

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência, Ministro Luiz Fux, as eminentes Ministras Cármem Lúcia e Rosa Weber e os eminentes pares.

Adoto, Senhor Presidente, o acutíssimo relatório apresentado pelo e. Ministro Roberto Barroso.

Permito-me rememorar que se trata de recurso extraordinário, com repercussão geral, no qual se pede a reforma de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

O Município de Juiz de Fora, ora recorrido, ajuizou desapropriação por utilidade pública em face da ora recorrente, para construção de hospital público.

Após o depósito da quantia de R\$ 834.306,52 (oitocentos e trinta e quatro mil, trezentos e seis reais e cinquenta e dois centavos), houve a imissão provisória na posse dos bens.

Seguiu-se a instrução do processo, com realização de perícia dos imóveis em questão. O pedido de desapropriação foi, então, julgado procedente. Fixou-se, na sentença, o montante da indenização devida pelo Município em R\$ 1.717.000,00 (um milhão, setecentos e dezessete mil reais), valor a ser acrescido de correção monetária, juros de mora e juros compensatórios.

O juízo de primeiro grau determinou que a diferença entre o montante da indenização e o valor depositado para imissão provisória na posse fosse complementada via depósito judicial. Em embargos de declaração opostos pelo Município, porém, reconheceu-se a necessidade de se observar o regime de precatórios, previsto no art. 100 da CRFB.

Os recursos interpostos pelas partes foram rejeitados pelo TJMG e pelo STJ. Ficou pendente de julgamento o agravo em recurso extraordinário, provido pelo e. Ministro Relator Roberto Barroso, para propiciar a análise da repercussão geral da questão.

A recorrente aduz que o regime previsto no art. 100 da Constituição não se deve aplicar à indenização devida ao proprietário do imóvel, porque o procedimento de desapropriação precede-se do pagamento de uma quantia

indenizatória ao expropriado, a qual deve ser prévia, justa e em dinheiro (eDOC 3, p. 179/192). Ampara seus argumentos na alegação de violação aos arts. 5º, XXIV, e 183, §3º, da CRFB.

O Plenário do STF reconheceu a repercussão geral da questão, conforme ementa respectiva:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. GARANTIA DE JUSTA E PRÉVIA INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DE PRECATÓRIOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se e como a justa e prévia indenização em dinheiro assegurada pelo art. 5º, XXIV, da CRFB/1988 se compatibiliza com o regime de precatórios instituído no art. 100 da Carta. 2. Repercussão geral reconhecida”.

A manifestação da Procuradoria-Geral da República foi no sentido do desprovimento do presente recurso extraordinário, em parecer assim ementado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 865. REPERCUSSÃO GERAL. DESAPROPRIAÇÃO INDENIZAÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DO DEPÓSITO INICIAL. REGIME DE PRECATÓRIOS. OBRIGATORIEDADE. DESPROVIMENTO.

1 – A indenização em dinheiro devida em razão da diferença entre o valor da condenação judicial e o da oferta inicial em procedimento para desapropriação deverá ser paga em obediência ao regime de precatórios, ressalvados os casos expressamente previstos na Constituição Federal.

2 – Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.”

Era o que cabia rememorar.

As questões trazidas à apreciação desta Suprema Corte são da maior relevância para a concretização do âmbito de proteção do direito fundamental à propriedade (art 5º, XXII e XXIII, CRFB), especialmente quanto à conformação desse direito em relação ao instituto da desapropriação (art. 5º, XXIV, CRFB).

O e. Ministro Relator Roberto Barroso bem sintetizou a questão em julgamento em seu voto. De acordo com ele, “*em linhas gerais, pode-se afirmar que o Poder Público ingressa com a ação de desapropriação contra o particular, deposita um valor incompatível com a justa indenização constitucionalmente prevista, obtém a imissão provisória na posse e paga a diferença anos ou décadas depois, por intermédio de precatório judicial, o qual muitas vezes nem sequer é quitado no prazo constitucionalmente determinado.*”

A questão constitucional em julgamento, assim, reside em saber se a diferença apurada entre o valor inicialmente depositado e o valor efetivo da indenização final, determinada em juízo, deve ser paga mediante depósito judicial ou pela via do precatório, nos termos do art. 100 da Constituição.

