— A ocupação temporária, pelo poder público, de bem do domínio privado, deve ser precedida de ato declaratório de utilidade pública.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Estado do Rio de Janeiro *versus* José Marcelino Neto e sua mulher
Recurso Extraordinário n.º 84 986 — Relator: Sr. Ministro THOMPSON FLORES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso.

Brasília, 10 de agosto de 1976. *Thompson Flores*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Thompson Flores: O acórdão do Tribunal de Justiça, do extinto Estado da Guanabara, por sua 2.ª Câmara Cível, de 20.8.1974, na parte que interessa. disse, fls. 280-2:

"No mérito, a questão gira em torno do art. 36 do Decreto-lei n.º 3 365/1941, que reza:

"É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização. O expropriante prestará caução quando exigida."

Discute-se se a ocupação do terreno dos autores pela SURSAN, sem prévio ato do Poder Público, declarando a necessidade de utilização do imóvel, para a realização das obras de um túnel extravasor na Avenida Niemeyer, seria necessária à prática do ato da ré.

Embora com o maior respeito às teses dos venerandos acórdãos das Colendas 8.ª e 1.ª Câmaras Cíveis, a fls. 43 e 230, não se concebe como possa o Poder Público, sem um ato prévio de declaração da necessidade ou utilidade pública da ocupação do terreno, sem uma prévia notifica-

ção, invadi-lo e ocupá-lo pelo tempo que entenda, praticando um ato de incontestável desrespeito à propriedade alheia, assegurada a todos pela Constituição Federal, e à posse que dela deriva, como um dos poderes de fato que lhe são inerentes.

Nesse sentido é o magistério de Seabra Fagundes, em *Desapropriação no direito brasileiro,* n.º 613, como Vicente Sabino Júnior, em *Da Desapropriação,* p. 82, citados pelo primeiro apelante (fls. 219-221) e Eurico Sodré, em *A desapropriação por necessidade ou utilidade pública,* 2. ed., p. 279, citado por Sérgio Ferraz, em *Desapropriação,* mesmo porque não se compreende que, em se tratando de regra contida na Lei das Desapropriações, se possa efetivar a ocupação temporária do art. 36 sem formalidade prévia idêntica à desapropriação, que exige um ato do Poder Público, decretando-a, com a declaração de necessidade ou utilidade pública ou social.

Mesmo no processo da desapropriação, para que a pessoa de Direito Público interno possa ocupar o imóvel, seja terreno não edificado ou prédio, é necessária a imissão de posse deferida pelo juiz, de forma que, por uma razão mais forte, é indispensável o ato decretando a ocupação e a notificação ao proprietário do terreno não edificado e caso este não permita a ocupação, poderá a entidade de Direito Público recorrer ao Judiciário, à semelhança do que se passa na desapropriação.

O próprio Decreto-lei n.º 3 365, de 1941, regula o caso de a desapropriação poder abranger áreas contíguas necessárias ao desenvolvimento da obra pública, dizendo que a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las embora que, para outros efeitos, o que revela que é sempre necessária a declaração de utilidade pública, quer na desapropriação quer na ocupação temporária.

Ora, no caso dos autos, a ocupação está provada e confessada e não houve qualquer ato da SURSAN ou do Estado declarando a utilidade ou necessidade da ocupação, para o fim que só veio a ser revelado no curso da ação.

Alega a SURSAN que teria sido o autor avisado da ocupação, mas não há prova do fato, nem isso seria o suficiente a justificar a ocupação. O certo é que inexiste ato prévio ou mesmo posterior decretando a ocupação do terreno do autor, de forma a caracterizar-se a ilegalidade e violência contra a posse do proprietário do terreno, merecendo este a proteção possessória que reclama contra o esbulho, bem como a indenização por perdas e danos daí decorrentes.

Esse entendimento é o que se ajusta à parte final do citado art. 36, que se refere à caução que o *expropriante* prestará quando exigida, o que faz presumir que haja um ato anterior do Poder Público, de forma a provocar a manifestação do proprietário do terreno, que aí se assemelha ao expropriado, em contraposição ao expropriante, no sentido de ser prestada a caução, para que se efetive a ocupação.

Tratando-se de ocupação de terreno não edificado, afigura-se justo que a indenização consista no pagamento de uma taxa pelo expropriante pelo tempo que durar, à semelhança de um aluguel, como já calculou o perito do juízo a fls. 169-170, aluguel que deve sofrer a correção monetária até o efetivo pagamento, conforme apurar-se em execução de sentença, levando-se em conta, no enatnto, a eventual valorização do terreno com a obra pública em realização, o que poderá compensar outros danos aos autores."

2. Daí o recurso extraordinário manifestado pelo Estado, a fls. 284-7.

Funda-se na letra *a* da permisão constitucional e sustenta haver o aresto dene-

gado vigência ao art. 36 do Decreto-lei n.º 3 365, de 1941.

