

A INDENIZAÇÃO PRÉVIA NO PROCESSO JUDICIAL DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA – Algumas Premissas para Superação do Entendimento Jurisprudencial Hodierno

PREVIOUS COMPENSATION IN LAWSUITS FOR OF PUBLIC UTILITY EXPROPRIATION – Some Premises for Overcoming the Current Understanding of Courts

DIMITRI DE SOUZA CARDOZO¹
LUCIANA GASPAR MELQUIADES DUARTE²

RESUMO: Por se tratar da principal garantia do particular frente ao Poder Público, este trabalho tem o escopo de analisar o direito fundamental à indenização prévia nos processos judiciais de desapropriação por utilidade pública em uma conjectura pós-positivista. Partindo, assim, deste paradigma, perquirir-se-á o alcance da norma insculpida no 5º, inciso XXIV da Constituição (BRASIL, 1988), balizando seus contornos frente ao sistema de precatórios judiciais estabelecido por ela e cotejando-o com o instituto da imissão provisória na posse concebido pela legislação de regência.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação por Utilidade Pública; Indenização Prévia; Direitos Fundamentais; Pós-positivismo.

ABSTRACT: Because it is the main guarantee against the particular Government, this work has the scope to analyze the fundamental right to prior compensation in court proceedings for expropriation for public utility in a post-positivist conjecture. Thus, based on this paradigm will to assert itself, the scope of the standard inscribe in 5, section XXIV of the Constitution (BRAZIL, 1988), marking out its contours against the judicial writ system established by it and comparing it with the institution of provisional immission designed by current law.

KEYWORDS: Expropriation; Indemnity Preview; Fundamental Rights; Post-positivism.

Artigo recebido em 02.02.2014. Pareceres emitidos em 18.09.2014 e 18.09.2014.

Artigo aceito para publicação em 19.01.2015.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, MG. *dimitricardoso@hotmail.com*

² Mestre e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Professora Adjunta da Universidade Federal de Juiz de Fora, MG. *lg.melquiades@uol.com.br*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Substancialismo-principiológico no Contexto Pós-positivista; 2. A Desapropriação Ordinária e o Pressuposto Inarredável da Prévia Indenização; Conclusão; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. Principled-substantialism in the Post-positivist Context; 2. Ordinary Expropriation and the Unassailable Precondition of Previous Compensation; Conclusion; Bibliographical References.

INTRODUÇÃO

O instituto da desapropriação representa a forma mais brusca de intervenção estatal na propriedade privada, pois, através dele, a entidade expropriante suprime, unilateralmente, o domínio particular sobre o bem objeto de declaração de utilidade pública, relativizando o direito à propriedade.

A partir dos contornos que lhe são dados pela própria Constituição (BRASIL, 1988), ele é sujeito a um procedimento administrativo em que seja resguardada uma justa e prévia indenização, que tem por escopo tornar indene o patrimônio privado, pois em respeito à isonomia, não seria legítima a imposição, a um único indivíduo, de encargo demasiado não extensível aos demais. Mas, para recompô-lo na exata medida, seria necessário, ainda, que o pagamento se efetivasse no exato instante em que o bem é cedido à coletividade, pois, somente assim, manter-se-ia intacto o *status* econômico e social que até então possuía o indivíduo.

O art. 5º, inciso XXIV da Constituição (BRASIL, 1988) dispõe sobre a garantia da anterioridade do pagamento, a qual constitui objeto do presente estudo. Por óbvio, cuidar-se-á, aqui, dos casos em que o procedimento expropriatório não se ultima de modo amigável, tornando-se necessária a intervenção do Poder Judiciário para quantificação do justo preço.

Dessa forma, parte-se da concepção de que o direito fundamental à prévia indenização apresenta-se no ordenamento pátrio como norma-regra que, por sua natureza, não comporta concreção gradual. Por ser prévio, o pagamento da indenização forçosamente antecederá o ato de aquisição do bem pelo Poder Público, de modo que qualquer solução em sentido inverso negará vigência ao direito fundamental em epígrafe, posto que descaracterizará seu núcleo essencial.

Nesse sentido, caberá perquirir o alcance da norma insculpida no 5º, inciso XXIV da Constituição (BRASIL, 1988), balizando seus contornos frente ao sistema de precatórios judiciais estabelecido por ela e cotejando-a com os institutos concebidos pelo Decreto-Lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) que permitem à entidade expropriante imitar-se na posse do bem objeto de declaração de utilidade pública antes de efetuar o pagamento integral da justa indenização.

