OBSERVAÇÕES SOBRE A DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA*

I — Introdução; II — A prática administrativa da desapropriação no Brasil; III — Propostas para um redimensionamento possível (?) da desapropriação.

I — Introdução

Célebre narrativa da literatura relata que, no início dos tempos, estabeleceu-se a primeira tentativa de plágio do mundo: tudo o que Deus criava, o Diabo criava igual. Deus criou os Anjos, o Diabo o copiou e também criou a sua legião; Deus criou a Igreja, o Diabo também criou a sua, e assim por diante. Apenas duas das criações de Deus o Diabo não conseguiu copiar: a mulher e a terra. O Diabo então rogou uma praga: essas duas criações iriam provocar a maior confusão no mundo. Tudo indica que a praga pegou; o que se teve e se tem de guerra por conta desses dois elementos não se pode facilmente contar. À parte a injustiça de não se terem feito grandes guerras por causa do homem, divina criação que mereceria grandes lutas, certo é que, até mesmo quando se registra na história como sendo uma mulher a causa de alguma guerra, tudo ficou reduzido a um único elemento causal: o conflito sobre terras. Porque, em geral, a mulher é considerada apenas parte da propriedade "territorial", do "domínio" do senhor, agredido em seu patrimônio quando se vê privado desse bem (e não vai aqui algum trocadilho).

Desde tempos imemoriais, a terra é o registro do patrimônio e a demonstração de poder, que ainda hoje pretendem ostentar os homens. Daí a singeleza da questão referente à transferência compulsória da propriedade do patrimônio particular para o patrimônio público. Mesmo quando se afirma e se tem por assentado, como é certo que se tem, a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, as pessoas aceitam e acatam tal ditame quando não é ele mesmo o particular que vê bem do seu patrimônio objeto do interesse coletivo a ser transferido ao público. Por isso é que, não obstante as garantias havidas desde o Estado Moderno de que a desapro-

* Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da PUC/MG.

priação é feita "mediante justa e prévia indenização em dinheiro", continua ela a ser temida e indesejada pelos particulares.

Tão introjetada no particular o seu "sentimento" sobre a desapropriação que o estudante de Direito ao se referir à sua ocorrência acentua que já soube de alguém que "sofreu" uma desapropriação. É como se fosse uma doença ou uma lesão que alguém "sofre", não um instrumento legal de uso regular utilizado na relação administrativa.

No Brasil, força é convir não ser desarrazoado esse "sentimento" em relação à desapropriação, porque ao lado do pensamento sedimentado sobre a propriedade como fonte ou forma de expressão do "poder" pessoal, paira uma desconfiança permanente sobre a sua ocorrência, seu modo de ser feita, e, quase sempre muito diferentemente do quanto se pensaria pela simples leitura e entendimento do Direito, sobre a eficácia da garantia de presteza na sua indenização e celeridade na realização da obra, bem ou serviço público a ser aperfeiçoado com o objeto desapropriado.

A desapropriação, não poucas vezes, em sua prática antijurídica e agressiva por alguns administradores públicos, confina com o abuso de poder, com o desvio de finalidade, sendo utilizada como instrumento de pressões que gera negociações espúrias e indesejadas pelo sistema jurídico. Não se prestando a uma negociação, o particular proprietário vê-se ele, por vezes, "pressionado" exatamente com uma desapropriação pelo administrador público pouco afeito à sua obrigatória submissão ao Direito. De outra parte, nas desapropriações denominadas "amigáveis" (algumas, procedimentos realmente de "amigos", pois somente uma "ação entre amigos" poderia se conduzir tão proveitosamente para o particular) verificam-se soluções muito pouco aceitáveis para a sociedade que indeniza, mais ainda, para os demais desapropriados que não usufruem de igual tratamento.

O que se tem, com muita freqüência, na prática administrativa brasileira, é uma complexidade maior na relação firmada entre a entidade que desapropria e o desapropriado, porque esse instituto não tem sido utilizado, então, apenas como um instrumento administrativo válido e necessário, senão também como um instrumento político, tanto no sentido de realizador de políticas públicas, como no de comportamento político-partidário e de ação personalizada, sendo que, nesse sentido, ele é utilizado contra o Direito e contra o particular.

O processo de desapropriação dura, em média, hoje, nos Estados Brasileiros da Região Sudeste, oito anos em sua fase judicial. O pagamento da indenização, que ocorreria ao final da ação e após emissão de precatório, não realiza, pois, a garantia constitucional da justa indenização, menos ainda da sua previedade. É que o sentido da garantia constitucional de justa e prévia indenização é infirmado e contrariado pela lerdeza da atuação administrativa, que sabe, antes mesmo de deflagrar o processo de desapropriação, não dispor dos recursos para o pagamento a ser feito nas condições juridicamente previstas.

Curioso, no entanto, é que, se de uma parte se aferra mais a desconfiança e o descontentamento dos particulares com a desapropriação, de outra se tem por afirmado sempre mais a convicção de que o interesse público sobrepaira ao interesse privado e o resgate da cidadania passa, inclusive, necessariamente, pela sedimentação desse entendimento.

Daí que a desapropriação deveria ser sempre mais e mais aceita como uma imposição da vida na cidade política, como uma forma de participação igual nos encargos inclusive na gestão da coisa pública, para a melhoria das condições da convivência.

Todavia, tal crença e aceitação somente terá lugar quando a Constituição da República for efetivamente acatada sem qualquer desvio nesse tema, de tal maneira que o particular não suporte dano que o desiguale em relação aos concidadãos. Para tanto, é de se lhe assegurar a confiança e o resguardo dos seus direitos legitimamente embasados no sistema jurídico, e essencialmente neste tema quanto ao direito de propriedade-função social, que lhe é garantido como direito individual fundamental (art. 5º, incisos XXII, XXIII e XXIV, basicamente). O Direito brasileiro não admite confisco de propriedade, salvo casos expressos como a hipótese singular prevista para a expropriação (art. 243, da Lei Fundamental). O que se prevê e se possibilita ao Poder Público no sistema jurídico democrático é a desapropriação, vale dizer, a transferência de titulação de propriedade do patrimônio particular para o público mediante condições preestabelecidas e que deixem indene, na forma justa, o patrimônio do qual se retire o bem necessário à realização de interesse público específico.

Se de um lado se requer, cada vez mais, a exigência do cumprimento e observância irrestrita dos direitos do indivíduo, de outro cumpre que se sensibilize também o cidadão quanto à hipoteca social que sobre o direito de propriedade recai, de tal maneira que tenha ele ciência de que o objeto da propriedade não é insubstituível ou inexpugnável ao interesse da coletividade objetivamente comprovado.

Ademais, urge que a doutrina e a jurisprudência reexaminem o tema e interpretem as normas sobre o direito de propriedade, de tal maneira que desse exercício ressaia o direito de propriedade contemporâneo ao quanto a sociedade vive, espera a legitima como aquele que é próprio a suas demandas e aspirações.

II — A prática Administrativa da Desapropriação no Brasil

A desapropriação tal como praticada no Brasil, atualmente, suscita problemas de variada ordem, sendo de se relevarem alguns até mesmo como ponto de partida para o repensamento e sugestões que permitam o aperfeiçoamento da aplicação do instituto.