3. Inadmitiu-o o saudoso Presidente, Desembargador Nelson Ribeiro Alves, fls. 295.

Todavia, para melhor exame, mandei-o processar, provendo o Ag. 64.781, como tudo consta dos apensados.

Apresentaram, então os recorridos as razões de fls. 315-6, encontrando-se a fls. 319 o parecer da Procuradoria-Geral do Estado, pelo provimento.

4. Parecer da douta Procuradoria-Geral da República, como segue, fls. 325-7:

"1. O caso parece singular nos anais dessa Excelsa Corte. Trata-se de saber se *a ocupação temporária de terreno não edificado, vizinho a obras públicas e necessário à sua realização,* imprescinde de prévia declaração administrativa de necessidade ou utilidade pública, consoante afirmativa do v. acórdão recorrido — fls. 280 —, em apreciando pedido de reintegração de posse do respcetivo proprietário.

O recurso (fls. 284) dá por negada a vigência do art. 36 do Decreto-lei n.º 3 365/1941, a teor do qual a discutida ocupação se daria sem outra exigência que não a da prestação de caução, quando reclamada.

2. Estamos em endossar a irresignação do recorrente.

Sem similar no Direito das Coisas, a ocupação temporária de terreno necessário à realização de obras públicas reveste-se do caráter de ato imposto *jus imperii*. A sua efetivação dá-se ao ensejo da necessidade de utilização do bem em proveito público, necessidade contingente da realização da obra, e portanto independente de outro ato administrativo além do que tenha instrumentado a utilidade pública da própria obra.

Vinculada a essa qualificação da obra pública, pelo só fato da necessidade emergencial de seu uso, o terreno vizinho há de tolerar essa eventual restrição, sem maior reclamo prévio do seu proprietário, que não o da prestação de *caução*. Direito possessório ou dominial não há de se opor, quando a lei, textualmente, reduz o protesto contra a ocupação aos limites de uma única exigência, traduzida na prestação que previna a devida *indenização final*.

3. Vai daí que, a nosso modo de ver, a analisada ocupação não constitui esbulho possessório remediável por via de interdito. Legitimada por expressa definição legal, tanto como regulada por diploma específico tocante às restrições ao direito de propriedade, a ocupação administrativa temporária repele, por natureza, a proteção dos interditos possessórios.

Nesse campo restrito, até mesmo a expropriação definitiva incompatibiliza o remédio, dando causa às chamadas desapropriações indiretas, pelas quais a Administração responde com indenização, mas nunca, com a devolução do imóvel.

4. Ademais, curiosamente, o v. acórdão não atendeu ao pedido inicial de reintegração. Solveu o litígio com a condenação *extra petita* ao pagamento de uma taxa pelo tempo da ocupação.

De qualquer modo, também essa solução desconforma-se à colacionada vigência do art. 36 da Lei das Desapropriações, visto que antecipou, por via da inusitada taxa, a indenização que a lei manda apurar a final.

5. Isto posto, o parecer é pelo provimento do recurso.

Brasília, 13 de maio de 1976. *José Fernandes Dantas,* 1.º Subprocurador-Geral da República."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Thompson Flores (Relator): Não conheço, preliminarmente, do recurso.

2. Cinge-se ele, como fez ver o relatório, à letra *a* do art. 119, III, da Constituição, indicando como de vigência negada o art. 36 do Decreto-lei n.º 3 365/1941.

3. Penso que não ocorreu a citada argüição.

De fato.

Não negou o aresto impugnado que fosse lícita a ocupação do terreno não edificado para a realização de obras necessárias à concretização do túnel extravasor de águas, em terreno vizinho.

O que afirmou é que à ocupação era mister, pelo menos, deveria preceder à notificação dos recorridos, pois, é por ela que poderiam exigir, se o entendessem, a prestação da caução, expressamente assegurada pelo citado art. 36, *in fine*.

Não realizada a notificação, como reconheceu o julgado, nem comprovada razão aceitável para delas se eximir, a ocupação pelo recorrente, caracterizou-se o esbulho possessório, justificando a reintegração e conseqüente condenação em perdas e danos.

Aplicou, pois, o julgado, pontualmente, não só, o referido art. 36, como os arts. 371 e 374 do Código de Processo Civil de 1939, correspondente aos arts. 927 e 925 do vigente.

Esta é, de resto, a lição dos autores. Aos invocados pelo aresto, outros poderiam ser argüidos, alguns franceses e italianos, invocados por Cretela Júnior — *Comentários às leis de desapropriação*. 1972. p. 377-82.

4. Cabe acrescentar, para dirimir imprecisões, que acaso procedida a notificação dos proprietários ou justificada sua impossibilidade, ou a ocorrência de perigo público iminente, quando poderia ser protraída, a *ocupação temporária*, verdadeira servidão administrativa — se revestiria de absoluta legalidade.