Pretende-se demonstrar, dessa forma, que, tanto a manutenção do instituto da imissão provisória na posse, nos moldes como fora estabelecido pelo Decreto-Lei nº 3.365 (BRASIL, 1941), quanto a aplicação literal da norma consubstanciada no art. 100 da Constituição (BRASIL, 1988), ensejam

restrições ao caráter prévio da indenização que a torna letra morta dentro da Constituição (BRASIL, 1988).

Ora, a visão jurídica inaugurada pelo arcabouço teórico pós-positiva rompeu com a concepção de que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais apenas enunciavam programas a serem seguidos pelo Administrador Público, apresentado-se desprovidas de cunho coercitivo. Por compreendê-las como normas jurídicas, dotadas, por determinação expressa, de eficácia plena, deve o intérprete acolher a solução que realize, diante do caso concreto, a concordância prática entre as normas em comento, sem que aniquile uma delas ao implementar a outra.

Nesse diapasão, propõe-se com este estudo uma releitura do entendimento jurisprudencial hodierno, preconizando por uma solução que leve em consideração o direito do particular espoliado de ter seu patrimônio recomposto no exato instante em que é privado da disponibilidade econômica de seu bem. Pretende-se, portanto, lançar luz sobre a problemática aventada, contribuindo para uma agir administrativo justo e democrático.

1. O SUBSTANCIALISMO-PRINCIPIOLÓGICO NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA

Com o advento do paradigma pós-positivista, os princípios passaram a ocupar lugar de destaque na dogmática jurídica, adquirindo normatividade constitucional a partir da ruptura de sua concepção como normas meramente programáticas, que enunciavam diretrizes e parâmetros despidos de vinculação. Dessa forma, para exata compreensão deste novo modelo, afigura-se indispensável assentar as diferenças entre regras e princípios, devendo-se, primeiramente, ressaltar que ambos representam espécies do gênero norma jurídica.

Partindo de uma distinção de natureza lógica, Dworkin (2010) estabelece esta classificação dicotômica, concebendo as normas como regras ou como princípios. Para ele, as regras seriam aplicadas à maneira do “tudo-ou-nada”, de modo que, verificando-se os fatos contemplados em sua hipótese de incidência a aplicação do comando estipulado em sua consequência jurídica levaria, necessariamente, ao exame acerca de sua validade.

Por se tratar de um conceito binário, e que, portanto, não comporta gradação, a regra afigura-se como válida, e, neste caso, sua aplicação se daria de forma imediata, ou como inválida, e, por consequência, em nada contribuiria para decisão. Dessa forma, não se torna possível a coexistência de duas regras quando em conflito, passando a solução da antinomia pela declaração de invalidade de uma delas ou pela inserção de uma cláusula de exceção. No primeiro caso, deve o intérprete recorrer aos tradicionais métodos cronológico, da hierarquia ou da especialidade ou, ainda, aplicar aquela regra que se encontra sustentada por princípios de maior envergadura, pois, como afirma Dworkin, o sistema jurídico também pode estabelecer preferências entre elas (DWORKIN, 2010, p. 43).

Os princípios, ao revés, possuem uma dimensão de peso ou de importância – a qual se encontra ausente nas regras – e, por essa razão, “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (DWORKIN, 2010, p. 43). Nesse contexto, a relação de prevalência que se estabelecerá entre os princípios em colisão fica condicionada às circunstâncias delineadas no caso concreto e o fato de um princípio não ser aplicado em detrimento do outro não conduz a decretação de sua invalidade.

Com esteio nesta diferenciação, Alexy (2011) concebe os princípios como mandamentos de otimização, porquanto ordenam a satisfação de seus preceitos na maior medida possível, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes. Enquanto os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, “as regras são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas” (ALEXY, 2011, p. 91). As regras seriam, assim, determinações, de modo que a distinção entre elas e os princípios seria qualitativa, e não de grau. Nesse passo, o fator determinante para diferenciação das duas categorias normativas reside no critério adotado para harmonizar regras em conflito ou princípios em colisão. Em sua visão, ocorrendo colisão entre princípios de mesma estatura hierárquica, os interesses neles dispostos terão de ser sopesados, estabelecendo-se, por conseguinte, uma relação de precedência entre ambos, sempre condicionada às circunstâncias do caso concreto. Vale dizer, a relação de tensão havida entre princípios não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta, pois apenas abstratamente nenhum deles goza de prioridade sobre o outro (ALEXY, 2011, p. 95).

