PARECERES

DESAPROPRIAÇÃO — DESISTÊNCIA — RESTITUTIO IN INTEGRUM

— Direito de propriedade. O instituto expropriatório. Em que fase da desapropriação pode ocorrer a desistência. Conseqüências jurídico-econômicas da desistência. Honorários advocatícios. Juros compensatórios devidos. A restitutio in integrum *do bem expropriado.*

PARECER

I

OS FATOS

Em maio de 1978, determinado prefeito de município do interior do estado de São Paulo editou decreto, declarando de utilidade pública um terreno, para fins de construção de posto de pronto atendimento médico. Fundada no decreto editado, a municipalidade, em janeiro de 1979, ingressou em juízo com a competente ação judicial expropriatória, solicitando a imissão na posse do imóvel.

A imissão foi concedida, mediante o depósito do valor cadastral do imóvel para o exercício de 1979. Os expropriados contestaram a ação e, seguindo estritamente a lei, limitaram-se à impugnação do preço, já que todos os requisitos legais tinham sido atendidos pelo poder público. Em março de 1981, foi prolatada a sentença, julgando procedente a ação, fixando indenização pelo terreno e pelas benfeitorias nele realizadas.

Inconformados com o valor fixado, apelaram expropriados e municipalidade, pleiteando, os primeiros, a elevação do *quantum*, a segunda, a diminuição. A egrégia Câmara Civil do colendo Tribunal de Justiça de São Paulo manteve o decisório do magistrado de primeiro grau, cuja sentença transitou em julgado.

Em agosto de 1982, concluiu-se a conta de liquidação, apurando-se, além da correção monetária, os devidos juros compensatórios e honorários advocatícios. A conta de liquidação foi homologada por sentença, que transitou em julgado. Em novembro de 1982, os expropriados levantaram os 80% do depósito inicial. Em março de 1983, expediu-se o ofício requisitório da importância apurada na liquidação.

Em dezembro de 1984, a municipalidade antes da data fatal para o pagamento, que ocorreria em fins de dezembro de 1984, ingressou nos autos com pedido de desistência. Os expropriados, manifestando-se sobre o pedido de desistência da prefeitura, entenderam-no inviável a essa altura, por já haver sentença com trânsito em julgado e, caso isso fosse possível, seriam devidos pelo expropriante juros compensatórios e honorários advocatícios. O cálculo dos juros compensatórios e honorários advocatícios, caso

sejam considerados devidos, entendem os expropriados que deve ser feito na seguinte base: a) *juros compensatórios* a partir da imissão provisória na posse, até a efetiva devolução do imóvel expropriado; b) *honorários advocatícios* calculados sobre o total da indenização, ou seja, seria calculada a indenização, totalmente, e sobre o *quantum* fixado seria aplicado o percentual da verba honorária fixada na sentença, na base de 8%.

II

A CONSULTA

Em razão dos fatos, sintetizados antes com objetividade, o ilustre patrono da prefeitura solicita-nos parecer jurídico, concretizado nas seguintes perguntas:

1. É possível a desistência da desapropriação na fase em que foi requerida, considerando-se que já houve sentença com trânsito em julgado, mas ainda não efetivado o pagamento da indenização fixada?

2. Quais as conseqüências jurídico-econômicas da desistência? São devidos honorários advocatícios? E juros compensatórios?

3. Em que base devem ser calculados os honorários advocatícios? E os juros compensatórios?

III

OS PRINCÍPIOS

O instituto expropriatório

O *direito de propriedade,* no mundo ocidental de orientação não-socialista, é o mais relevante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos do indivíduo, mas aos poucos esse direito, que, no sistema romano e em toda Idade Média, era absoluto, passa a sofrer *limitações,* impostas por motivos de ordem pública.

A *desapropriação* é uma das *restrições* legais que a administração impõe ao direito de propriedade, decorrendo do exercício do *poder de polícia* do Estado.

Lato sensu, desapropriação é o ato de direito público pelo qual a administração, fundamentada na necessidade pública ou no interesse social, subtrai, em benefício próprio ou de terceiros, direitos do proprietário sobre seu *bem,* mediante indenização. *Stricto sensu,* desapropriação é o ato pelo qual o Estado, necessitando de um bem para fins de interesse público, subtrai, em benefício próprio ou de terceiros, direitos do proprietário sobre seu bem, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (cf. nosso *Tratado geral da desapropriação.* Forense. v. I. p. 28).

A desapropriação principia pela declaração de utilidade pública (ou interesse social), concretizada no decreto, *ato discricionário* editado pelo chefe do Executivo, que, para tanto, consulta apenas a oportunidade e/ou conveniência da medida.