É que o direito de propriedade não é absoluto, mas, sujeito às restrições impostas pela própria Constituição, a qual, em seu art. 153, § 22, o estabelece, fazendo prevalecer o interesse público ao particular, ao qual assegura, apenas, a indenização nos termos da lei, no caso o Decreto-lei n.º 3 365, de 1941, art. 36.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE n.º 84 986 — RJ — Rel., Ministro Thompson Flores. Recte., Estado do Rio d Janeiro (Adv., Luiz Carlos de Azevedo Barros). Recdo., José Marcelino Gonçalves Neto e sua mulher (Adv., José Tavares de Lacerda Filho).

Decisão: Adiado o julgamento por haver pedido vista o Ministro Moreira Alves, depois do voto do Relator que não conhecia do recurso. Falou, pelo recorrnete, o Dr. Alcides Bernardino de Campos.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra e Moreira Alves. 2.º Subprocurador-Geral da República, o Dr. Joaquim Justino Ribeiro.

Brasília, 15 de junho de 1976. *Hélio* Francisco Marques, Secretário.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves: O recurso extraordinário foi interposto com base na letra a do inciso III do art. 119 da Emenda Constitucional n.º 1/1969, sob a alegação de que o acórdão recorrido negou vigência ao disposto no art. 36 do Decreto-lei n.º 3 365, de 1941, o qual reza:

"É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização.

O expropriante prestará caução quando exigida".

Comentando esse dispositivo, a doutrina se tem inclinado no sentido de que a ocupação provisória somente será legal se for antecedida de ato administrativo que expressamente a autoriza. É a lição de Seabra Fagundes (*Da desapropriação no direito brasileiro,* Rio de Janeiro, Liv. Ed. Freitas Bastos, 1942. n.º 615, p. 427-8.

"É preciso, porém, que ao seu exercício preceda um ato administrativo autorizando-a expressamente. O decreto expropriatório não traz implícita a declaração de ocupação, que nem sempre será necessária para a execução da obra motivadora do expropriamento, e que, por outro lado, se pode fazer precisa para a efetivação de obra em terreno de propriedade originária do Estado. O ato determinante deve emanar dos órgãos centrais da Administração".

Na mesma esteira, Eurico Sodré, *A desapropriação por necessidade ou utilidade pública.* 2.ª ed. São Paulo, 1945. Saraiva & Cia., p. 200. ("A ocupação provisória há de ser precedida de autorização e constatação do estado do terreno. A autorização é dada por decreto do Poder Público que autorizou a desapropriação") e Vicente Sabino Junior (*Da desapropriação.* São Paulo, José Bushatsky, 1972, p. 82).

É essa, aliás, a orientação predominante em outros países. Assim, na Itália (Alessi, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano.* 3.ª ed. n.º 377, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1960, p. 634: "Il provvedimento di occupazione si sostanzia nel decreto prefettizio che la autorizza"; Zanobini. *Corso di diritto amministrativo.* 5.ª ed. Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1958. v. IV, p. 314: "Il provvedimento si concreta in un decreto prefettizio che autorizza il richiedente all'occupazione dei beni"), na França (Laubadère. *Traité élémentaire de droit administratif.* 2.ª ed., n.º 1 631. Paris. Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence. 1957. p. 804: *"L'occupation ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une autorisation préfectorale"*); *Haüriou,* Précis Elémentaire de Droit Administratif, 5.ª ed., Paris, Lib. Recueil Sirey, 1943, p. 418: "Il y en a deux essentielles et en l'absence desquelles l'occupation du terrain deviendrait une voie de fait (V. supra, p. 20): a) Une autorisation régulière par un arrêté préfectoral indiquant les travaux en vue desquels l'occupation a lieu, la nature et la durée de l'occupation, la voie d'accès"), na Argentina (Bielsa. *Derecho administrativo.* 6.ª ed., n.º 877, v. IV, ter, Buenos Aires, La Ley, 1965, p. 427: "pero cuando la ocupación no es súbita, esto es, justificada por un peligro inminnete, la autoridad debe dictar la decisión motivada, como decimo, y ser notificada al propietario u ocupante legal de la propiedad").

Como se vê, não há como pretender-se que, decidindo com apoio no entendimento dominante, tenha o acórdão recorrido negado vigência ao art. 36 do Decreto-lei n.º 3 365/1941.

Em face do exposto, acompanho o eminente relator, não conhecendo do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE n.º 84 986 — RJ — Rel., Ministro Thompson Flores. Recte., Estado do Rio de Janeiro (Adv., Luiz Carlos de Azevedo Barros). Recdo., José Marcelino Gonçalves Neto e sua mulher (Adv., José Tavares de Lacerda Filho).

Decisão: Não conhecido, unânime.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Xavier de Albuquerque, Cordeiro Guerra e Moreira Alves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leitão de Abreu. 2.º Subprocurador-Geral da República, o Dr. Joaquim Justino Ribeiro.