Assim como Alexy (2011), Dworkin (2010) também entende que a ponderação é a forma exclusiva de aplicação dos princípios, asseverando, desta forma, que, ao contrário das regras, que são aplicadas de maneira disjuntiva, a aplicação dos princípios se efetiva através de uma dimensão de peso ou importância.

A estrutura da ponderação é representada por Alexy (2011) por meio da lei de colisão, no bojo da qual se estabelece uma precedência condicionada entre os princípios em rota de colisão, com base nas circunstâncias do caso concreto, objetivando-se estabelecer a concordância prática entre eles. A fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro deve ser, necessariamente, objeto de fundamentação e, em virtude disso, Alexy (2011) propõe a vinculação da estrutura formal do sopesamento à Teoria da Argumentação. Através deste intercâmbio os enunciados de preferência passam a ser passíveis de correção, dotando de racionalidade decisões tomadas com base na ponderação.

Com enfoque na pretensão de racionalidade, os pós-positivistas acabam por romper com a noção de poder discricionário do juiz, entendido este na acepção proposta por Dworkin (2010) segundo a qual, uma vez esgotadas as regras postas à disposição do magistrado, ele não estaria mais obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei (DWORKIN, 2010, p. 55).

A fim de superar tal concepção, Dworkin (2010) propõe a Teoria do Direito como Integridade, onde concebe o ordenamento jurídico como um conjunto coerente de princípios e regras que, por ser íntegro, não daria azo à atuação criativa do julgador.

Nesse contexto, assume especial relevância o papel desempenhado pelos princípios que, de normas meramente programáticas, desprovidas de cunho coercitivo, passaram a ostentar normatividade jurídica. Vale dizer, se o positivismo jurídico concebeu os princípios como fontes subsidiárias, que desempenhavam função supletiva na aplicação e integração do Direito, comatando, apenas, lacunas existentes, o paradigma pós-positivista deu-lhes nova roupagem, compreendendo-os como normas que, assim como as regras, condicionam administradores públicos e magistrados no desempenho de seus misteres. No entanto, ao contrário das regras, os princípios comportam concreção gradual, havendo, porém, a necessidade de se comprovar a ausência de condições satisfatórias para aplicá-los na medida máxima, seja com base em restrições fáticas ou jurídicas.

A Constituição (BRASIL, 1988) alberga, em seu seio, normas-regra e normas-princípio que tangenciam a desapropriação. Em verdade, de forma bastante exaustiva, os contornos do instituto são traçados por ela, restando à legislação infraconstitucional, apenas, a missão de contemplar um procedimento administrativo e judicial necessários para efetivá-lo.

Em virtude de sua eficácia plena, não se concebe que uma atividade administrativa de cunho supressivo se concretize ao arrepio das garantias fundamentais do indivíduo, notadamente daquela que condiciona a perda da propriedade particular ao caráter prévio da indenização. Enquanto regra constitucional, a garantia em apreço há de ser aplicada à maneira do “tudo-ou-nada”, solucionando-se a antinomia a partir da decretação de invalidez das normas constantes do Decreto-Lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) que com ela conflitem. Sob este viés, passar-se-á à análise das inconstitucionalidades³ que tocam o instituto da imissão provisória na posse, para na sequência, debruçar-se sobre a temática da antinomia, aparentemente existente, entre referida garantia e o sistema de precatórios judiciais concebido pela própria Constituição (BRASIL, 1988).

2. A DESAPROPRIAÇÃO ORDINÁRIA E O PRESSUPOSTO INARREDÁVEL DA PRÉVIA INDENIZAÇÃO

Conforme exposto linhas atrás, a desapropriação é concebida como um procedimento de Direito Público de que se utiliza o Estado para integrar ao seu acervo patrimonial determinado bem até então titularizado por um particular, ou até mesmo por outro ente público. Como regra, a Constituição (BRASIL, 1988) previu que referida aquisição fica condicionada ao pagamento

³ O termo inconstitucionalidade foi utilizado nesta passagem em sentido amplo, pois, por se tratar de norma pré-constitucional, o fenômeno jurídico que se verifica é a ausência de recepção.

de indenização, que, além de ser prévia e justa, deverá consubstanciar-se em pecúnia. Esse regramento possui o intuito de compensar o particular que, despojado do seu bem, tê-lo-á substituído em seu patrimônio por uma indenização equivalente. Prestigia-se, dessa forma, uma solução que concretize a concordância prática entre os interesses envolvidos, uma vez que, ao lado do instituto da desapropriação, a Constituição (BRASIL, 1988) também garante – e inicialmente sem ressalvas – o direito de propriedade, condicionando-o ao atendimento de sua função social somente no inciso seguinte.