A desapropriação, como se sabe, compreende duas fases, a *administrativa* e a *judicial.* O vocábulo desistência tem sentido técnico, referindo-se, tão-só, ao desinteresse do Estado, quanto ao bem, *na fase judicial.* Não há, quase nunca, na prática, *desistência* na primeira fase, regra geral. Basta que o poder público deixe correr o tempo, até a caducidade do decreto. Raras vezes, porém, pode revogar o decreto expropriatório

Por isso, a frase "a qualquer tempo", empregada pacificamente pela jurisprudência (cf. STF, in *RDA, 54*:133), ou a frase "mesmo depois de intentada a ação judicial" (cf. STF, in *RDA, 17*:108), ou ainda a afirmação "esteja o feito na fase em que estiver" (cf. Tasp, in *RT, 446*:147), aplicam-se, quase sempre, à desistência, na fase judicial, já que "desistir" é iniciativa do poder público, que ocorre na segunda fase do procedimento expropriatório.

Na fase administrativa, declarado o bem de utilidade pública, não há falar-se em *desistência,* porque o decreto ou é eivado de nulidade flagrante e o Estado tem o poder-dever de decretar a anulação do ato, ou a declaração é considerada inoportuna e/ou

inconveniente e, nesse caso, o Estado pode decretar a revogação do ato. Na fase administrativa, o Estado pode ainda conservar-se inerte e deixar caducar o decreto, por decurso do tempo.

Anulação e *revogação* do decreto expropriatório, na fase administrativa, não caracterizam, assim, de modo algum, o instituto da *desistência,* tanto que, nestas duas hipóteses, o expropriado não pode propor ação direta de perdas e danos, a não ser no caso, previsto em lei, de as autoridades administrativas, abusivamente, penetrarem, *manu militari,* no imóvel e o danificarem (art. 6º do Decreto-lei nº 3.365/41). Entretanto, a *revogação do decreto de expropriação* pelo chefe do Executivo caracteriza a *desistência,* quando a medida é tomada na fase judicial do processo expropriatório.

Desistência da desapropriação

Desistência, na desapropriação, é, pois, a iniciativa discricionária, unilateral e concreta, mediante a qual o poder público interrompe o andamento do processo expropriatório, sem audiência do expropriante, devolvendo-lhe o bem, declarado de interesse público.

Claro é o *fundamento da desistência.* Assim como a *declaração de utilidade pública* está na esfera discricionária da administração, sendo insuscetível de controle jurisdicional, do mesmo modo, a qualquer tempo, também discricionariamente, pode haver *revogação da declaração,* consultando-se apenas o interesse público, resumido aqui no binômio oportunidade e conveniência. O Estado, entendendo inconveniente ou inoportuna a desapropriação do bem, pode desfazê-la.

Na fase administrativa, pelo desfazimento do decreto — quer pela *anulação* ou *revogação,* quer pela *inércia* — que ocasiona a *caducidade do decreto expropriatório,* o poder público pode, por ação ou por omissão, manifestar a vontade de que o bem não mais interessa ao Estado. Neste caso, regra geral, não se fala em perdas e danos, pois o decreto, pairando sobre o bem a ser expropriado, não chegou a afetar o *direito de propriedade.*

Na fase judicial, quando o Estado efetivou ou promoveu a desapropriação, ingressando, em juízo, com a ação judicial, ainda aqui, em qualquer fase, é possível a restituição do bem expropriado ao proprietário, configurando-se, então, como dissemos, nesta altura — e só agora — o instituto da desistência.

Se, na primeira fase, o expropriado não tem meios de provar, em juízo, os danos concretos, advindos do decreto, nesta segunda fase, a fase judicial, podem ocorrer sensíveis danos patrimoniais ao *dominus,* surgindo, assim, no campo do direito, a relevante questão de saber-se em que medida foi prejudicado o proprietário do bem, a partir da imissão de posse.

Como, na fase judicial, pode concretizar-se a desistência? Mediante a *revogação do ato expropriatório,* "o que acarreta, automaticamente, a extinção do processo, se já houver ação ajuizada" (cf. Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 7. ed. 1979, p. 586-7). Note-se que a *revogação do ato expropriatório* está, tão-só, na esfera do poder discricionário do chefe do Executivo, sendo absolutamente imune à apreciação do poder judiciário, porque "revogar" cabe somente à administração ao passo que "anular" cabe à administração e ao Judiciário, ao contrário do que pensam alguns, interpretando erroneamente a Súmula nº 473 do STF. Aquela claríssima colocação ("e ressalvada, *em todos os casos,* a apreciação judicial"), é concernente não à *revogação,* em si, mas quando ela atinge os "direitos adquiridos", estes sim, suscetíveis ao controle judicial, quando lesados. Jamais o Poder Judiciário teve competência para proceder à *revogação do decreto expropriatório.* Nunca. No entanto, cabe àquele poder a faculdade revisionista, que incide apenas sobre o ato ilegal (e não sobre o ato inoportuno e inconveniente) e que respalda o instituto da anulação, sujeita sempre, à revisão judicial, mas inconfundível com a revoga-

ção, pois esta é da competência da administração.