Dentre estes pontos que constituem questões postas a debate, sublinho alguns que me parecem possíveis de serem reestudados e reestruturados de forma mais consentânea aos fins buscados com o emprego do instituto. São eles basicamente: a) "desapropriação administrativa" (chamada amigável); b) a imissão provisória na posse, sua concepção jurisprudencial e doutrinária; c) a retrocessão como direito real; d) o pagamento da indenização e os precatórios; e) a denominada "desapropriação indireta".

A) *A Desapropriação Administrativa (amigável)*

A desapropriação é um procedimento por meio do qual a entidade pública transfere compulsoriamente objeto de propriedade particular para o patrimônio público mediante o cumprimento de exigências constitucionalmente positivadas.

Como plenamente consabido e sedimentado no Direito brasileiro esse procedimento pode ser aperfeiçoado sem que se estabeleça uma lide, vale dizer, concertando a entidade que desapropria e o desapropriado quanto aos termos da transferência. Tem-se, nessa hipótese, o que se denominou doutrinariamente "desapropriação administrativa", quando então inexiste processo judicial, vez que se aperfeiçoa ela mediante acordo entre as partes pública e particular.

A desapropriação assim efetivada tem como vantagem a celeridade de seu aperfeiçoamento e a garantia da satisfação do particular, considerando-se, então, cumpridas as exigências jurídico-normativas. Em efeito, se o particular não se opõe ele ao preço avaliado como indenização é que o considera apropriado, justo e a previedade é observada no caso, pois a escritura pública, instrumento mediante o qual se formaliza a transferência patrimonial é firmada após o pagamento.[1]

Contudo, algumas observações são cabíveis quanto ao que se tem praticado sob o manto da desapropriação administrativa, a qual é perfeitamente compatível com as normas jurídicas vigentes desde que realizada segundo as normas e finalidades do instituto.

1 — Em primeiro lugar, é de se enfatizar que conquanto haja "satisfação" do particular que aceita o preço oferecido como indenização pela entidade desapropiante, não se pode ter como certo que tal "satisfação" corresponda sempre e necessariamente à consideração por ele de que o valor ofertado seja o efetivamente justo.

Em razão das dificuldades e, principalmente, da demora para o término de uma ação de desapropriação e a mora no pagamento indenizatório justo daí decorrente, o particular, não poucas vezes, prefere acolher o quanto lhe é ofertado, quando a diferença que ele considera separar esse valor do que lhe seria devido por justo não é demasiado. Quer-se dizer, ele sabe e reconhece que a exigência constitucional do valor justo da indenização não está sendo acatado rigorosamente pela entidade pública, mas torna-se cúmplice do descumprimento legal para não ter que se submeter ao quanto lhe será exigido para o processamento e discussão judicial. A mora para a ultimação da ação de desapropriação e, posteriormente ao trânsito em julgado da decisão nela proferida, o tempo que medeia entre esse momento e o pagamento do precatório contam em desfavor do direito constitucional do particular, que vê arrefecer o seu denodo em defender o seu direito pelo desgaste que lhe será demandado.

De outra parte, não se é de desconhecer que dois vícios havidos em desapropriações passam-se exatamente e com muita freqüência naquelas processadas pela via administrativa. São eles a supervalorização de pagamento de indenizações e o desvio de poder.

Ainda no curso de 1995, a imprensa brasileira noticiava a criação de uma "comissão para investigar a 'indústria das superindenizações'". Essa Comissão de

1 Exclui-se a escritura como forma de instrumentalização da desapropriação nos casos previstos na Lei nº 6.612, de 12 de dezembro de 1974, que, modificando a Lei nº 4.519/64, acrescenta ao seu art. 9º, parágrafo único, pelo qual se permite a formalização de acordo nas desapropriações efetuadas no Nordeste por instrumento particular "valendo este como título para a transcrição no Registro de Imóveis, desde que o valor respectivo não exceda de 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no País".

Combate à Fraude em Desapropriação criada pelo Incra teve como causa a apuração de pagamentos milionários feitos a título de indenização em razão de desapropriações efetivadas.[2]

Ora, em geral a reclamação acentuada na desapropriação é exatamente a que se refere ao pagamento de valor menor que o devido a título de indenização. Ou seja, a afronta à exigência constitucional do justo valor da indenização, ou da indenização justa tal como constitucionalmente posto, é sempre dirigida pelo vício mais freqüentemente apurado, qual seja, o pagamento feito a menor em relação ao valor devido. Não se divulga muito freqüentemente a lesão àquela exigência quando a não justiça e justeza do valor é a maior do quanto seria devido. Todavia, é de acentuar que o vício não é menos gravoso nesta que naquela primeira situação. Em todos os dois casos há lesão à ordem constitucional posta, sendo que na primeira o agravo é ao particular e na segunda a afronta atinge toda a sociedade, responsável pelo pagamento feito com recursos públicos.

O silêncio relativo a esse vício de superindenizações tem várias causas.

Cuida-se, aqui, de corrupção praticada por agentes públicos, que, utilizando-se de recursos públicos, desvia recursos indevidos por razões de natureza variada que não são aquelas legalmente previstas. A corrupção, sabe-se, exercita-se insidiosamente, sendo o silêncio a sua garantia de imunidade e de persistência.

Ademais, o agrado feito ao particular desapropriado com recurso público que é desviado a título de indenização praticado tem sempre razões afetivas. Não é por acaso que se tem a denominação dessa forma de desapropriação como sendo "amigável". A desconhecido ou desafeto o administrador público não "premia" com indenizações tão confortáveis. Logo, sendo uma "ação entre amigos", dificilmente se tem a apuração da supervalorização do objeto da desapropriação, donde mais uma dificuldade para serem evitados ou reprimidos esses comportamentos. Os agrados não são denunciados nem relatados pelos agradados, por certo.

Note-se que, no caso, impera o comportamento pessoal, havido em razão de características das pessoas envolvidas, em flagrante descumprimento também do princípio da impessoalidade constitucionalmente definido para a Administração Pública, além do desacatamento da norma constitucional referente à justeza e justiça da indenização.

O descumprimento da norma constitucional de que a indenização devida em razão de desapropriação deve ser justa significa não apenas um dever administrativo de não se pagar a menos, mas também um dever público de não se pagar a mais. O justo valor é o limite positivo e negativo para que a indenização seja legítima.

2 A Comissão de Combate à Fraude em Desapropriações pelo Incra foi pensada quando se verificou que "a desapropriação (nos casos de reforma agrária) virou um excelente negócio para os proprietários, porque seus advogados estão conseguindo incluir na indenização o valor atribuído à floresta não aprovada". (In "Folha de São Paulo"/1995). A idéia da Comissão, noticiou-se na imprensa quando se divulgou tal grupo de trabalho, surgiu quando "o presidente do Incra... ficou surpreso com o valor de R$ 400 milhões reclamados pelos donos da Fazenda Reunida (SP) desapropriada para o assentamento de colonos. ... o valor... absurdo... é quase o dobro dos U$ 250 milhões previstos pela Volkswagen para construir uma fábrica de caminhões no Rio" (Idem, ibidem).