Em virtude deste condicionamento, a Constituição (BRASIL, 1988) contempla, ainda, espécies sancionatórias de desapropriação, sujeitando à penalidade expropriatória o imóvel urbano cujo proprietário desatenda a exigência de promoção de seu adequado aproveitamento em consonância com o plano diretor municipal, assim como a propriedade rural que não esteja cumprindo sua função social. Nestes casos, o caráter prévio da indenização fica mitigado pelo próprio texto constitucional, de modo que ela efetuar-se-á através do pagamento de títulos da dívida pública com prazo de resgate de até dez anos, em se tratando de desapropriação urbana; ou mediante títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, nos casos de desapropriação por interesse social. A desídia dos proprietários é o que enseja *in casu* referidas medidas, pois, apesar de ser privada, a propriedade particular não se desvincula do interesse coletivo que lhe é subjacente.

Aliada a estas espécies, o ordenamento pátrio também congrega uma quarta variação do instituto, alcunhada de desapropriação confisco, uma vez que permite que as glebas particulares afetadas ao cultivo ilegal de plantas psicotrópicas sejam incorporadas ao erário à míngua de qualquer indenização.

Ao contrário dessas últimas modalidades – onde a incorporação do patrimônio privado ao acervo público tem como escopo sancionar o proprietário do imóvel cujo exercício esteja desvinculado de sua função social –, a modalidade ordinária de desapropriação busca a satisfação de uma necessidade coletiva que, para ser atendida, acaba por impor o sacrifício de um direito individual, mesmo este sendo exercido em consonância com os preceitos do ordenamento nacional. É nesse contexto que a doutrina administrativista clássica aduz que o poder de polícia estatal fundamenta-se no dogma da supremacia do interesse público sobre o privado, concebendo referido princípio como um axioma que, por via de consequência, “não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 96).

Contudo, com enfoque no paradigma pós-positivista, Ávila (2001) demonstra que, conceitualmente, a supremacia do interesse público sobre o privado não representa uma norma-princípio, porquanto “possui apenas um grau normal de aplicação”, inexistindo, ademais, fundamentos normativos que o qualifiquem como “um princípio jurídico-constitucional imanente” (ÁVILA, 2001, p. 28).

No entanto, conforme salienta o próprio autor, tais advertências não pretendem negar a importância jurídica do interesse público, mas apenas sublinhar que, mesmo sendo este o fundamento de legitimidade da atividade supressiva estatal, o administrador público não se escusa do dever de ponderação. Assim, necessário será cotejá-lo com os interesses privados, atribuindo, diante do caso concreto, máxima realização aos direitos envolvidos (ÁVILA, 2001, p. 29).

No que toca às desapropriações, este balanceamento de interesses concretizar-se-á no momento em que se fixa a justa indenização, pois é somente através desta que se torna possível harmonizar o direito individual do particular afetado com o interesse coletivo com ele colidente. Mas, para que seja efetiva, não basta que a indenização se revista de conteúdo econômico equivalente ao real valor do bem, sendo necessário observar, ainda, sua precedência em relação ao direito da Administração em adquiri-lo.

O instante em que se opera esta aquisição é motivo de dissenso na doutrina, mas o entendimento capitaneado por Bandeira de Melo (2009) e Carvalho Filho (2010) vem sendo adotado, majoritariamente, pela jurisprudência nacional. Para eles, seria o pagamento integral da indenização que acarretaria a consumação da desapropriação e, por conseguinte, a imissão definitiva na posse do bem, eis que, neste instante, haveria a transferência do domínio (CARVALHO FILHO, 2010, p. 924). Nessa linha de entendimento, prévia seria a indenização que se ultima antes da transferência da titularidade do bem⁴.