O e. Ministro Roberto Barroso aponta que o modelo atual é potencialmente injusto com o proprietário do bem expropriado, na medida em que a) ele perde a posse do bem no início do processo, mediante depósito muitas vezes distinto do correto valor de mercado; b) o trâmite da ação de desapropriação é longo; e c) após o trânsito em julgado, o pagamento por precatório do *quantum* indenizatório tem prazo de quitação usualmente descumprido pelo Poder Público.

O e. Ministro Relator também pontua, em seu voto, que o paradigma atual não é eficiente para o Poder Público, já que o longo trâmite do processo pode levar ao cenário em que a desapropriação se implementa sob vigência de determinado governo, mas é quitada muitos anos depois. Conforme Sua Excelência, “*Em termos práticos, isso significa que os governantes atuais podem desapropriar os bens que desejarem, pagando valor ínfimo. No momento do pagamento definitivo, em geral, o governante é outro*”.

Além disso, como alerta o e. Ministro Relator, o atual modelo de desapropriação pode levar a outra consequência prejudicial ao Poder Público: o pagamento pelo Estado, ao final dos processos, de indenizações bastante superiores ao valor de mercado do bem expropriado, em razão dos juros compensatórios.

O e. Relator Ministro Roberto Barroso conclui, então, que, “*nas hipóteses em que o ente expropriante estiver em atraso no pagamento de precatórios, a diferença apurada entre o valor de depósito inicial e o valor*

efetivo da indenização final na desapropriação não deve ser paga por precatório, mas sim mediante depósito judicial, em respeito à natureza prévia da indenização, disposta no art. 5º, XXIV, da Constituição”.

Assenta, ainda, que “ os entes expropriantes que estiverem em dia submetem-se normalmente ao regime de precatórios, nos termos da jurisprudência desta Corte”.

Propõe a seguinte tese a ser fixada sob o regime da repercussão geral: “*No caso de necessidade de complementação da indenização, ao final do processo expropriatório, deverá o pagamento ser feito mediante depósito judicial direto se o Poder Público não estiver em dia com os precatórios*”, com modulação dos efeitos, para que a tese seja aplicada “*somente às desapropriações propostas a partir da publicação da ata da sessão deste julgamento, ressalvadas as ações judiciais em curso em que se discuta expressamente a constitucionalidade do pagamento da complementação da indenização por meio de precatório judicial*”.

Conclui o voto com o provimento ao recurso extraordinário para que a diferença da indenização seja paga mediante depósito direto pelo Município de Juiz de Fora.

Submetida a questão a julgamento em lista do Plenário Virtual, o e. Ministro Gilmar Mendes apresentou proposta de divergência, na qual obtempera que “*a mens legis constitucional refere-se ao cumprimento de sentença advindo de obrigação de pagar, submetendo-se à regra do precatório/RPV qualquer desembolso extraorçamentário para fazer frente ao conteúdo da coisa julgada. A norma constitucional parte do pressuposto de ser imprescindível que o Poder Público adeque-se no plano orçamentário para quitar dívida vencida reconhecida judicialmente*

. Sendo assim, é incompatível com a Constituição o cumprimento imediato lato sensu (sem submissão ao regime de precatório), de obrigação de pagar dívida vencida, ainda que a título de complementação de depósito prévio.”

Sua Excelência conclui o voto divergente com o **desprovimento** do recurso extraordinário, ao propor a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “*o pagamento da complementação do depósito prévio ou do valor indenizatório fixado em ação de desapropriação ocorrerá por meio de precatório, salvo nos caso de desapropriação por descumprimento da função social (que será pago por meio de títulos da dívida pública ou agrária, a depender de o imóvel ser urbano ou rural)*”.

Estão colocadas, portanto, Senhor Presidente, duas versões contrapostas para deslinde do tema em julgamento.

Enquanto o Relator, e. Ministro Roberto Barroso, entende que no caso de necessidade de complementação da indenização, ao final do processo expropriatório, deverá o pagamento ser feito mediante depósito judicial direto se o Poder Público “*não estiver em dia com os precatórios*”, o e. Ministro Gilmar Mendes entende pela obrigatoriedade do respeito ao regime de precatórios para o pagamento referido.