"Desde que o pressuposto da desapropriação é a utilidade pública ou o interesse social do bem expropriado, cessado este ou aquele, não se pode compelir a administração a manter o ato expropriatório, já agora inútil aos seus fins" (Meirelles, Hely Lopes. op. cit. p. 587). "Se a propriedade *ainda é do particular,* o expropriamento permanece como direito do expropriante contra ele, comportando, portanto, renúncia unilateral" (cf. Seabra Fagundes, Miguel. *Da desapropriação no direito brasileiro.* 2. ed. 1949. p. 282). "Ainda é do particular" significa "ainda não integrou *definitivamente* o patrimônio do Estado por não haver ocorrido o pagamento da indenização e a transcrição da sentença no Registro de Imóveis".

Momento da desistência

Cabe indagar, quando, em que momento preciso do processo judicial expropriatório, pode ocorrer a desistência, tendo os tribunais procurado fixar colocações, desde a mais radical ("É lícito à administração, *em qualquer tempo,* desistir do processo de desapropriação" — STF, in *RDA,* 54:133. "É reconhecido ao poder expropriante o direito de desistir da desapropriação intentada, *esteja o feito na fase em que estiver*" — Tasp, in *RT, 446*:147), passando-se por outras mais plásticas e genéricas ("Ao Poder Público é lícito desistir da desapropriação, *mesmo depois de intentada a ação judicial*" — STF, in *RDA, 17*:108. "O expropriante pode desistir da desapropriação, *ainda que em fase judicial*" — STF, in *RDA, 106*:155), até chegar-se a outras que procuram delimitar o ponto até o qual pode a administração efetivar a desistência ("É possível, sem audiência da parte contrária, a desistência da desapropriação, *pelo menos até a efetivação do pagamento*" — Tasp, in *RT, 519*:187. "É lícito ao poder expropriante desistir da expropriação unilateralmente, *desde que o faça até o encerramento da fase do art. 34,* do Decreto-lei nº 3.365/41" — TJSP, in *RT, 582*:75).

Em suma, três colocações são admitidas pela jurisprudência, quanto à desistência da desapropriação:

a) "em qualquer tempo", "esteja o feito na fase em que estiver";

b) "depois de intentada a ação judicial", "ainda que em fase judicial";

c) "pelo menos até a efetivação do pagamento", "desde que o faça até o encerramento da fase do art. 34, do Decreto-lei nº 3.365/41".

Efeitos da desistência

O primeiro efeito jurídico da desistência é a volta ou devolução do bem ao patrimônio do expropriado, mas a este, o que interessa, na verdade, é não somente o bem como o ressarcimento pelos prejuízos que alega ter sofrido com o procedimento expropriatório.

Admitamos um edifício que tenha sido desapropriado, tendo-se a administração imitido na posse do imóvel. Claro que, se depois de dois anos, por exemplo, ocorre a *desistência,* no mínimo, além de outras despesas, a administração tem de devolver ao expropriado o que equivaleria aos "lucros cessantes" ou "frutos", que emanariam do bem, caso estivesse alugado a terceiros.

Admitamos agora que a municipalidade tenha desapropriado terreno vazio, improdutivo, para nele construir escola, hospital ou posto de atendimento e que, depois, na fase judicial, o prefeito, julgando inoportuna e inconveniente a construção, revogue o decreto, requerendo ao Judiciário a *desistência.* Nesse tempo, quanto teria rendido o imóvel? Nada. Que frutos produziu? Nenhum. Qual o prejuízo sofrido pelos proprietários, se o município devolve o imóvel, no mesmo estado em que o recebeu? Também nenhum. Mesmo que a municipalidade tivesse construído sobre o imóvel ou iniciado a construção, o importante é devolver o imóvel, no estado em que o recebeu. Nesse caso, basta destruir as obras feitas.

Impugnação da desistência

Conforme se infere da definição de *desistência,* já apresentada, não se pode falar em *impugnação de desistência* da desapropriação, porque se trata de ato unilateral, que se completa, assim que editado, dependendo, tão-só, da expressa manifestação da vontade do poder público.

Realmente, como poderia o particular ditar normas de agir ao chefe do Poder Executivo, impugnando-lhe a edição do ato administrativo discricionário, se o prefeito está informado pelo princípio "o interesse público prevalece sobre o interesse privado"? Afinal, quem governa? O prefeito ou o munícipe? "Salus rei publicae suprema lex est." Se *desistência* é *juízo axiológico* ou *de valor,* de natureza discricionária, que exprime a colocação do *administrator,* ao gerir os negócios do governo, concluindo que certa construção é prejudicial ao Estado, porque inoportuna ou inconveniente, como pretender o munícipe substituir-se ao dirigente e modificar-lhe a conduta, impugnando-lhe a vontade?

O que não se pode fazer, no campo do direito administrativo, entretanto, é aproveitar o próprio bojo dos autos e, a pretexto de impugnação, pleitear, na mesma peça jurídica, o ressarcimento pelos pretensos danos sofridos.