Qualquer comportamento que destoe deste parâmetro é eivado de vício incontornável e inconvalidável. E em qualquer caso, especialmente no segundo e aqui cuidado, vale dizer, o pagamento de superindenizações, é dever da entidade pública apurarem-se responsabilidades e punirem-se aqueles que se tenham valido de dinheiro público para a prática de ações personalizadas amigáveis.

Também encontrado mais no caso de desapropriação administrativa que naquela que se passa mediante processo judicial, é o vício do desvio de finalidade. Nesses casos nem sempre a indenização é milionária, mas sendo a desapropriação desnecessária para o atingimento de fim público específico e necessário, é de toda sorte um pagamento indevido, pois se despendem recursos públicos sem o motivo que o legitimaria.

Nessa hipótese tanto se inclui a desapropriação feita para atender a interesses específicos do proprietário, quanto aquela que atinge o proprietário em seu domínio legítimo para se atender interesse, por exemplo, de locador, de comodatário etc.[3]

Nos casos de desapropriação efetivada pela via administrativa se tem mantido a prática da desnecessidade de homologação do acordo feito entre entidade pública e particular. É exatamente na ausência de controle destes atos que se têm perseverado tais eivas. Não se considere que a homologação judicial de tais comportamentos seria inserção indevida do Poder Judiciário na seara de outro Poder, porquanto não seria esse o único caso de ação meramente homologatória. Vários são os casos em que a legislação nacional considera imprescindível a chamada "jurisdição voluntária", que ocorre nos mais variados casos em que se tenha como necessária a ação plenificadora de decisão para a segurança da sociedade. Na hipótese em foco, se a mácula é constituída no seio do Poder Público, mediante conivência de agentes públicos, e inexistindo fórmula eficaz de verificação da adequação do comportamento público ao quanto determinado legalmente, é certo que o sistema de freios e pesos tem que se fazer presente, o que se daria mediante homologação judicial, no qual os elementos do acordo firmado entre a entidade desapropriante e particular desapropriado ficam estampados. Nem se diga que o controle da regularidade das contas públicas pelos Tribunais de Contas aperfeiçoaria tal função, pois se tanto fosse verdade, não se teria a ocorrência da nódoa legal com a freqüência que se reclama. É certo também que sendo apenas função homologatória, conquanto com condições asseguradas ao juiz para que possa verificar, em caso de dúvida, a correção de dados e valores ajustados no acordo, as condições de carência e morosidade do Poder

3 Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal vem mantendo pacífica jurisprudência sobre a impossibilidade de serem consideradas válidas tais desapropriações, por desatendimento das condições constitucionais:

"Re N. 24.100 — SP

Retrocessão — O art. 35 do Decreto-lei nº 3.365 não revogou o art. 1.150 do C.C., que permanece como garantia complementar de outra maior, outorgada pelo art. 141, § 16, da Constituição.

RE conhecido e provido."

Nesse julgamento, o STF entendeu que "a Administração não tem a disponibilidade dos bens particulares. Pode ficar com eles, mas deve enunciar a sua intenção por um Decreto que insira, como absoluta sinceridade, a sua razão fundada em necessidade ou utilidade pública, ou em interesse social.: (in RTJ, vol. 3, p. 784).

No mesmo sentido cf. RTJ, vol. 48, p. 749; *RDA*, vol. 53, p. 153; *RDA*, vol. 98, p. 178.

Judiciário não seriam óbices para que se cumprisse tal desempenho de maneira eficiente.

2 — Em segundo lugar, é de se atentar a que, na desapropriação aperfeiçoada pela via administrativa, tem-se acordado quanto ao pagamento da indenização em parcelas definidas previamente, o que tem sido, contrariamente, vedado na desapropriação que se processe judicialmente. Neste caso, duas observações se impõem: a primeira de que se o valor total da indenização não for pago integralmente de uma única vez, dividindo-se o seu montante total em parcelas a serem aperfeiçoadas em datas futuras preestabelecidas, a definição de previedade, constitucionalmente utilizada, será vinculada ao compromisso de pagamento firmado, não propriamente ao momento do pagamento; a segunda, no sentido de que se for válida juridicamente essa previsão e prática para a desapropriação efetivada pela via administrativa poder-se-ia, ainda assim, mantê-la vedada para aquela que se passe mediante processo judicial quando a tanto anuir o particular, vez que o procedimento, seus fundamentos normativos e finalidades são os mesmos?

Quanto ao ponto relativo à validade, ou não, do comportamento administrativo que defina a forma parcelada de pagamento, é mister verificar-se se a previedade 1º) é dever irrecusável da entidade pública; 2º) é direito irrenunciável do particular desapropriado, vez que se cuida de direito fundamental o de propriedade, que tem exatamente essa natureza; 3º) o parcelamento compromete a previedade indenizatória constitucionalmente definida.

Reza a Constituição da República que "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, *mediante justa e prévia indenização em dinheiro...*" (art. 5º, inciso XXIV).

A indenização em dinheiro devida em razão de desapropriação é, portanto, por definição constitucional, prévia. É dever irrecusável da entidade pública indenizar previamente o particular proprietário do objeto transferido a seu patrimônio.

De outra parte, como se cuida de norma referente a direito individual fundamental, que se caracteriza, inclusive, pela irrenunciabilidade do quanto assegurado constitucionalmente, não pode ele recusar tal exigência normativa, porque nessa previedade não se garante apenas o seu direito, mas o de toda a sociedade de saber quanto se paga, a que título se paga, a quem se paga em razão de desapropriação. Essa previedade constitui garantia segura do quanto e para que se faz uso do recurso público referente à desapropriação.

É mister então cogitar-se do terceiro ponto, a saber, se o parcelamento do valor total da indenização infirma a norma constitucional que exige a sua previedade.

A questão que se põe é: a previedade é da indenização ou do pagamento em dinheiro que a ela corresponde?

Mister se faz atentar ao art. 32, do Decreto-lei nº 3.365/41, segundo o qual, "O pagamento do preço será prévio e em dinheiro".

Essa regra decretada é diferente em seus termos do quanto se contém no dispositivo constitucional. A Constituição da República define que "a indenização" é "prévia, justa (e) em dinheiro", enquanto a regra decretada dispõe que o pagamento (da indenização) é que é prévio.

Se a previedade é da indenização (que se faz em dinheiro e se aperfeiçoa pelo pagamento), mas se considera que a sua definição e comprometimento não se

desvirtua quando, por acordo das partes, afirmar-se que o pagamento total seja dilatado no tempo, então tem-se a possibilidade jurídica de ser parcelado o valor para seu aperfeiçoamento nos períodos estabelecidos.