O tema em debate, portanto, desafia a cláusula da “justa e prévia indenização”, contida no inciso XXIV do art. 5º da Constituição. O tema tem longa história no Direito brasileiro.

A Constituição do Império dispunha, no art. 179:

“XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização.”

O direito à indenização **prévia** aparece, pela primeira vez, na Constituição de 1891, no art. 72:

“§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.”

É a Constituição de 1934 que traz, pela primeira vez, a cláusula de justa **e** prévia indenização, como se pode haurir do art. 113, 17, que aqui reproduzo:

“17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. **A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização.** Em

caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.”

Três anos depois, como aponta Sônia Rabello de Castro, a Constituição de 1937 novamente retira o termo *justo* aposto à locução indenização, remetendo à legislação ordinária a função de regular os limites e o conteúdo do exercício do direito de propriedade (RABELLO de CASTRO, Sonia. O conceito de Justa Indenização nas expropriações imobiliárias urbanas: justiça social ou enriquecimento sem causa?. Revista de Administração Municipal, v. 265, p. 42-53, 2008).

O Estado Novo, portanto, manteve o conceito de propriedade, conforme o artigo 122, 14 da Carta de 1937, mas não mais assegurava indenização justa, apenas prévia:

“A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 14) O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício”.

Gilberto Bercovici anota que “*estes dispositivos são muito semelhantes ao artigo que garantia a função social da propriedade na Constituição de Weimar (artigo 153), ao afirmar que a propriedade era garantida pela Constituição, mas com seu conteúdo e limites resultantes de lei. Além disso, o uso e exercício da propriedade deveriam representar uma função social, pois “a propriedade obriga” (“Eigentum verpflichtet”). Ou seja, a determinação do conteúdo do direito de propriedade estava, como no artigo 153 da Constituição de Weimar, reservada à lei. O legislador, de acordo com a Constituição de 1934 e com a Carta de 1937, poderia limitar livremente o direito de propriedade, que perdia, assim, seu caráter a-histórico de absolutividade”* (BERCOVICI, Gilberto. A Questão Agrária na Era Vargas (1930-1964). História do Direito - Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito, v. 1, p. 183-226, 2020).

Releva notar, nesse influxo, que a edição do Decreto-Lei 3365/1941, de forma coerente com a Constituição de 1937, previu que a ação de desapropriação tivesse um perito de confiança do magistrado, porque o valor a ser pago no final do processo não seria o valor previamente garantido. Reproduzo a redação do dispositivo:

“Art. 14. Ao despachar a inicial, o juiz designará um perito de sua livre escolha, sempre que possível, técnico, para proceder à avaliação dos bens.

Parágrafo único. O autor e o réu poderão indicar assistente técnico do perito”.

O Decreto-Lei previu, nesse sentido, o pagamento em títulos, nos termos do art. 32, ou, ainda, a fixação do valor a partir do IPTU, em conformidade com o art. 27, parágrafo único:

“Art. 32. O pagamento do preço será feito em moeda corrente. Mas, havendo autorização prévia do Poder Legislativo em cada caso, poderá efetuar-se em títulos da dívida pública federal, admitidos em bolsa, de acordo com a cotação do dia anterior ao do depósito.”

Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufera o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

Parágrafo único. Se a propriedade estiver sujeita ao imposto predial, o "quantum" da indenização não será inferior a 10, nem superior a 20 vezes o valor locativo, deduzida previamente a importância do imposto, e tendo por base esse mesmo imposto, lançado no ano anterior ao decreto de desapropriação.

A Constituição de 1946, a seu turno, não apenas reintroduz o termo “justa”, como também trouxe a exigência de ser a indenização “em dinheiro”, nos termos do art. 141, § 16:

“§ 16 – É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.”

A fórmula “prévia, justa e em dinheiro” da Constituição de 1946 é a que o legislador constituinte de 1988 também aplicou, como se vê da redação do inciso XXIV do art. 5º:

“XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”

Sem desconhecer a jurisprudência consolidada desta Suprema Corte quanto ao tema, comungo da compreensão de que é preciso revisitar os parâmetros hermenêuticos por meio dos quais se estabeleceu que a obrigatoriedade, justa e prévia indenização em dinheiro, a que se refere o artigo 5º, XXIV, da CRFB, compreende apenas a indenização devida para a transferência definitiva da propriedade, que ocorre ao final do processo expropriatório.

