de maio de 1956, art. 2.º).

11. Aliás, o critério do condicionamento da disposição da coisa, mesmo a título precário, a depósito prévio em dinheiro, aparece nas diferentes legislações sôbre desapropriação.

O direito italiano, como o nosso, não prevê, antes da posse, senão êsse acesso ao imóvel, para o fim de estudos e levantamentos (Cino Vitta, *Diritto Amministrativo*, 1950, vol. II, págs. 113-4). E na França, assim como na Espanha, também se condiciona a disposição da coisa, pelo expropriamento ao prévio depósito do preço (Rousselet, Patin e Ancel, *L'Expropriation pour Cause D'Utilité Publique*, Recueil Sirey, págs. 101-2; Henri Berthélemy, *Droit Administratif*, 13.ª ed., págs. 693 e 698; André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1953, pág. 806; Sabino Alvarez Gendin, *Expropriación Forzosa*, Editorial Reus, pág. 144).

12. Tão relevante se tem considerado a preservação da propriedade privada contra a arbitrária disposição dela pelo Estado que, mesmo quando se tem como efetivado o expropriamento, pela simples decisão judicial, se reconhece ao proprietário desapropriado "um direito de retenção" até o dia em que a êle se consigne a indenização (Marcel Vauthier, *Précis du Droit Administratif de la Belgique*, 1950, vol. II, págs. 425-6).

"Segundo quesito: Para proteger o direito de propriedade e trabalho, contra tais abusos, é cabível o mandado de segurança?"

13. O mandado de segurança protege todo e qualquer direito do indivíduo contra o Estado, desde que êsse direito seja líquido e certo (Constituição federal, art. 141, § 24), não tenha como conteúdo exclusivo a liberdade de locomoção (art. cit., § 23), não possa restaurar-se pela interposição de recurso administrativo com efeito suspensivo e independente de caução (lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, art. 5.º, n.º I), não encontre amparo em recurso interponível na própria via processual de cujo uso haja resultado a sua lesão (art. cit., n.º II), e não se relacione com o mérito do ato.

Esta última restrição decorre do princípio de divisão dos poderes (Constituição federal, art. 36), segundo o qual cabe ao Poder Executivo aferir da conveniência, da oportunidade, da justiça, da eqüidade, etc., dos atos que pratica, e ao Poder Judiciário dizer, em última análise, da legalidade dêles. A lei n.º 1.533, com uma preocupação unilateral, só contempla nela os atos praticados no exercício do poder disciplinar (art. 5.º, n.º III), porém, a restrição alcança quaisquer atos não vinculados da Administração Pública (cf.. nosso trabalho *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, "Rev. Forense", vol. 139, págs. 14-22).

14. Afora tais limitações a natureza do ato, em si, não basta a excluir o apêlo ao mandado de segurança. Configurada a ilegitimidade dêle e sendo líquida e certa a posição de seu titular, é sempre possível o uso dessa garantia constitucional.

15. Ora, a consulta deixa ver que a Administração agiu com infração inequívoca de texto de lei, pelo que o consulente se tornou parte legítima para o uso do mandado de segurança.

"Terceiro quesito: Os interditos possessórios constituem, nesse caso, remédios adequados para a proteção da posse?"

16. Implicando a violência em esbulho, ou, pelo menos, em turbação da posse do proprietário, os interditos possessórios têm cabimento. A possibilidade do uso do mandado de segurança, remédio inespecífico para as lesões oriundas de atos da Administração Pública, não prejudica o uso dos meios de sentido específico, como as ações possessórias, a ação de consignação em pagamento, a ação de depósito, etc. A mera penetração no imóvel exclui o cabimento das vias possessórias, pois

se contém no âmbito da autorização legal. A ocupação ultrapassa a permissão da lei, converte a Administração em turbadora ou esbulhadora da posse do indivíduo e dá lugar aos interditos (cf. nosso *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 2.ª ed., págs. 468-9, texto e nota 3).

E' o que nos parece.

Rio, 2 de agôsto de 1956. — *M. Seabra Fagundes*, Advogado no Distrito Federal.