Ação própria de perdas e danos

"A desapropriação é ato de império e pode ser *desfeita* pelo Estado, que a decreta" (TFR, in *RDA, 83*:272). Não há a menor dúvida. Desse modo, pela *anulação* e *revogação,* na fase administrativa, o poder público pode desfazer o decreto expropriatório. Na fase judicial, ainda revogando o ato, a administração pode provocar a extinção do processo pela *desistência,* cabendo ao administrado uma só atitude: pleitear, em ação própria, o ressarcimento dos danos, se houver.

"Ação própria" e "ação direta" são duas expressões que constam da lei expropriatória de 1941, respectivamente no art. 34, parágrafo único, e no art. 20 ("A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; *qualquer outra questão* deverá ser por *ação direta").* "Ação direta" e não "ação no bojo dos autos", como a "contestação" ou "impugnação".

Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal, em feito semelhante ao que estamos considerando, decidiu que, "no caso de *desistência* da ação de desapropriação, fica assegurada ao expropriado a indenização do prejuízo causado, *por ação própria"* (STF, in *RDA, 113*:165). Em outra ocasião, a mesma Corte decidiu que, "se (o expropriante) algumas obras realizou, com prejuízo do desapropriado, ressalvado fica o direito à reparação, *em procedimento próprio"* (STF, in *RTJ, 63*:510). Por fim, "é lícito ao expropriante, a qualquer tempo, desistir da desapropriação, ressalvada ao expropriado *ação de perdas e danos"* (STF, in *RDA, 110*:240).

Em suma, somente através de "ação própria", "ação direta", "ação autônoma" e, nunca, no próprio bojo do processo expropriatório, o expropriado poderá pleitear ressarcimento pelos pretensos danos sofridos, mesmo porque, a *impugnação da desistência,* quase sempre mero pretexto para ingressar novamente em juízo, por via oblíqua, para obter pagamento de juros compensatórios, não tem fundamento. Munícipe pretender impugnar desistência de desapropriação é o mesmo que aceitar a regra "munícipe deve administrar o município", porque sabe melhor do que o chefe do Executivo o que é oportuno e conveniente para a comuna.

Dano e prova do dano

O primeiro requisito para que se concretize a reparação ou indenização por parte do Estado é a *existência do dano* (cf. nosso livro *O Estado e a obrigação de indenizar.* 1980. p. 126).

O *dano* é caracterizado por certos atributos que o configuram, no campo jurídico, devendo ser "certo", "específico", "anor-

mal" e "futuro" (cf. Vedel, Georges. *Droit administratif*. 5. ed. 1973. p. 389; Dias, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. 1979. v. II. p. 401). Nas palavras precisas do antigo diretor da Faculdade de Direito de Paris, "o dano, quer atual, quer futuro, é reparável, mas deve ser *certo*" (cf. Vedel, Georges. op. cit. p. 389). E provado, aduzimos nós.

Desse modo, os efeitos do ato danoso recaem, de imediato, no patrimônio atual, ocasionando-lhe diminuição sensível, ou se projetam para o futuro, compreendendo o período que vai do incidente que atingiu a *vítima* até o dia do ressarcimento integral, pelo causador do dano. Com base nesta distinção, *presente* e *futuro*, é que se configura o denominado dano emergente — *damnum emergens* — e o lucro cessante — *lucrum cessans* — modalidades que podem ocorrer, cumulativamente, somando-se, ou, de maneira distinta, excluindo-se.

"A *destruição de carro histórico*, por exemplo, de preço altíssimo, mas indeterminado, que depende da intensidade ou não da demanda, digno de figurar em exposições e museus, configura dano positivo e certo, pois, se continuasse intacto, não traria para o proprietário renda alguma a ser apurada, desde o momento da concretização do dano até sua liquidação (*dano emergente* de natureza instantânea ou pontual), mas destruição de *carro de praça*, embora de valor incomparavelmente menor, mas de preço determinado (ou determinável), que produz lucros todos os dias, configura o *lucro cessante*, prejuízo que advém ao proprietário, em decorrência da demora no cumprimento da obrigação" (cf. nosso livro *O Estado e a obrigação de indenizar*. cit. p. 128-9).

Em questões de desistência de desapropriação e conseqüente devolução do imóvel ao expropriado, há que distinguir-se dois tipos de bens, o imóvel que tem valor em si, mas que não produz lucro, e o imóvel que produz lucro. *Prédio*, que estava locado e produzia renda, equivaleria, por assim dizer, ao carro de praça; *mansão de luxo*, de natureza histórica, jamais alugada e que o proprietário exibia, como objeto cultural, equivaleria, de certo modo, ao carro histórico. No entanto, terreno no qual nunca se construiu e que jamais produziu renda vale hoje mais do que valia antes e, ao ser restituído ao antigo proprietário, não trouxe prejuízo algum. Trouxe até lucro, tanto mais que os 80% do depósito, efetuado na época da imissão de posse, ficaram à disposição do proprietário, que poderia aplicá-los do modo que achasse mais rentável.

Observe-se que a menção aos "carros históricos" e "de praça" foi feita, em livro, há mais de cinco anos, confirmando a posição que agora sustentamos.