Tal entendimento permite considerar-se válido que o particular aquiesça com o parcelamento do total sem afronta a seus direitos fundamentais irrenunciáveis, pois a indenização foi taxativa e peremptoriamente afirmada, ajustada, e comprometidos os recursos públicos, ainda que se tenha definida a sua entrega em dinheiro parceladamente, prorrogando-se o seu acabamento total em data futura. O que não pode, de toda sorte, é a entidade pública, unilateralmente, decidir que assim será, pois a forma de pagamento não pode ser determinada em desatenção ao quanto posto constitucionalmente, cuja norma pretende assegurar que o patrimônio do particular fique indene. Se entender o particular que será danado o seu patrimônio pela dilação temporal para o pagamento total do valor que lhe é devido, não estará cumprida a norma constitucional e antijurídico será o comportamento público. Nesse caso, de resto, somente o titular do direito de propriedade dispõe dos elementos que demonstram o cumprimento, ou não, da exigência constitucional, pelo que somente mediante acordo se pode ajustar tal forma de pagamento de valor de indenização devida em razão de desapropriação. Ora, se a desapropriação incidir sobre bem do particular que constitua, por exemplo, objeto de seu uso necessário e permanente, nem mesmo ele poderia, sem embaraçar aquele direito, privar-se do pagamento da indenização antes da efetivação da transferência do bem, nos termos do art. 32, do Decreto-lei nº 3.365/41.

No que concerne à segunda questão, relativa à possibilidade de se admitir o parcelamento do pagamento devido também para os casos em que a desapropriação se processa judicialmente, é de se adicionar ao problema alguns elementos. Em primeiro lugar, na hipótese de desapropriação processada judicialmente, o desacordo maior e mais freqüentemente encontrado, que se contém na lide posta ao exame e solução do Poder Judiciário, prende-se ao valor da indenização.

Assim, a forma do pagamento — mediante parcelamento do total devido — não é enfocada em geral, porque não se parcela valor devido judicialmente, ressalvadas as situações em que a lide se dissolve, no curso da ação, por acordo firmado entre as partes (art. 22, do Decreto-lei nº 3.365/41). Portanto, para a globalidade das ações de desapropriações, nas quais a lide tem uma solução afirmada na decisão judicial, a questão estaria fora de um mero paralelismo com o quanto admitido para o caso da desapropriação processada administrativamente. Admitido está o parcelamento para aquele e não para esse modelo de processamento, porque o pagamento do valor devido aqui é derivado da decisão judicial havida na ação processada e não da decisão administrativa havida na desapropriação decretada.

Entretanto, mais um elemento vem compondo, perigosamente, os ingredientes do tratamento dado a esse caso: cuidam-se de tentativas de acordo feitas posteriormente ao trânsito em julgado da decisão judicial proferida em ação de desapropriação. Em geral, tais "acordos" têm como objetivo a exclusão do particular da *via crucis* do precatório.

A questão é: pode haver acordo entre a entidade desapropriante e o desapropriado após o trânsito em julgado da decisão exarada na ação de desapropriação?

Esse "acordo" pode envolver valores e forma de pagamento, inclusive o pagamento parcelado? Esse "parcelamento" ajustado exclui o valor total devido do precatório?

Parece que aqui a solução é bem diversa do quanto antes vislumbrado e que vem sendo praticado nas desapropriações processadas na via administrativa. O "acordo feito", quer quanto a valores, quer quanto à forma de pagamento da indenização, após o trânsito em julgado, torna a decisão judicial desfeita por ato do próprio Poder Público. Ora, se a coisa julgada obriga até mesmo o legislador (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República), como dela se desobrigar o administrador público? De resto, note-se que o pagamento a ser por ele feito ao particular desapropriado cumpre tramitação que impede negociações, porquanto decorre de ato de outro Poder com força definitiva. Não está, portanto, possibilitado pelo sistema jurídico-normativo o "acordo" feito entre a entidade pública e o particular desapropriado porque aquela não pode negociar, transacionar ou descumprir decisão judicial. E sem a possibilidade de concertarem as partes sobre tais elementos não há como se ajustar o parcelamento, conforme antes afirmado. O que parece, contudo, é que não haveria impedimento a que, no curso da ação judicial, portanto, no âmbito da competência judicial e mediante a presidência do órgão julgador, as partes pudessem — como se tem assentado que podem — chegar a um acordo, resolvendo-se a lide, e, nesse momento, acordarem elas quanto à forma de pagamento parcelado do valor devido e definido da indenização. A decisão judicial então prolatada na ação homenagearia esse acerto, desde que estivesse ele determinado mediante fórmula compatível com o direito vigente.

B) *A Imissão Provisória na Posse*

Decretada a necessidade, utilidade pública ou o interesse social de determinado bem para fins de desapropriação, prevê a legislação vigente a possibilidade de ser declarada a urgência de a entidade desapropriante imitir-se em sua posse para o início dos trabalhos ou para o emprego que a ele pretenda dar.

Prevista no art. 15, do Decreto-lei nº 3.365/41 (bem como em outros dispositivos legais em vigor sobre desapropriação, como, por exemplo, art. 6º, § 1º, da Lei Complementar nº 76/93), a imissão provisória na posse afirma-se como um comportamento necessário para o cumprimento de uma necessidade pública urgência a ser assegurada pelo uso do bem particular submetido ao processo expropriatório.

Exceção feita à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, na qual o juiz manda que a imissão se faça em quarenta e oito horas após a sua decretação que se segue ao depósito do preço pela entidade nacional competente, a imissão é sempre procedida de declaração de urgência por parte da pessoa pública desapropriante aceita pelo órgão judicante. Tal se afirma porque a esse compete conhecer e decidir sobre a alegação de urgência (podendo até mesmo indeferir o pedido de imissão se não houver comprovação da urgência alegada).

Tal urgência acresce-se à exigência igualmente feita no sistema normativo de depósito prévio do valor avaliado como sendo devido a título de indenização (art. 15, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41).

1) A doutrina tem como certo que a posse havida por força da imissão judicial assim determinada é posse provisória (chamada por alguns jusadministrativistas de posse precária), que não se confunde ou se afina com aquela que advém da propriedade. É que a transferência do domínio somente se dá ao final da desapropriação, com a indenização aperfeiçoada nos termos constitucional e legais.[4]

Em que pese a seriedade e a projeção intelectual dos jusadministrativistas que têm repetido tal lição, é de se questionar se a dicção doutrinária corresponde ao que se tem não apenas na prática administrativa, mas inclusive o que se encontra sediado em lei. Sim, porque se poderia alegar a viciosidade da prática em desatenção ao quanto posto juridicamente à observância, pelo que então o desencontro entre o quanto lecionado pelos especialistas e o quanto procedido pelos administradores pátrios — sempre tão arredios e renitentes em descumprirem o Direito — poderia ser de molde a acatar-se a lição e denunciar-se a prática dos maus administradores. Mas o que se põe em questão aqui é exatamente se, na prática a precariedade ou a provisoriedade da posse na qual se imite inicialmente a entidade desapropriante dota-se efetivamente dessa característica e se em que difere ela da posse que advém da transferência efetivada do domínio pelo aperfeiçoamento da desapropriação.