Afinal, este é o problema que se coloca atualmente, o qual deita raízes na Constituição do Império, como se demonstrou. Trata-se de um direito à indenização garantido de forma bastante robusta pelo ordenamento. No entanto, o rito da expropriação rege-se, ainda, por princípios que vigiam em uma época autoritária.

Nesse sentido, pontuam Luciano Ferraz e Jorge Bacelar Gouveia:

“No Brasil, a par das disposições constitucionais próprias (art. 5º, XXIV⁶, CB/88, art. 182, §4º, art. 184, art. 243), a Lei Geral das Desapropriações é representada pelo Decreto Lei 3.365/41, uma legislação arcaica, editada em época de regime autoritário (Estado Novo) – e que necessita de renovada interpretação à luz da Constituição de 1988.

(...)

O Decreto Lei 3.365/41 foi expedido num contexto político autoritário e intervencionista (Estado Novo), dotando a Administração Pública de poderes expropriatórios largos, insindicáveis pelo Poder Judiciário e oponíveis, sem prévia oitiva e sem direito de impugnação na via administrativa, aos administrados proprietários.” (FERRAZ, Luciano. GOUVEIA, Jorge Bacelar. Procedimento Expropriatório e Administração Pública Dialógica: estudo comparativo da expropriação no Brasil e Portugal. REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS POLÍTICOS, v. 113, p. 477-532, 2016).

Peço vénia, portanto, para não aderir à proposta de divergência tal como desenhada pelo e. Ministro Gilmar Mendes. Considero, com o máximo respeito, que invocar o direito orçamentário como óbice para a garantia fundamental revela, tão somente, um entrave burocrático.

Afinal, para respeitar a proibição de mudanças de categoria de programação, bastaria que a rubrica disponível para a indenização contivesse o valor “justo”, não o valor da tabela do IPTU.

Não se ignora que exigir tal procedimento da Administração envolve maior esforço do Poder Público. Todavia, essa circunstância é ínsita quando se pretende garantir direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo, peço, também, as mais respeitosas vénias ao e. Ministro Relator Roberto Barroso. Reconheço que seus argumentos estão amparados em relevantes preocupações práticas. No entanto, entendo que a fórmula “*se o Poder Público não estiver em dia com os precatórios*”, contida na tese proposta por Sua Excelência, não assegura a proteção da garantia fundamental da indenização prévia.

Além disso, devo consignar que não basta a mera preocupação com os efeitos práticos. Afinal, como o valor de venda do imóvel é distinto do valor de aluguel, tal preocupação também deveria ensejar a revisão da jurisprudência que reconheceu como constitucional o art. 15, § 1º do Decreto-Lei 3.365/1941, cristalizada na Súmula 652 deste STF. O referido dispositivo determina que:

“Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imití-lo provisoriamente na posse dos bens;

(...)

§ 1º A imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito:

a) do preço oferecido, se este fôr superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao impôsto predial;

b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao impôsto predial e sendo menor o preço oferecido;

c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do impôsto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior;

d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel."

Veja-se, a respeito, a lição de Fernando Facury Scaff:

"Em 2003, o STF exarou a Súmula 652, validando a recepção constitucional do artigo 15, parágrafo 1º desse decreto-lei de 1941, época da Ditadura Vargas, o qual permite que, independentemente da citação do proprietário, o juiz determine a imissão provisória do ente público na posse do bem, desde que seja alegada urgência e depositada a quantia arbitrada. Que quantia é essa? O parágrafo 1º, "c", do artigo 15 estabelece que será "o valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural", caso tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior; caso não tenha sido, o juiz levará tal valor em consideração na sua análise (inciso "d"). Existe farta jurisprudência do STJ tratando da matéria.

O depósito dessa quantia pelo ente público é considerado o pagamento prévio da indenização, podendo o proprietário do bem desapropriado levantar até 80% desse depósito, mesmo que discorde da avaliação e decida impugná-la judicialmente (artigo 33, DL 3365 /41). Caso o expropriado concorde com o registro da propriedade na matrícula do imóvel, poderá levantar até 100% do montante depositado e prosseguir questionando em juízo o preço ofertado (artigo 34-A)." (SCAFF, Fernando Facury. Não deve ser paga com precatório sentença que majora valor de desapropriação. Consultor Jurídico, São Paulo, 07 ago. 2018).