Uma coisa, porém, é certa. Se há dano, *o dano deve ser provado*. No caso de terreno vazio desocupado, para a construção de prédio, a prova do prejuízo deve ser feita. Por exemplo, o proprietário mostrará em juízo, que, na época da propositura da ação judicial expropriatória, ingressara, na prefeitura, com um projeto de construção de casa, mas a iniciativa da municipalidade o impedira de construir e alugar a casa. Desse modo, fazendo o cálculo do aluguel, na época e os reajustes até hoje, poderia pleitear juros compensatórios. Ou provaria cabalmente que o terreno ia ser usado como estacionamento de veículos, produzindo renda.

Fora disso, a nosso ver, imóvel vazio expropriado e restituído, no mesmo estado, não permite o *ressarcimento*, mediante cobrança de *juros compensatórios*. Compensar o quê? Se não ocorreu o desequilíbrio patrimonial dos expropriados, como pretender ressarcimento?

Juros compensatórios

A lei expropriatória é omissa, no que diz respeito aos *juros compensatórios*, mas a construção pretoriana foi-se orientando, no sentido de compensar a perda *definitiva* da posse, não se aplicando às hipóteses de *desistência*, mesmo tendo ocorrido imissão provisória, porque *posse precária é perda temporária* da posse.

No caso de terreno devolvido, por desistência, o expropriado deve pleitear qualquer tipo de ressarcimento a que julgue ter direito mediante ação própria, posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal (cf. *RTJ*, 63:510 e *100*:276). *Juros compensatórios*, em caso de imóvel improdutivo devolvido, superariam, em muito, o valor atual do terreno.

Enriquecimento sem causa

O *princípio do enriquecimento sem causa* ou *enriquecimento ilícito*, expresso na fórmula milenar dos romanos "nemo potest lucupletari iactura aliena" ou "nemo locupletari potest alterius iactura" (cf. Orlando, Vittorio Emanuele. *Principii di diritto ammnistrativo*. 5. ed. 1919. p. 439), aplica-se de modo perfeito à hipótese em que expropriados querem pleitear juros compensatórios, calculados de tal modo que passassem a superar o próprio valor venal do terreno que a municipalidade pretende devolver.

Os expropriados, que já levantaram, há tempos, na época da imissão de posse, os 80% do valor depositado e aplicaram tal soma, se recebessem ainda juros compensatórios e o terreno de volta, estariam enriquecendo ilicitamente, em detrimento da Fazenda municipal: terreno de volta nas mesmas condições + indenização muitas vezes superior ao valor atual do terreno.

O "princípio do enriquecimento sem causa", que informa o instituto dos juros compensatórios, impede que o expropriado "fique mais rico" e que a municipalidade "fique mais pobre". Pagando juros compensatórios, em proporção que supere o valor do imóvel, o prefeito poderia até, mais tarde, ser sujeito passivo de *ação popular*, por lesão ao erário. Aqui, ao contrário, o prefeito luta pela moralidade administrativa.

IV

APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS AO CASO CONCRETO

Certa ocasião, terreno absolutamente vazio, no qual não havia construção alguma, foi declarado de utilidade pública, para fins de nele ser construído posto de pronto atendimento médico.

Mais tarde, a municipalidade ingressou com ação expropriatória, sendo-lhe concedida imissão de posse, depositado o preço, como é da lei. Os expropriados levantaram o preço, na base legal de 80%.

A prefeitura obteve êxito, na causa, até decisão final, no segundo grau de jurisdição.

O prefeito, no uso legal de suas atribuições, julgando depois que era inoportuna e inconveniente a construção, revogou o decreto expropriatório, na fase judicial, o que determinou, automaticamente, a *extinção do processo*.

Pelo princípio do paralelismo das formas, o prefeito, que tem competência para a declaração expropriatória, baseado no poder discricionário, que lhe é facultado, tem também, *a contrario sensu*, o poder de editar revogação do próprio ato, considerando, para tanto, a inoportunidade e a inconveniência da medida, hoje, quando as exigências do município são outras. Neste setor, o Poder Judiciário não pode entrar, porque, do contrário, o magistrado estaria substituindo o administrador, usurpando-lhe as funções.

A *desistência*, ato discricionário, unilateral, editado sem audiência do expropriado, é imune ao controle jurisdicional, porque se inscreve na faixa inerente do governante. Quem pode editar o decreto, por conveniência e oportunidade, pode revogar o mesmo decreto, mais tarde, por inconveniência e inoportunidade. No poder de editar, está implícito o de revogar.

Se o administrador, em suas funções normais de administrar, toma iniciativas, naquilo que diz respeito ao *peculiar interesse* do município, ninguém, nem munícipe nem o Poder Judiciário, pode invadir-lhe a área, ditando-lhe normas que devam ser seguidas, nas funções governamentais.

Legítima a desistência, no caso, porque feita antes do pagamento da indenização, pois a prefeitura sequer depositou o *quantum* correspondente e, como conseqüência, não se aperfeiçoou a transação, cabe inda-

gar a respeito das conseqüências do ato lídimo do prefeito.