Posse, afirmam os civilistas, "é o poder que tem uma pessoa de dispor, fisicamente, de uma coisa, acompanhado da intenção de tê-lo para si (*animus domini, animus rem sibi habendi*)", no dizer de Savigny, ou, ainda, "a relação de fato estabelecida, entre a pessoa e a coisa, pelo fim de sua utilização econômica. A posse é a exteriorização da propriedade. É o modo pelo qual a coisa, normalmente, preenche o seu destino de satisfazer as necessidades humanas. É o modo pelo qual a propriedade é utilizada...".[5]

Assim, naquela dimensão e cuidado entre particulares, submetida a relação firmada aos princípios e preceitos de direito privado, segundo o qual os direitos são de igual natureza e seu exercício não permitindo que o interesse de um suplante ou disponha sobre o do outro, as noções de posse e de propriedade distinguem-se, como se diferenciam os momentos em que caminham juntas ou separadamente. A noção de possuidor é, inclusive, oferecida no Código Civil Brasileiro (art. 485), onde se tem que "considera-se possuidor todo aquele que tem, de fato, o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade".

O que se põe em questão é se a propriedade subordinada ao interesse público,

4 Esse o entendimento, por exemplo, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual "Diz-se provisória porque não é a posse que acompanha a propriedade. Esta, o expropriante só a obterá mediante o pagamento da justa e prévia indenização fixada pelo juiz depois de arbitramento em que se apure o verdadeiro e real valor do bem desapropriado". ("Curso de Direito Administrativo", São Paulo: Malheiros, 1995, p. 423). De igual teor é a preleção de Hely Lopes Meirelles, que expõe: "A imissão definitiva na posse, em qualquer hipótese, só se dará após o integral pagamento do preço, conforme o fixado no acordo ou na decisão judicial final, que adjudicará o bem ao expropriante, transferindo-lhe o domínio com todos os seus consectários". ("Direito Administrativo Brasileiro", São Paulo: Malheiros, 1995, p. 524)

5 Apud Clóvis Bevilaqua — "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil", Rio: Ed. Rio, t. I, pp. 967/968.

por força mesma do decreto que a declara de necessidade, utilidade pública ou interesse social, e passa a ser utilizada em todo o seu potencial pela entidade pública *ainda* não titular da propriedade do bem, mas submetendo-o ao interesse público, afetando-o ao uso público, pode ser considerada em sua caracterização tal como se a tem no Direito Civil. Porque somente se assim puder ser conduzido o raciocínio jurídico é que se há de considerar aceitável a provisoriedade alegada da imissão inicialmente afirmada à entidade pública no procedimento de desapropriação.

Preleciona Hely Lopes Meirelles que "...desde a *imissão provisória na posse* o expropriante aufere todas as vantagens do bem e cessa para o expropriado sua fruição, devendo cessar também todos os encargos correspondentes, notadamente os tributos reais".[6]

Se assim é — e na prática ocorre dessa forma — o que é a *provisoriedade* alegada como qualidade da posse entregue à entidade desapropriante e que não se projeta no comprometimento permanente do bem objeto da desapropriação? Um bem afetado ao interesse público pode voltar ao patrimônio particular? Se a imissão *provisória* decorre da urgência do seu uso pela entidade pública como tem que se dar, e se esse uso demandar modificações no bem, às vezes mesmo a sua destruição (benfeitorias são desfeitas, edificações são postas abaixo para a realização de obras ou para a adequação do bem às suas finalidades públicas que passam a conduzir o seu uso), como poderia ser esse um exercício apenas precário ou provisório? Se, como asseverado por Hely Lopes Meirelles, todas as vantagens são transferidas para a pessoa pública e cessa o exercício dos direitos inerentes à propriedade pelo particular, como se cogitar de sua restrição ao emprego que se imponha para o cumprimento da demanda pública urgente? A entidade pública desapropriante é mera possuidora jurídica do bem, nos termos do art. 485, do Código Civil Brasileiro? Enfim, o que significa a provisoriedade observada pela doutrina como qualidade da imissão na posse concedida antes da transferência definitiva do domínio?

Afaste-se, de pronto, a noção de "posse precária", como se tal pudesse ocorrer na espécie, vez que o conceito havido naquela expressão é pacificado na doutrina jurídica como sendo "a que se adquire por abuso de confiança"[7], o que, evidentemente, não é o que se passa na transferência antecipada da posse em virtude da desapropriação iniciada.

A própria característica de provisoriedade que se atribui à posse na qual se imite a entidade que desapropria precisa de ser compreendida em seus termos, pois provisório é o que é transitório, passageiro, interino, temporário. Também tal não é o que se dá no caso em apreço, porque a posse do bem na qual se imite o desapropriante na fase preliminar de execução da desapropriação não é passageira ou temporária. A obra pública ou o serviço, enfim, o uso público do bem, assim que a pessoa pública se imite em sua posse, desafia a condição de temporariedade ou interinidade que se lhe é atribuída. A provisoriedade não pode ser tomada no sentido vulgar ou leigo, porque se incorreria, então, num óbvio engodo. O bem apossado pela entidade

6 Op. cit., p. 524.

7 Orlando Gomes — "Direitos Reais", Rio: Forense, p. 48.

pública, por força desapropriatória declarada nos termos da lei, não retorna ao patrimônio do particular. *O que se tem, pois na espécie, é uma antecipação da posse antes mesmo da transferência da propriedade. A posse é, em regra, definitiva. O que se há de ter em vista é que o domínio do bem não se realiza no mesmo momento da transferência da posse. Essa é concedida adiantadamente em relação à transferência da propriedade por força da demanda social de seu uso.* Por isso é que ela não é restrita, não se conduzindo a entidade pública como possuidora, mas como proprietária. Por isso a justeza do quanto posto por Hely Lopes Meirelles no sentido de que todos os direitos inerentes à propriedade — e não apenas aqueles inerentes à posse — são exercidos pela entidade que desapropria desde o momento em que se imite na posse do bem sujeito à força desapropriatória. A pessoa pública não é "mero possuidor", nem exerce apenas "algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade", mas todos os "poderes" inerentes à propriedade, inclusive desfazendo bens, destruindo edificações neles existentes, desconstituindo a integridade do objeto da propriedade, quando tanto se demonstrar objetivamente necessário ao cumprimento da finalidade pública determinante da transferência compulsória.

Daí por que, data máxima, não parece haver diferença de "posses", ou mais de uma posse inerente à propriedade transferível pela desapropriação: uma que comparece no primeiro momento e que seria apenas "provisória" e outra que acompanha a propriedade, e que apenas surgiria quando da indenização aperfeiçoadora da desapropriação.

Tem-se a posse do bem objeto da desapropriação e essa posse, nos casos de urgência declarada pelo Poder Público competente, é antecipada, vale dizer, nela se permite imitir-se a entidade desapropriante antes mesmo da transferência da propriedade. É uma única e mesma posse inerente ao mesmo domínio.

De resto, ao se permitir a imissão antecipada na posse do bem pela entidade que desapropria não se tem na espécie apenas a passagem dessa qualidade da propriedade, antes, sob esse título, se tem a passagem de todos os direitos inerentes à propriedade à pessoa pública desapropriante. O que se tem, na seqüência do procedimento de desapropriação, ou não ação de desapropriação, se for o caso, é tão-somente a formalização da transferência da propriedade, para a conjunção de todos os elementos e "poderes inerentes ao domínio", para se usar da expressão juscivilista inerente ao direito de propriedade, no mesmo título que passa à entidade pública.