Consolidou-se entendimento segundo o qual "*subsiste no regime da CF de 1988 (artigo 5º, XXIV), a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal sob a égide das Cartas anteriores, ao assentar que só a perda da propriedade, no final da ação de desapropriação – e não a imissão provisória na posse do imóvel – está compreendida na garantia da justa e prévia indenização*". Logo, é no momento do julgamento final da ação que há a perda da propriedade e, portanto, é nesse momento que o pagamento deve ser feito "em dinheiro". Reproduzo a ementa do precedente respectivo:

“EMENTA: - 1. Preliminar de prejudicialidade rejeitada, ante a diversidade dos procedimentos respectivos e da modalidade de execução, entre a imissão provisória na posse (a que se refere o mandado de segurança ora em grau de recurso extraordinário) e o julgamento definitivo da ação expropriatória. 2. Subsiste, no regime da Constituição Federal de 1988 (art. 5., XXIV), a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal sob a égide das Cartas anteriores, ao assentar que só a perda da propriedade, no final da ação de desapropriação - e não a imissão provisória na posse do imóvel - esta compreendida na garantia da justa e prévia indenização.” (RE 195586, Rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, julgado em 12.03.1996, DJ 26-04-1996).

Há uma série de precedentes que reproduzem a referida tese, sem, entretanto, enfrentar o argumento de que para a indenização a que se refere o artigo 5º, XXIV, da CRFB, ser efetivamente justa, o valor em dinheiro a ser previamente entregue ao expropriado deve corresponder ao seu valor de mercado. Confiram-se:

“EMENTA: Ação de desapropriação. Imissão na posse. - A imissão na posse, quando há desapropriação, é sempre provisória. - Assim, o § 1º e suas alíneas do artigo 15 do Decreto-Lei 3.365/41 é compatível com o princípio da justa e prévia indenização em dinheiro previsto no art. 5º, XXIV, da atual Constituição. Recurso extraordinário conhecido e provido”. (RE 176108, Rel. Min. Carlos Velloso. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 12.06.1997, DJ 26-02-1999).

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO NA POSSE. COMPATIBILIDADE COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS RELATIVAS À PROPRIEDADE. RE PROVÍDO.” (RE 185303, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim. Segunda Turma, julgado em 16.12.1997, DJ 25-05-2001).

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS. ALEGADA OFENSA DOS ARTS. 14, 15 E 16 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 76/93 AO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O art. 14 da Lei Complementar nº 76 /93, ao dispor que o valor da indenização estabelecido por sentença em processo de desapropriação para fins de reforma agrária deverá ser depositado pelo expropriante em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais, contraria o sistema de pagamento das condenações judiciais, pela Fazenda Pública, determinado pela Constituição Federal no art. 100 e

parágrafos. Os arts. 15 e 16 da referida lei complementar, por sua vez, referem-se, exclusivamente, às indenizações a serem pagas em títulos da dívida agrária, posto não estar esse meio de pagamento englobado no sistema de precatórios. Recurso extraordinário conhecido e provido, para declarar a constitucionalidade da expressão "em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e,", contida no art. 14 da Lei Complementar nº 76 /93". (RE 247866, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 09.08.2000, DJ 24-11-2000).

"EMENTA: Recurso extraordinário. Desapropriação. Imissão prévia na posse. 2. Discute-se se a imissão provisória na posse do imóvel expropriado, initio litis, fica sujeita ao depósito integral do valor estabelecido em laudo do perito avaliador, se impugnada a oferta pelo expropriado, ou se, por força dos parágrafos do art. 15 do Decreto-lei nº 3365/1941 e do art. 3º do Decreto-lei nº 1075/1970, é possível, aos efeitos indicados, o depósito pelo expropriante da metade do valor arbitrado. 3. O depósito prévio não importa o pagamento definitivo e justo conforme art. 5º, XXIV, da Constituição. Não incidência do art. 182, § 4º, III, da Lei Maior de 1988. 4. A imissão provisória na posse pressupõe a urgência do ato administrativo em apreço. 5. Inexistência de incompatibilidade, do art. 3º do Decreto-lei nº 1075/1970 e do art. 15 e seus parágrafos, Decreto-lei nº 3365/1941, com os dispositivos constitucionais aludidos (incisos XXII, XXIII e XXIV do art. 5º e 182, § 3º, da Constituição). 5. Recurso extraordinário conhecido e provido". (RE 184069, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 05.02.2002, DJ 08-03-2002).