Neste caso, como demonstramos, não são devidos juros compensatórios, porque a imissão provisória, temporária ou precária, na posse do imóvel, é inconfundível com a hipótese da perda definitiva da posse.

Além de não ser possível impugnar a desistência, mais grave ainda é pretender, no próprio bojo dos autos, *a latere* do ingresso, por via oblíqua, a impugnação da desistência, pleiteando o ressarcimento — juros compensatórios e honorários advocatícios — o que somente pode ser requerido em ação própria, ação direta, ação judicial autônoma, ordinária, de perdas e danos.

Quanto aos *honorários advocatícios* devidos, o *quantum* será arbitrado pelo juiz, levando-se em conta o trabalho do profissional e as relativas dificuldades oferecidas pelo proceso.

Ad argumentandum, tão-só, caso fossem devidos os juros compensatórios e os honorários advocatícios, de modo algum os cálculos poderiam chegar ao *quantum* altíssimo, pretendido pelos expropriados, pois, na verdade, o que pretendem os expropriados é que se calcule a indenização devida, efetuando-se nova conta de liquidação, extraindo-se daí os juros e honorários.

Examinando com a maior atenção os autos, verificamos que a pretensão é absurda, porque neles existe uma *conta de liquidação,* onde já foram fixados os *juros compensatórios* e os *honorários de advogado.*

Pois bem, essa conta foi homologada por sentença, transitada em julgado, *quantum* esse insuscetível de alteração, por força da imutabilidade da *res judicata.* Caso fossem realmente devidas, seriam aquelas importâncias apuradas em conta de liquidação de fls., bastando, tão-somente, que se atualizassem as importâncias, até o dia do pagamento. Aplicando-se ao caso os índices de correção monetária (ORTN), o cálculo não oferece maiores dificuldades.

Entretanto, como os expropriados levantaram o depósito inicial, efetuado pela municipalidade para imissão de posse, no terreno, cumpre atualizá-los para descontar daquilo o que seria devido como juros e honorários.

Note-se que a atualização dos valores, pela aplicação da correção monetária, deverá ser feita até o presente.

V

O PARECER
(Respostas às perguntas formuladas)

Expostos os fatos com a maior objetividade, enunciada a consulta, resumida em três indagações, apresentados os princípios jurídicos, concernentes ao caso, aplicados depois esses princípios ao caso concreto, estamos em condições de resumir nossa opinião.

Pergunta: é possível a desistência da desapropriação na fase em que foi requerida, considerando-se que já houve sentença com trânsito em julgado, mas ainda não efetivado o pagamento da indenização fixada?

Resposta: como já foi plenamente demonstrado, no poder de declarar a utilidade pública de um imóvel, para efeitos de desapropriação, consultando-se a oportunidade e a conveniência, está implícito, *a contrario sensu,* o poder de desistir da desapropriação, mais tarde, porque o chefe do Executivo é a única autoridade que, em princípio, sabe o que é do peculiar interesse do município. Embora uma corrente extremada jurisprudencial entenda que "em qualquer tempo" (STF, in *RDA, 54*:133) ou "esteja o feito na fase em que estiver" (Tasp, in *RT, 446*:147) é possível a desistência, somos de parecer que "a desistência da desapropriação é possível, sem audiência da parte contrária, pelo menos até a efetivação do pagamento" (Tasp, in *RT, 519*:187), o que significa que, enquanto não levantado o preço da indenização pelo expropriado, é possível a desistência da desapropriação. No caso, a municipalidade sequer depositou o valor da indenização.

Pergunta: quais as conseqüências jurídico-econômicas da desistência? São devidos ho-

norários advocatícios? E juros compensatórios?

Resposta: os prejuízos, que os expropriados alegam ter sofrido, deverão ser pleiteados em ação própria, pelas vias ordinárias, e não obliquamente, como fizeram, no bojo do pedido de desistência, quando, a pretexto de impugnar a iniciativa legítima da prefeitura, solicitaram o absurdo pagamento dos juros compensatórios, em base totalmente afastada da realidade. Calculados, conforme postulam os expropriados, a prefeitura iria pagar muitas vezes o que vale o terreno hoje, o que implicaria a infringência do *princípio do enriquecimento ilícito.* Por outro lado, nada mais justo do que pagar os *honorários advocatícios,* em base justa, contraprestação devida ao profisisonal que atuou no processo.

Pergunta: em que base devem ser calculados os honorários advocatícios? E os juros compensatórios?

Resposta: como dissemos, na resposta à pergunta anterior, os honorários advocatícios, evidentemente devidos, deverão ser arbitrados pelo juiz da causa, como contraprestação aos serviços prestados aos expropriados, em todo o procedimento expropriatório. O que não se pode fazer é calcular a indenização devida e, tomando-a como referência, fazer nova conta de liquidação, desta extraindo-se o percentual concernente aos honorários advocatícios, na base de 8%, calculados, desse modo, como se se tivesse de pagar a indenização total. Já foram feitos os cálculos a respeito dos juros compensatórios e dos honorários advocatícios devidos, pagamento que deve ser efetuado pela prefeitura nessa base, para que não se infrinja o princípio do enriquecimento sem causa.