2) Atente-se, ainda, nesse tema a que a imissão antecipada na posse do bem pela entidade desapropriante somente ocorre em caso de urgência declarada, demonstrada e assim considerada pelo órgão julgador, competente para determiná-la e após o depósito de montante estipulado legalmente como correspondente ao valor oferecido a título e indenização.

Nesse ponto, cabem algumas observações sobre o que se tem passado na prática administrativa brasileira.

Em primeiro lugar, têm proliferado os casos de "declarações de pseudo-urgência". Essa, aliás, nem ocorre quando se trata de desapropriação administrativa, porque a imissão antecipada da posse se dá independentemente da declaração e comprovação de urgência mas por acordo com o particular.

A urgência não é senha para se adentrar em prerrogativas, para o exercício das quais se impõem juridicamente requisitos específicos. Urgência se comprova, se demonstra por dados objetivos postos à análise do órgão julgador.

Em primeiro lugar, pois, há que se verificar não apenas o motivo da urgência declarada, mas, inclusive, a existência de planos de ação administrativa, a existência de recursos financeiros para a sua efetivação, dentre outros elementos, para se verificar se a hipótese é, efetivamente, de demanda imediata.

Não não incomuns os casos em que a urgência é pedida pelos advogados das entidades públicas que desapropriam, na petição inicial da ação de desapropriação, sem qualquer cotejo com elementos administrativos trazidos ou alegados pelo órgão executivo, ou sem que sejam sequer para tanto instados pelo órgão administrativo competente para a ação futura no bem objeto da desapropriação. Chegam mesmo a haver casos em que se tornou "automática" a formulação do pedido de imissão provisória na posse do bem na peça preambular da ação, como se houvesse uma mera repetição de modelo processual.

Daí por que a declaração de urgência precisa de ser comprovada e analisada e decidida pelo juiz, sem o que o que se tem é fraude à lei que a possibilita, não a impõe, mediante o cumprimento de exigências que se acumulam para serem consideradas válidas.

Ao juiz compete, como dever incontornável, a análise da declaração feita e dos elementos trazidos para o seu exame para a sua *decisão* sobre o pedido.

Cabe, aqui, uma palavra sobre uma prática judicial que se tem reiterado ao arrepio flagrante da legislação vigente e em detrimento dos direitos do particular.

Tem-se, no § 2º, do art. 15, do Decreto-lei nº 3.365/41 que "A alegação de urgência, *que não poderá ser renovada*, obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias".

E o § 3º, do mesmo dispositivo, reza que "Excedido o prazo fixado no parágrafo anterior não será concedida a imissão provisória".

Tem sido freqüente o descumprimento daquelas duas regras na prática administrativa e judicial brasileira.

Tanto se tem tido a renovação da alegação de urgência e novo pedido, com base nessa repetição de comportamento declaratório da condição, encaminhado ao órgão julgador, quanto se tem visto, com infeliz freqüência, o pleito ser deferido judicialmente.

Tanto o comportamento administrativo quanto o judicial são, evidente e flagrantemente, nulos. Qualquer deles tem fundamento legal e não pode, por isso mesmo, subsistir. Como se cuida de agravo a texto expresso de lei, no qual se resguardo direito incontestável do particular, parece indisputável que aqui se tem hipótese bem configurada inclusive de mandado de segurança.

3) Finalmente, vem a pêlo, nessa passagem, relevar-se a responsabilidade do Estado pela prática ilegal e lesiva a direito de particular pela tentativa e até mesmo obtenção de imissão "provisória" na posse de bem para a qual nem existe urgência, nem há projetos ou planos de utilização, por ausência tanto de demanda pública quanto de recursos previstos para tanto.

A declaração de "pseudo-urgência" tem acometido a prática administrativa brasileira especialmente em períodos pré-eleitorais, quando são anunciadas obras em determinadas localidades (note-se que algumas seriam e são até efetivamente necessárias, mas para a realização das quais não se dispõe de projeto, nem de proposta de aperfeiçoamento), e para se demonstrar a "boa intenção" do candidato ou do governante que o apóia se declara de utilidade pública ou de interesse social o bem que seria necessário para a sua realização e, mais elucidativo ainda, se alega urgência e se pleiteia a imissão provisória na posse. Além da questão de crime eleitoral, aqui entrevisto e que se teria a apurar, há evidente antijuridicidade do comportamento administrativo pela manipulação do instituto da desapropriação sem o atendimento dos requisitos constitucionais e legais para a sua validade. Daí por que é dever da entidade pública responsabilizar-se pelos danos que daí tenham decorrido para o particular, inclusive por aqueles que lhe advieram da insegurança causada pela ação iniciada, bem como é regredir contra o agente que tenha adotado tal comportamento e se valido, abusiva e antijuridicamente, do instituto constitucional da desapropriação para ludibriar, enganar e fraudar o cidadão e a cidade.

C) *A retrocessão na atualidade administrativa*

Independente da atenção a ser dada à polêmica doutrinária nunca findada sobre a permanência do instituto da retrocessão como direito real no sistema jurídico vigente, é certo que ele ocorre pela devolução do bem na dinâmica administrativa e de acordo com vasto repertório jurisprudencial sem maiores percalços.

A interpretação das normas que compõem a ordem jurídico-normativa (basicamente os arts. 35 e 42 do Decreto-lei nº 3.365/41) deixa de ter relevância nessas observações, pois o que se pretende é tão-somente considerar-se a prática do instituto. Nessa a retrocessão é acatada freqüentemente.

1) A primeira ponderação que se impõe — especialmente quando se tem em tramitação projeto de lei de desapropriação no Congresso Nacional — é que a retrocessão volta a ter importância nos dias atuais.

Em primeiro lugar, porque não se tem motivo público ou justificativa social para se manterem bens no patrimônio público, que a ele foram transferidos compulsoriamente por força de uma necessidade ou uma demanda suplantada, como assiduamente ocorre.

Em segundo lugar, porque não poucas vezes o particular que se viu privado do bem específico em seu patrimônio, em geral, tem interesse em retomá-lo, vez que a única razão que o convence a ter que acatar como normal e regular a desapropriação é a necessidade social que lhe suplanta o interesse.

Em terceiro lugar, porque o momento econômico-financeiro do Estado que se vive atualmente demonstra, à saciedade, que a) inexistem motivos para se traduzir em bens, que exigem condições de manutenção, preservação, controle etc., um patrimônio público carente de recursos até mesmo para o que é essencial. Portanto, até que se possa vivenciar um modelo novo de refinanciamento do Estado, a permanência de bens desapropriados não utilizados em seu cabedal e o desuso da retro-

cessão não têm justificativa jurídica ou administrativa plausível. Ausente de condições de guardá-los e preservá-los, o Estado vê-se a braços mais com problemas que com solução em relação aos bens públicos que adentraram o seu patrimônio por força de desapropriação. Assim, são notórios e freqüentes os casos de terrenos havidos ao largo de ruas, avenidas, estradas, em faixas que não foram e nem são considerados necessários para uso pela entidade pública proprietária, totalmente devastados; não poucas vezes tomados de assaltos por terceiros, que deles fazem uso sem que a pessoa pública sequer se dê conta e disponha da fiscalização e controle das invasões e ocupações neles ocorridas; inúmeras vezes em estado de absoluto descaso, constituindo mesmo áreas de perigo para a coletividade, em razão de matagais etc., que neles afloram sem qualquer resposta imediata dos administradores públicos.