No entanto, referido pensamento peca por resguardar somente o direito à propriedade do particular expropriado, negligenciando quanto às situações em que este é privado da posse de seu bem sem o implemento integral da justa indenização. Assim, ao contrário do entendimento esposado pelos eminentes administrativistas, preconiza-se, com este estudo, demonstrar que a perda da posse, em virtude do deferimento do pedido de imissão provisória, já enseja a consumação do procedimento expropriatório, haja vista que, a partir deste momento, estabilizar-se-á a situação fática, tornando-se impossível retornar ao estado anterior, salvo nas raríssimas hipóteses em que se assegura ao particular o direito de retrocessão. Defende-se, desse modo, que, para seja prévio, o pagamento devido ao expropriado deverá efetivar-se antes do momento em que este perde a disponibilidade econômica de seu bem. Nesse passo, para que se dote de efetividade o comando inserto art. 5º, inciso XXIV da Constituição (BRASIL, 1988), é preciso repensar os contornos do instituto em epígrafe, posto que, conforme fora concebido pelo Decreto-Lei nº 3.365

⁴ Eis a doutrina de Carvalho Filho (2009): "Indenização prévia significa que deve ser ultimada antes da consumação da transferência do bem. Todavia, o advérbio antes tem o sentido de uma verdadeira fração de segundo. Na prática, o pagamento da indenização e a transferência do bem se dão, como vimos, no mesmo momento. Só por mera questão de causa e efeito se pode dizer que aquele se operou antes desta. De qualquer forma, deve entender-se o requisito como significando que não se poderá considerar transferida a propriedade antes de ser paga a indenização". (CARVALHO FILHO, 2009, p. 925)

(BRASIL, 1941), torna-se possível a supressão de um direito fundamental sem que sejam atendidos os pressupostos constitucionalmente estabelecidos.

Na esteira do art. 15, *caput* do referido diploma legislativo, dois são os requisitos para que o Poder Público se emita provisoriamente na posse do bem: a declaração de urgência e o depósito da quantia arbitrada em juízo. A declaração de urgência pode ser realizada no bojo do próprio Decreto, que reconhece como de utilidade pública o imóvel ou em momento posterior, podendo ocorrer, inclusive, no curso da ação de desapropriação, nos casos em que não houver, por óbvio, composição amigável. Bandeira de Melo (2009) a conceitua como “o ato administrativo através do qual o Poder Público manifesta sua intenção em adquirir compulsoriamente um bem determinado e o submete ao jugo de sua força expropriatória” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 854). Di Pietro (2012), por sua vez, assevera que “há necessidade pública quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível” (DI PIETRO, 2012, p. 177).

Uma vez declarada a urgência, abre-se um prazo de 120 (cento e vinte) dias para que o poder expropriante requeira a imissão provisória, findo o qual, caduca o direito, sendo-lhe defeso renovar aquela declaração. Antes de requerê-la, contudo, é necessário que se efetive o depósito da quantia que será fixada em consonância com os parâmetros estatuidos no Decreto-Lei nº 3.365 (BRASIL, 1941), residindo, neste ponto, uma das celeumas que se busca amenizar com este estudo.

Pela leitura das alíneas constantes do art. 15, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365 (BRASIL, 1941), a jurisprudência pátria começou a sedimentar o entendimento de que o valor a ser depositado, para fins de imissão provisória, deveria corresponder ao valor venal do imóvel e, deste montante, o particular poderá levantar até 80% (oitenta por cento), caso comprove a quitação dos débitos fiscais e o domínio sobre o bem.

No entanto, o parâmetro oferecido pelo Decreto-Lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) acaba possibilitando o depósito de valores irrisórios, de modo que o levantamento efetuado pelo particular não lhe garantirá, de antemão, o correspondente pecuniário para adquirir um bem equivalente. Isso porque, ao se permitir que o depósito prévio corresponda ao valor venal do imóvel, desconsidera-se a valorização imobiliária pela qual passou o bem e, por conseguinte, seu real valor de mercado. Dessa forma, com o advento da Constituição (BRASIL, 1988) esta sistemática tornou-se obsoleta, porquanto permite a perda definitiva do bem antes que esteja à disposição do particular a indenização integral que lhe cabe. O pagamento, nestes casos, transmuda-se de prévio para posterior, indo de encontro aos ditames do art. 5º, inciso XXIV da Constituição (BRASIL, 1988). Isso se deve ao caráter de definitividade de que se reveste o instituto, pois, ao imitir-se na posse, o bem desproprado incorpora-se à Fazenda Pública, e neste caso, não mais poderá ser objeto de

reivindicação, de modo que eventuais ações resolver-se-ão em perdas e danos, conforme disposto no art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365 (BRASIL, 1941)⁵.