"EMENTA Desapropriação. Depósito prévio. Imissão na posse. Precedentes da Corte. 1. Já assentou a Corte que o "depósito prévio não importa o pagamento definitivo e justo conforme o artigo 5º, XXIV, da Lei Maior de 1988", com o que não existe "incompatibilidade do art. 3º do Decreto-Lei nº 1075/1970 e do art. 15 e seus parágrafos, Decreto-Lei nº 3365/1941, com os dispositivos constitucionais aludidos (incisos XXII, XXIII e XXIV do art. 5º e 182, § 3º, da Constituição)" (RE nº 184.069/SP, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 8/3/02). Também a Primeira Turma decidiu que a "norma do artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.075/70, que permite ao desapropriante o pagamento de metade do valor arbitrado, para imitir-se provisoriamente na posse de imóvel urbano, já não era incompatível com a Carta precedente (RE 89.033 - RTJ 88/345 e RE 91.611 - RTJ 101/717) e nem o é com a atual" (RE nº 141.795/SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 29/9/95). 2. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE 191078, Rel. Min. Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 15.04.2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008).

"EMENTA: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Justa e prévia indenização. Art. 5º, XXIV, da Constituição Federal. 3.

Aferição. Perda definitiva do direito de propriedade. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento". (AI 857979 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 05.03.2013).

Como bem registrado pelo e. Ministro Roberto Barroso, referindo-se ao RE 176.108, Relator Ministro Carlos Velloso, Redator para o acórdão Ministro Moreira Alves, Plenário, DJ 26.02.1999, do Supremo Tribunal Federal:

"Essa decisão, proferida em 1997, não enfrentou a questão de os critérios do art. 15, § 1º, do Decreto-lei não refletirem o valor de mercado do bem. A controvérsia estabelecida na ocasião limitou-se à definição de quando seria devida a prévia e justa indenização exigida pela Constituição, tendo havido pedido de imissão provisória na posse pelo Estado. Dessa definição decorreu a confirmação da tese, fixada sob a vigência de Constituições passadas, de que o pagamento da indenização por desapropriação poderia, sim, se sujeitar ao regime de precatórios. A maioria do Tribunal, seguindo o voto do Ministro Moreira Alves, manteve a orientação de que "a imissão provisória na posse, com a perda da posse pelo proprietário, dá margem [apenas] à compensação por essa perda, que é resarcida [ao final] mediante juros compensatórios".

Não há dúvidas, portanto, de que o caminho hermenêutico que melhor conforma os direitos fundamentais expressamente reconhecidos nos incisos XXII (propriedade), XXIII (função social da propriedade) e XXIV (indenização expropriatória) do artigo 5º da Constituição da República, é aquele segundo o qual se firma a compreensão de que o depósito a ser realizado pelo poder público para a imissão na posse de bem, em processo de desapropriação, deve ter por base o valor real de mercado do bem.

No que diz respeito à forma de pagamento da diferença apurada entre o valor depositado e aquele apurado durante o processo de desapropriação, é certo que a Constituição prevê, de forma expressa, no art. 5º, XXIV, que a indenização expropriatória deve ser prévia, justa e em dinheiro, ressalvados os casos nela previstos.

Além disso, o artigo 16, §4º, II da Lei de Responsabilidade Fiscal exige que para fins de desapropriação de imóveis urbanos, o ato de desapropriação seja precedido de a) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; b) declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e

compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

O pagamento na via do precatório, portanto, não é consentâneo com a garantia do direito fundamental à propriedade e à justa indenização em dinheiro, garantia prevista na Constituição.