Mais justo e consentâneo com a teleologia do sistema vigente parece ser a garantia da retrocessão, a fim de que se propiciem condições objetivas para que ela seja aperfeiçoada em benefício da coletividade e, inclusive, do particular desapropriado interessado em retomar o bem.

2) Tem sido questionada a necessidade de ser feita "licitação" para a revenda de bem desapropriado, após o advento da Lei nº 8.666/93. Esse diploma legal preceitua, em seu art. 19, que "Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras:

I — avaliação dos bens alienáveis;

II — comprovação da necessidade ou utilidade da alienação;

III — adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão".

Nessa passagem legal, houve quem pretendesse vislumbrar um novo impedimento à retrocessão, como vem sendo praticado no Brasil.

Todavia, da leitura do dispositivo e sua interpretação no conjunto sistêmico de normas vigentes, inclusive e principalmente, em conjunção com aquelas que concernem à desapropriação, que é lei especial, é de se concluir que ali não se incluem os bens desapropriados. Estes não derivam de "procedimentos judiciais", mas de procedimento administrativo, que pode ter que se aperfeiçoar pela via judicial, se houver a formação de uma lide em razão de desobediência legal da entidade desapropriante ou da descoincidência de interesses ajustáveis em relação ao valor da indenização.

Mas a derivação é da própria desapropriação, do procedimento por força do qual se desapropria e que pode, inclusive, exaurir-se no âmbito da Administração Pública.

O que de que se cuida no art. 19, da Lei nº 8.666/93 é, fundamentalmente, dos bens que advenham às entidades públicas por força de débitos de particulares com elas havidos e solucionados por procedimentos judiciais pela entrega de imóveis. É essa situação contida da norma legal invocada e não restringe ou atinge ela a prática da retrocessão, como vem sendo utilizada administrativamente e aceita judicialmente.

3) Também merece realce a questão que se coloca sobre a retrocessão e a desistência da desapropriação pela entidade pública, máxime quando ela declarou urgência e imitou-se na posse do bem.

A desistência de desapropriação não pode ocorrer, como se sabe conquanto seja comum praticar-se, após o trânsito em julgado e início de pagamento da indenização. Então, aplica-se o instituto da retrocessão e não mais mera declaração administrativa unilateral de desistência da desapropriação.

Contudo, têm havido casos inclusive de desistência depois de findada a desapropriação e paga a indenização, pelo que o que ocorre, no caso, é uma retrocessão camuflada, ilegal porque em geral se desatendem as exigências jurídicas que garantem os direitos e a segurança da sociedade de saber como, por que e para que se desfaz a transferência compulsória do bem, além de se impedirem os procedimentos regulares e necessários de responsabilização dos agentes públicos.

Quando houve a declaração de urgência, imissão na posse do bem pela entidade desapropriante e, ainda, o pagamento da indenização, a revogação do decreto declaratório de utilidade pública ou interesse social não tem vigor jurídico e eficácia necessária para desfazer tudo o que se constitui por força de um procedimento que se não acabou apenas no primeiro ato administrativo formalizado.

Assim, a restituição do bem como se nada tivesse acontecido e sem os consectários administrativos imperiosos devidos na espécie determina, para a entidade pública, obrigações mais graves, decorrentes da permanência do bem sob a sua sujeição, eventual desvalorização do objeto e, inclusive, de reparação de danos que se comprovem nascidos desse comportamento.

D) *Pagamento da indenização e Precatório*

Tal como constitucionalmente previsto e administrativamente praticado, o precatório não é uma solução, mas um problema no Brasil.

Num país em que uma ação de desapropriação dura, em média, como antes mencionado, oito anos para chegar à decisão judicial, ter-se que esperar posteriormente, às vezes mais dois anos, para se obter o pagamento do precatório do montante indenizatório determinado é inaceitável como resposta ao direito constitucional fundamental à prestação jurisdicional eficiente e eficaz.

Talvez nesse ponto e por causa exatamente dessa circunstância é que se tenha difundido, socialmente, que se "sofre" uma desapropriação. Porque a peregrinação por corredores da Administração Pública, por salas de audiência de juízes, por Tribunais e, posteriormente, o sacrifício final do aguardo do momento do pagamento suplanta todas as expectativas de paciência esperável de um cidadão.

Na desapropriação, a eternização dos precatórios é exemplo de um dos mais graves problemas havidos na prestação jurisdicional. Conquanto extrapole a ação autônoma do Poder Judiciário — vez que a definição de recursos orçamentários para o seu acatamento não repousa no âmbito de ação desse poder —, é certo que o direito à jurisdição não acaba na possibilidade de se pleitear a prestação, mas na execução da jurisdição prestada.

Por isso, há que se encontrar uma fórmula legal, que propicie a definição do valor definitivo da indenização num único momento — sem o risco dos retornos permanentes para atualização do montante a ser pago —, a fim de que o precatório deixe de ser um modelo de contorno e mora para a entrega do que é administrativamente devido ao particular.

Há mister remarcar-se também que, depois de expedido o precatório, não se há falar em acordo ou negociação da entidade pública desapropriante com o particular, o que constitui fraude não apenas ao direito dos demais desapropriados, mas lesão a todos os que se põem na ordem de pagamento dos precatórios, pois, nesse caso, o que se tem é, de uma parte, um agente administrativo ávido em buscar "descontos" no valor devido, como se isso fosse salutar para a Administração Pública (e que não, pois a ela não compete e nem dela se espera frustrarem-se direitos dos cidadãos para obter alguns "trocados" a mais de "economia" para os cofres públicos), e, de outra parte, um particular ansioso por se ver livre da "fila" do precatório, e que negocia seu "lugar na fila" por um "desconto" daquilo que lhe é reconhecidamente devido.

Qualquer "acordo" feito, portanto, após a expedição do precatório é nulo, não gera direitos, ainda que, vislumbrado sob o exclusivo enfoque do que se pagaria a menor em virtude de tal "acordo" se pudesse cogitar de um benefício, na verdade inexistente, para a sociedade e que pudesse ser considerado juridicamente válido.

E) *A denominada "desapropriação indireta"*

É de se dizer uma palavra sobre a denominada "desapropriação indireta".

Inobstante a expressão utilizada trazer a referência à desapropriação, essa inocorre na espécie. O que se tem, sob esse título, mais não é que um comportamento administrativo inconstitucional, ilegal e injusto, que agride direitos de particulares, compromete a própria Administração Pública e demanda desfazimento e reparação.