Por todos esses motivos e considerando-se que:

a) a desistência da desapropriação é cabível, porque está na esfera discricionária do chefe do Executivo, mesmo depois de prolação de sentença, com trânsito em julgado, desde que não efetivado ainda o pagamento da indenização fixada;

b) a prefeitura, no caso presente, sequer depositou o valor da indenização e, como conseqüência, não se perfez o negócio jurídico, porque o expropriado, como é óbvio, não levantou o *quantum* devido;

c) a impugnação da desistência não tem eficácia jurídica, porque, pelo princípio do paralelismo das formas, quem pode decretar a desapropriação, pode, *ipso facto,* revogá-la;

d) incabível a impugnação, mais absurdo é o pedido, no mesmo instrumento jurídico, de solicitar juros compensatórios e honorários advocatícios, calculados de modo divorciado da realidade;

e) a pretensão é insustentável, porque existe nos autos conta de liquidação, onde se fixaram os juros compensatórios e a verba honorária, conta homologada por sentença, transitada em julgado;

f) o *quantum* fixado é insuscetível de alteração, porque fundamentado na imutabilidade da coisa julgada;

g) a solicitação de juros compensatórios, no caso de desistência da desapropriação, deve ser requerida em procedimento próprio (STF, in *RTJ, 63*:510), em ação própria (STF, in *RDA, 113*:165), jamais na própria peça que pretende impugnar a desistência, instrumento processual espúrio, que descaracteriza o pedido;

h) o terreno não chegou a integrar o patrimônio do município, pois, não tendo havido pagamento total da indenização, o negócio não se completou e, portanto, a decisão final não foi registrada no competente registro, permanecendo, assim, ainda, no patrimônio do expropriado;

i) "se a propriedade ainda é do particular, o expropriamento permanece como direito do expropriante, contra ele, comportando, portanto, renúncia unilateral" (cf. Seabra Fagundes, Miguel. *Da desapropriação no direito brasileiro.* 2. ed. 1949. p. 282);

j) rotular de imoral a "buscada desistência" é afirmação que não merece o mais leve comentário, podendo-se, ao contrário,

sustentar a moralidade administrativa, consistente na defesa do erário, contra a postulação de exagerada indenização;

l) a revogação do ato administrativo não sofre restrições, é absoluta e totalmente imune à apreciação do Poder Judiciário, conforme interpretação correta da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, já que somente a administração é competente para revogar o ato administrativo editado, fundada na inconveniência ou inoportunidade da medida;

m) a proposição mandamental "a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial" (Súmula nº 473 do STF) está a favor da municipalidade, porque a administração ou municipalidade revogou, por motivo de conveniência e oportunidade, o próprio ato, não se verificando, na hipótese, nenhuma ilegalidade, pelo que a revogação não se sujeita à apreciação judicial;

n) a desistência da ação de desapropriação está condicionada à revogação do decreto expropriatório, exaurindo-se, no momento preciso da edição do ato, iniciativa que, automaticamente, incide sobre o processo, extinguindo-o, quando há ação ajuizada;

o) sendo o ato vinculado, feito o pedido da desistência, impõe-se a homologação pelo Poder Judiciário, que, nesse caso, exerce ato de administração, e não ato de jurisdição;

p) a viabilidade e a legitimidade do pedido de desistência impedem o controle jurisdicional do ato que, visto preencher os requisitos legais impostos, acarreta, como conseqüência, a necessária homologação judicial;

q) não mais presente o interesse público, que inspirou há muitos anos a declaração de utilidade pública concretizada no decreto, a municipalidade que não transformou e não adaptou o imóvel, pois que se trata de terreno e não de edifício, a desistência é até poder-dever do administrador, porque com o decorrer do tempo, o prefeito entende hoje que a construção não mais satisfaz ao peculiar interesse do município e, nesse campo, nem o Poder Judiciário pode manifestar-se, substituindo-se o administrador pelo juiz;

r) "a desistência da ação expropriatória pressupõe a devolução do bem expropriado nas mesmas condições em que o expropriante o recebeu do proprietário. Devolver é restituir. E restituir é fazer a coisa retornar ao primitivo dono, com as mesmas características, qualitativas e quantitativas, de seu estado anterior" (cf. Meirelles, Hely Lopes. *Parecer. RDA, 154*:255). *"Se, antes da quitação, poderá o expropriante arrepender-se, mediante desistência da ação,* essa faculdade revocatória depende da possibilidade de uma *restitutio in integrum,* ou seja, de que possa ser restabelecido o domínio anterior sobre a mesma coisa" (Tácito, Caio. *Parecer. RDA, 154*:245);

s) no caso, o bem, o terreno é exatamente o mesmo,

temos a mais firme das convicções jurídicas de que o procedimento da prefeitura é absolutamente jurídico, legitimando-se a desistência, e operando-se a *restitutio in integrum,* nesta fase do longo procedimento expropriatório, quando o valor da indenização sequer foi depositado e que os honorários advocatícios e juros compensatórios deverão ser pagos, seguindo-se os cálculos feitos, e não como pretendem os expropriados, que infringiriam o princípio do enriquecimento sem causa, se calculasse a indenização devida, com nova conta de liquidação, extraindo-se daí os juros compensatórios e os honorários advocatícios.