Conforme ensina Luciano Ferraz, a determinação do pagamento em dinheiro e fora do regime do art. 100 da Constituição consiste em proposta que “*tem a potencialidade de garantir justeza e contemporaneidade à indenização expropriatória (equivalência + reparação + oportunidade), para além de atender ao princípio constitucional da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, CB/88).*

Isto porque essa complementação de valores (faltantes da indenização expropriatória determinada pelo Poder Judiciário) há de ser compreendida como condenação a uma obrigação de fazer (porquanto existe na Constituição um dever estatal de avaliação adequada e reparação prévia e completa do patrimônio do expropriado) e não a uma obrigação de dar, excluindo, como consequência, o expropriado de receber a compensação apenas ao final da ação e pela via dos precatórios (artigo 100, CR/88)”. (FERRAZ, Luciano. Indenização por Desapropriação tem Novidades Legislativas e Jurisprudenciais. Consultor Jurídico, Revista Consultor Jurídico, 03 maio 2016).

Entendo que não se trata de sobrepor as razões de ordem normativa às de ordem fática. Ao contrário. Trata-se de compatibilizar a prerrogativa conferida ao Poder Público de desapropriação com a garantia deferida ao particular, pelo legislador constituinte, de receber a indenização de forma justa e prévia, em dinheiro. Não há conformidade entre a garantia de pagamento prévio com o regime do art. 100 da CRFB. A sistemática dos precatórios apresenta-se como a opção do legislador constituinte para a quitação das dívidas reconhecidas judicialmente contra a Fazenda Pública, mas não permite pagamento da indenização prévia.

O gravame para o particular, sem dúvida, é desproporcional, na medida em que se vê privado da propriedade e também da possibilidade de compensação prévia.

Não há dúvida de que a desapropriação atende ao interesse público. No entanto, a exigência de indenização prévia é necessária, para que se efetive a harmonização dos direitos e garantias individuais e coletivos, sem a supressão de nenhum destes.

Esta também é a conclusão de Fernando Facury Scaff, como se vê de lição doutrinária:

“Isso nos faz retornar ao artigo 100 da Constituição. Será que deve ser realizado através do sistema de precatórios o pagamento decorrente dessa decisão judicial transitada em julgado que determinou o justo preço do bem desapropriado, superior ao montante depositado, o qual, presumivelmente, já tenha sido levantado pelo expropriado quando ocorreu a imissão provisória na posse?

Como exposto, em contraponto ao artigo 100, a atual Constituição estabelece a propriedade dentre os direitos e garantias individuais (artigo 5º, caput) e o pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro no caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Ou seja, a perda da propriedade só pode ocorrer havendo prévia e justa indenização em dinheiro. E, sendo prévia, não se há de falar da adoção do sistema de precatórios, que transforma o sistema de pagamentos para uma fase posterior, descartando a norma estabelecida no artigo 5º, XXIV, CF.

Não parece se estar defronte a uma relativização de direitos fundamentais, própria de uma leitura de Robert Alexy, nem do uso do velho brocado latino de que ninguém deve se beneficiar de sua própria torpeza, que foi muito bem analisado por Ronald Dworkin. O que se tem à frente é o Direito Constitucional brasileiro lido de forma sistêmica, de modo a obter sua compreensão holística, e não em fatias (isto é, isoladamente, cada artigo sem conexão com os demais). Se lido apenas o artigo 100, CF, todas as decisões transitadas em julgado que contenham obrigação de pagar devem ser objeto do sistema de precatórios, mas isso invalidará o direito fundamental que rege o pagamento das indenizações em razão das desapropriações fundadas em necessidade ou utilidade pública, constante do artigo 5º, XXIV, CF.”

Dante do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário, homenageando conclusões diversas e proponho a fixação da seguinte tese, sob a sistemática da repercussão geral: “*No caso de necessidade de complementação da indenização, ao final do processo expropriatório, deverá o pagamento ser feito mediante depósito judicial, que é compatível com a Constituição, sem submissão ao regime de precatório, previsto no art. 100, CRFB*”.

Proponho, ainda, modulação dos efeitos, para que a tese seja aplicada “*somente às desapropriações propostas a partir da publicação da ata da sessão deste julgamento, ressalvadas as ações judiciais em curso em que se discuta expressamente a constitucionalidade do pagamento da complementação da indenização por meio de precatório judicial*”.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 09/12/2021