A fim de mitigar este problema, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a partir do julgamento do REsp 19.647-SP – publicado no Diário de Justiça no dia 19 de junho de 1995 –, começou a rechaçar a aplicação do art. 15, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365 (BRASIL, 1941), assentando o entendimento de que “a imissão prévia e compulsória do expropriante na posse do imóvel somente é possível mediante depósito integral do valor apurado em avaliação judicial provisória”⁶.

Este pensamento mostra-se mais consentâneo com os ditames constitucionais, pois a perda da posse, em casos tais, representa a supressão de quase todos os poderes inerentes ao domínio, conforme elucidou o próprio Ministro Relator em seu voto. Dessa forma, mesmo que ainda não transferida a titularidade do imóvel para entidade expropriante – a qual somente se efetiva com a transcrição da propriedade no registro imobiliário – não se pode olvidar que, com a imissão provisória, desnaturam-se os direitos pertencentes ao particular, pois, além de ser impedido de usar, gozar e fruir de seu bem, tampouco poderá aliená-lo ou reavê-lo. A satisfação dos requisitos insculpidos no mencionado Decreto-Lei (BRASIL, 1941), assim, acaba por fornecer proteção insuficiente ao resguardo do núcleo essencial do direito fundamental de propriedade, posto que, com a supressão da posse, também se esvaziam os caracteres inerentes ao domínio.

Não obstante, a dimensão constitucional da tutela da posse não permite que esta seja analisada somente de maneira acessória ao direito de propriedade, pois, com a consagração do princípio da função social no rol do art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988), aquela foi erigida ao patamar de direito fundamental do indivíduo. Assim, conquanto inexistia na Constituição (BRASIL, 1988) dispositivo expresso que garanta o direito de posse, conforme ocorre com a propriedade, sua tutela jurídica extrai-se implicitamente, radicando-se na consagração do princípio da função social das propriedades, posto ser por meio dela que este se materializa. Elucidativo, nesse sentido, é o escólio de Zavascki (2004):

A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, “função social *das propriedades*”), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física

⁵ Cabe consignar que, não obstante a dicção do dispositivo, não se comunga de sua aplicação literal, pois, caso reste evidenciado o desfio de finalidade do Poder Público ao lançar mão do procedimento de desapropriação, emergirá para o particular, como consequência do não atendimento dos pressupostos constitucionais autorizadores da medida, o direito de retrocessão.

⁶ STJ, REsp: 19647 SP 1992/0005364-5, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Data de Julgamento: 15.05.1995, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 19.06.1995, p. 18637. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20012718/recurso-especial-resp-19647-sp-1992-0005364-5>. Acesso em: 20 out. 2013.

dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse.

Bem se vê, destarte, que o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade. Referida função “é mais evidente na posse e muito menos na propriedade”, observa a doutrina atenta, e daí falar-se em função social *da posse*. (ZAVASCKI, 2004).

A posse, enquanto direito fundamental autônomo à propriedade, é tutelada em vários aspectos pela Constituição (BRASIL, 1988), sendo emblemáticas as normas que preveem o instituto da usucapião. Nos casos em que o titular da relação jurídica é omissivo quanto ao desempenho da função social de seu bem, o ordenamento permite que o possuidor não proprietário, que ao longo de certos anos destinou-lhe uma finalidade produtiva, seja declarado senhor do domínio, relativizando, desse modo, um direito fundamental expresso, de sorte a resguardar, em contrapartida, um que se encontra implícito. Este balanceamento de direitos é sustentado, ademais, pela concretização de outros direitos fundamentais de igual envergadura, sendo o direito social à moradia o principal deles. Nesse sentido, Farias e Rosenvald (2006) sustentam que:

Em verdade, tutela-se a posse como direito especial, pela própria relevância do direito de possuir, em atenção à superior previsão constitucional do direito social primário à moradia (art. 6º da CF – EC 26/01), e o acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana (art. 1º, III, da CF). A oponibilidade *erga omnes* da posse não deriva da condição de direito real patrimonial, mas do atributo extrapatrimonial da proteção da moradia como local de resguardo da privacidade e desenvolvimento da personalidade do ser humano e da entidade familiar. (FARIAS e ROSENVALD, 2006).

Posse e propriedade, embora complementares, apresentam-se, em casos tais, em permanente conflito e, como direitos fundamentais que são, deverão de ser sopesados. Entretanto, a própria Constituição (BRASIL, 1988) fixou os parâmetros sobre os quais um dos direitos terá precedência em face do outro, de modo que, verificando-se os requisitos contemplados por ela, os direitos do legítimo proprietário sucumbiram frente aos do possuidor. Essa precedência condicionada do direito de posse face à propriedade demonstra que o ordenamento jurídico destina-lhe especial atenção e, em vista desta preferência, inconcebível será tutelar somente o direito de propriedade do particular expropriado.