A expressão acabou por traduzir um equívoco, alertando Hely Lopes Meirelles que "não há, nem pode haver, *desapropriação de fato, ou indireta*".[8]

Tanto mais grave é essa "desapropriação indireta" porque há entidades públicas que adotam tal comportamento abusivo e inconstitucional, não tomando qualquer providência para desfazer o quanto feito contra o particular. Antes, há mesmo uma possibilidade de que algumas delas "apostem" no desconhecimento dos direitos fundamentais pelo particular, especialmente em áreas mais carentes do país, quando se adentram pequenas propriedades rurais quando do fazimento ou alargamento de rodovias etc. Somente quando alertados os proprietários recorrem ao Poder Judiciário e, nesse caso, esperta e mais uma vez injusta e agora até mesmo imoralmente, as entidades infratoras do Direito requerem (e não raro obtêm) a conversão da ação ordinária de responsabilidade da entidade pública pela prática antijurídica em ação de desapropriação. Com isso, equivocadamente, o Poder Judiciário — quando admite tal conversão — passa a calcular os débitos havidos com o particular como se se

8 Op. cit., p. 509.

cuidasse de comportamento *legal* da entidade pública, o que é um desacerto, além de arredar o dever de apuração de responsabilidade daqueles que se comportaram em absoluto desafio ao Direito. Quanto à apuração de valores, é certo que o seu cálculo não pode ter o mesmo parâmetro a que se chegaria se jurídico tivesse sido o comportamento público, pois os danos havidos com o esbulho sofrido pelo particular têm natureza, efeitos e dimensões diversas daqueles que se dão por força de uma desapropriação, que é legítima e necessária à sociedade. Por isso, não apenas a expressão não contém menção correta ao instituto, vez que inexiste desapropriação no caso, mas tão-somente lesão grave a direitos, como ainda confunde-se por ela os desates a se obterem judicial e administrativamente. Há, pois, que se atentar para que se afaste da doutrina jusadministrativista a referência a esse título de comportamento administrativo antijurídico e reprovável em todos os sentidos, bem como para que se afaste do Poder Judiciário a admissão da transformação de uma ação que busca, além de reparação, responsabilização, para outra que se contém, basicamente, em discussão de valor indenizatório por ato legal da Administração Pública, pois as conseqüências jurídicas, quer em termos do *quantum* apurado, quer em termos de desdobramentos para os agentes públicos, são inteiramente diversos nos dois casos.

PROPOSTAS PARA UM REDIMENSIONAMENTO POSSÍVEL (?) DA DESAPROPRIAÇÃO

Se vícios e equívocos têm havido na prática da desapropriação no Brasil — e parece certo que sim, eles têm ocorrido —, há que se cogitar de oferecerem-se alternativas para que eles possam ser saneados, aperfeiçoando-se o instituto e melhorando-se o desempenho público na matéria.

Para que se possa sequer vislumbrar uma possibilidade de reflexão positiva sobre algumas propostas modificativas do que se tem em vigor hoje, há que se adotarem algumas idéias preambulares.

A primeira delas relaciona-se ao necessário abandono da idéia de que o modelo normativo "ideal" existente no sistema jurídico brasileiro é cumprido estritamente, porque isso não corresponde à realidade. Não há sequer uma interpretação unânime, quer na doutrina, quer na jurisprudência, sobre alguns preceitos legais, especialmente aqueles contidos na chamada "Lei de Desapropriações", que nem Lei (em sentido formal) chega a ser (cuida-se do Decreto-lei nº 3.365/41).

Em segundo lugar, é preciso que se abra à possibilidade e até mesmo à necessidade de se recriarem maneiras para viabilizar-se a transferência de propriedade, de modo a se satisfazer efetivamente o direito à indenização "honesta" do proprietário, e anexa-se ao conceito de "justa" indenização, constitucionalmente definida, a dimensão moral dessa justeza a ser apurada e observada.

Em terceiro lugar, é mister não se fazer tábula rasa do que se tem como praticado, inclusive com pleno conhecimento do desapropriado quanto ao mal uso do instrumento que precisa ser cerceado legalmente (se uma ação dura em média oito anos, vale dizer, dois mandatos da maioria dos entes políticos — Prefeito, Governador e

Presidente da República, não será a mesma autoridade que terá que se "preocupar" com o dispêndio público, pois outro será o responsável pela garantia de tais recursos). Não se há de desconhecer, pois, serem necessários mecanismos ou mudanças no sistema jurídico para impedir ou dificultar tais abusos.

De outra parte, urge se reafirme a idéia de que a desapropriação continua sendo um instrumento necessário para a ação administrativa responsável e eficiente e uma das travas mestras asseguradoras do estrito cumprimento da função social da propriedade, conteúdo do próprio direito de propriedade assegurado constitucionalmente.

Ademais, há que haver formas de cerceamento do abuso de sua utilização pelos agentes públicos, especialmente os agentes políticos, pelo que a responsabilização pelo mal uso ou pelo uso indevido do instrumento é imprescindível, a fim de que as distorções sejam corrigidas, restabelecendo-se, assim, a confiança da sociedade na necessidade prática e iniludível desse instituto para a democratização do uso dos bens, especialmente, dos imóveis e a socialização dos frutos da terra.

Partindo-se de tais idéias se tem como possível propor-se para exame e discussão as seguintes propostas:

1) Nas desapropriações administrativas (também denominadas "amigáveis") propõe-se seja sempre exigida a homologação judicial do acordo firmado, antes de se passar à fase de elaboração da escritura pública correspondente e respectiva transcrição no registro, assegurando-se ao juiz a possibilidade de valer-se de perito para o refazimento de avaliação, se houver dúvidas quanto ao valor da indenização calculada e oferecida.

2) Utilizarem-se para a declaração de necessidade, utilidade pública ou interesse social e para a propositura da ação de desapropriação o mesmo tipo de exigência hoje imposto para a licitação e para o contrato administrativo, no sentido de que somente se poderia decretar a existência da condição constitucional quando houver previsão de recursos orçamentários, ressalvados os casos de necessidade pública motivados e que entrariam na reserva de contingência, e somente se poderia propor a ação e pleitear imissão provisória quando houvesse disponibilidade dos recursos financeiros para fazer face à indenização.

3) Modificação constitucional possível, segundo penso, para que se possibilite a oferta do pagamento justo (honesto) *in natura*, vale dizer, mediante a troca por outro bem, especialmente quando se cuidar de bem imóvel, quando tanto dispuser a entidade autora da desapropriação, desde que aceita pelo proprietário. Segundo esse modelo, a indenização somente seria assim concebida e praticada quando o aceitasse o proprietário, cuja aquiescência fosse posta como obrigatória.

4) Modificação constitucional possível para que o pagamento pudesse ser ajustado honestamente, nos moldes atualmente definidos, e devidamente homologado, de forma excepcional, para os casos em que o bem objeto da desapropriação fosse servir para a realização de obras ou serviços públicos. Nesse caso, o preço devido a título de indenização ao proprietário seria fixado definitivamente na desapropriação, mas se possibilitaria que o seu pagamento seria honrado em período futuro, conquanto previamente ajustado, com o resultado e exploração da própria obra ou serviço a ser nele realizado.

5) Prevalência do rito sumário especial para todas as desapropriações e não apenas para aquelas realizadas para fins de reforma agrária (modelo da Lei Complementar 76/93), por se cuidar de ação que afeta direito constitucional do particular. Revogar-se-iam, então, os arts. 19 e segs. do Decreto-lei nº 3.365/41, substituídos que seriam por outra norma que cuidasse do tema.

6) Definição de varas especiais de desapropriação, com competência privativa, entre as varas da Fazenda Pública.