É tempo, pois, de fixarmos, no direito brasileiro, alguns princípios jurídicos, que informam, entre nós, o instituto da desistência da desapropriação, assim enunciados, de forma imperativa:

1. Pelo princípio do paralelismo das formas, quem pode decretar a desapropriação

pode desfazê-la, quer pela *anulação*, quando, *sponte sua*, a administração descobre ilegalidade no procedimento expropriatório, quer pela *revogação*, quando o desapossamento, julgado conveniente e oportuno, hoje, é considerado inconveniente e inoportuno, no futuro.

2. A desistência da desapropriação, em qualquer fase do procedimento expropriatório, é cabível, porque inserida na esfera discricionária do chefe do Executivo, na respectiva esfera, mesmo depois de prolatada a sentença, com trânsito em julgado, desde que não efetivado, de modo definitivo, o pagamento completo da indenização fixada, com o posterior registro da decisão final no competente registro de imóveis. Não perfazendo, de modo integral, o negócio jurídico, pode este ser desfeito.

3. Quando o bem expropriado não chega a integrar o patrimônio do Estado, por não haver sido pago o total da indenização, a operação não se completou e, portanto, a decisão final não foi registrada, permanecendo, assim, o bem no patrimônio do expropriado.

4. "Se a propriedade ainda é do particular, o expropriamento permanece como direito do expropriante, contra ele, comportando, portanto, renúncia unilateral" (Seabra Fagundes, Miguel op. cit. p. 282).

5. Integridade do bem a ser restituído, *restitutio in integrum*, eis a barreira que se ergue contra a desistência, porque se o bem foi, em definitivo, "desnaturado", sendo impossível a devolução "do mesmo bem", impossível, por parte do Estado, a desistência da desapropriação.

6. Viabilidade e legitimidade do pedido de desistência impedem o controle jurisdicional do ato de desistência que, preenchendo os requisitos legais exigidos, tem, como conseqüência, a necessária homologação judicial.

7. Conforme é ponto pacífico, na doutrina pátria, "a desistência da desapropriação pressupõe a devolução do bem expropriado nas mesmas condições em que o expropriante o recebeu do proprietário. Devolver é restituir. E restituir é fazer a coisa retornar ao primitivo dono, com as mesmas características, qualitativas e quantitativas, de seu estado anterior" (Meirelles, Hely Lopes. *Parecer, RDA, 154*:255. "Só é admissível a desistência de ação expropriatória, desde que o expropriante devolva o mesmo bem expropriado, nas mesmas condições e estado em que o recebeu" (Id. ibid. p. 248). "Se, antes da quitação, poderá o expropriante arrepender-se, mediante desistência da ação, essa faculdade revocatória depende da possibilidade de uma *restitutio in integrum*, ou seja, de que possa ser restabelecido o domínio anterior sobre a mesma coisa" (Tácito, Caio, *Parecer. RDA, 154*:245).

8. Também a jurisprudência brasileira consagra o instituto de desistência da desapropriação, em inúmeros casos, ressalvadas, porém, as hipóteses, raras, aliás, de exceção. Assim, "desistência de desapropriação, quando a expropriante reteve a posse mediante imissão provisória, torna devidos, na própria ação expropriatória, juros compensatórios já fixados em sentença e na conta de liquidação" (STF, in *RDA, 157*: 242), calculados de modo compatível com a realidade. "A desistência de desapropriação de ações somente é admissível, quando pode ser restituído o mesmo bem desapropriado" (TJSP, in *RDA, 156*:216). "Transformada a primitiva sociedade privada concessionária em sociedade de economia mista, não somente se extinguiu a concessão de serviço público, como se inviabilizou a restauração da situação jurídica anterior dos acionistas" (TJSP, in *RDA, 156*:216).

9. Em síntese, a desistência da desapropriação, no direito brasileiro, é ponto pacífico, quer na doutrina, quer na jurisprudência, em qualquer fase do procedimento expropriatório, *in fieri*, desde que o bem expropriado não tenha passado, de modo total, para o patrimônio do Estado, em operação perfeita e acabada, com a ressalva única da devolução integral do bem (*restitutio in integrum*), se o bem é infungível,

ou com a restituição de bem absolutamente semelhante, em quantidade, qualidade e substância, se fungível.

Este o nosso parecer.

São Paulo, 12 de fevereiro de 1985. — *J. Cretella Júnior*, professor titular de direito administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.