Nessa linha de entendimento, urge que seja revista a jurisprudência de nossos egrégios Tribunais que, distinguindo entre posse e propriedade, asseveram que o depósito prévio não precisa guardar estreita correspondência com o valor real do imóvel, pois somente a perda da propriedade, após o

juízo da ação de desapropriação, enseja a prévia e justa indenização⁷. Para eles, não haveria ofensa à norma constitucional, pois, malgrado a imissão provisória na posse, o direito de propriedade em si restaria incólume.

Este entendimento se deve aos inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da matéria⁸ que, proclamando a constitucionalidade do art. 15, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365 (BRASIL, 1941), acabaram servindo de base para edição da Súmula nº 652, do STF, enunciada nos seguintes termos:

Não contraria a Constituição o art. 15, § 1º, do DL. 3.365/41 (Lei da Desapropriação por utilidade pública).

Referida súmula foi publicada no Diário de Justiça em outubro de 2003 e, desde então, ficou superado o precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acima transcrito. Com a confecção da súmula, reacenderam-se os debates em torno da matéria, pois, com a chancela da Suprema Corte, perpetuou-se uma sistemática que foi estabelecida sob a égide da Constituição de 1937 (BRASIL, 1937) e que desde o advento da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) é alvo de críticas pela doutrina mais abalizada.

Comunga-se de tais críticas neste estudo, posto que a aplicação do entendimento sumulado põe por terra a garantia constitucional da anterioridade do pagamento. Assim, com a aplicação daquele enunciado, a justa indenização somente será paga quando houver a prolação da sentença de mérito, de modo que o particular somente terá satisfeito seu crédito por meio de precatório judiciário, isto é, no exercício financeiro seguinte, caso este seja apresentado até o dia 1º de julho do ano corrente. Neste caso, do pressuposto da anterioridade a indenização não mais se revestirá, restando ao particular espoliado, somente, o correspondente monetário.

Um entendimento deste jaez nega vigência à principal garantia individual consagrada no art. 5º, inciso XXIV, da Constituição (BRASIL, 1988), conduzindo à derrogação prática de uma norma que, por cláusula constitucional expressa, é dotada de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Nesse diapasão, para que se compatibilize o instituto da imissão provisória, tal como concebido pelo Decreto-Lei nº 3.365 (BRASIL, 1941), com a garantia individual da prévia indenização, deve seu deferimento ser condicionado ao depósito integral do valor constante do laudo de avaliação confeccionado por um perito judicial. Com esta solução, dota-se de efetividade o comando constitucional, uma vez que o particular poderá levantar a quantia que mais se aproxima do valor real de seu bem, mediante alvará judicial – e, portanto, sem amargar anos de

⁷ TJ-MG 102310709424880011 MG 1.0231.07.094248-8/001(1), Relator: Jarbas Ladeira, Data de Julgamento: 15.07.2008, Data de Publicação: 05.08.2008. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5959698/102310709424880011-mg-1023107094248-8-001-1/inteiro-teor-12094701>. Acesso em: 28 out. 2013.

⁸ Vide RE nº 184.069/SP, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 08.03.2002 e RE nº 141.795/SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 29.09.1995, entre outros.

espera na fila dos precatórios – no exato instante em que é privado da posse de seu bem.

Por conseguinte, em virtude da juridicidade de que se reveste o pressuposto da anterioridade do pagamento, imperioso se faz que seja revisto o enunciado vazado na Súmula nº 652, do STF, a fim de se declarar a incompatibilidade do art. 15, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) com a ordem jurídico-constitucional vigente. Dessa forma, forçosa a conclusão de ausência de recepção daquele dispositivo, não obstante tenha sido ele sufragado pela Suprema Corte.

Posto isso, cabe frisar que não se pretende, aqui, negar vigência ao instituto da imissão provisória, mas apenas reinterpretá-lo, promovendo, destarte, sua “filtragem constitucional” (BINENBOJM, 2008). Desse modo, busca-se conciliar, por meio de uma ponderação de interesses constitucionalmente adequada, o direito resguardado ao proprietário de ser previamente indenizado com o bem jurídico que se busca tutelar ao ser deflagrado o procedimento expropriatório.

Assim, em caso de relevante urgência, será plausível a imissão provisória do expropriante no imóvel, desde que entendida esta como imissão prévia, que se opera *initio litis*, mas que traz consigo, como pressuposto inarredável, o depósito integral do valor do imóvel, apurado este em perícia de avaliação realizada no bojo da ação de desapropriação. Com esta solução, resta intocada a garantia individual da anterioridade do pagamento, sem que se utilize do sistema de precatórios judiciais.

Entretanto, não é sempre o Poder Público irá requerer a imissão provisória, posto que nos casos em que não houver declaração de urgência somente lhe será autorizado a penetrar na posse do bem – e diga-se, de maneira definitiva – no momento em que for prolatada a sentença de mérito. A sentença terá, pois, duplo efeito: autoriza a imissão definitiva na posse e consubstancia título idôneo para transcrição do domínio (CARVALHO FILHO, 2010, p. 925). Nesse caso, o curso da ação de desapropriação desenvolver-se-á normamente e o particular somente será privado da disponibilidade econômica de seu bem ao final do litígio.

Porém, diferentemente do regramento previsto para imissão provisória, não há, no ordenamento pátrio, determinação legal que condicione a imissão definitiva à determinado depósito prévio, muito embora esta também careça da prévia indenização. Assim, por decorrer de sentença condenatória transitada em julgado, o pagamento atinente à imissão definitiva acaba seguindo a sistemática disposta no art. 100 da Constituição (BRASIL, 1988). Referido dispositivo consagra o regime constitucional de precatórios e, por meio dele, as dívidas das Fazendas Públicas de ambas as esferas de governo, decorrentes de sentenças condenatórias transitadas em julgado, serão pagas na ordem cronológica de apresentação das requisições efetuadas pelos Tribunais a que estão submetidos os juízes da execução. Desse modo, a requisição de pagamento efetuada até o dia 1º de julho de determinado ano terá seu valor

incluído na Lei Orçamentária Anual do exercício financeiro seguinte, a fim de que seja satisfeito o crédito nela previsto até o final deste ano civil, respeitando, sempre, a ordem de inserção cronológica. Significa dizer que, uma vez transitada em julgado a sentença de mérito que resolveu o processo de desapropriação, a entidade expropriante ficará autorizada a penetrar definitivamente na posse do imóvel, mas o pagamento devido ao particular somente se efetuará no exercício financeiro seguinte, caso o crédito consubstanciado naquela sentença seja requisitado pelo Presidente do Tribunal até o dia 1º de julho do ano corrente.

De uma leitura gramatical, extrai-se que o pagamento a destempo, isto é, após o ano orçamentário no qual deveria ter sido adimplido o precatório, poderá sujeitar o ente público às intervenções previstas nos artigos 34 e 35 da Constituição (BRASIL, 1988). Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido que apenas a violação da ordem cronológica ou a comprovada intenção de não pagamento podem dar ensejo a essa medida⁹. Logo, argumentos lastreados no princípio da reserva do possível são, por vezes, utilizados como escusa ao pagamento, tornando ainda mais penoso para o particular a satisfação de seu crédito.

Nesse passo, uma vez consubstanciada em precatório, a indenização devida ao expropriado prévia não mais será, pois a observância, mesmo que escoreita, deste regime jurídico dá azo para que a Fazenda Pública quite com seu débito em até 18 meses, eis que efetuada a requisição de pagamento até o dia 1º de julho, o crédito nela inscrito poderá ser adimplido até o dia 31 de dezembro do ano seguinte.

Tem-se, assim, uma aparente antinomia entre duas normas de estatura constitucional: a que prevê o regime de precatórios e aquela outra que consagra a anterioridade do pagamento como pressuposto inarredável da desapropriação. Sendo ambas originárias e não comportando, como regras que são, concreção gradual, a solução deste conflito passará necessariamente pela inserção de uma cláusula de exceção. Diante deste fato, a jurisprudência pátria sedimentou-se no sentido de que em decorrência da própria ressalva trazida pelo art. 5º, inciso XXIV da Constituição (BRASIL, 1988), excepcionados estariam os pagamentos devidos em virtude de sentença judicial condenatória, mesmo que elas tenham sido proferidas no bojo de um processo de desapropriação. Em julgado da lavra do Ministro Ilmar Galvão, proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 247.866-1 Ceará, DJ. 24.11.2000, o Supremo Tribunal Federal (STF) assentou este entendimento, o qual, mesmo uma década depois, continua a ser seguido pela jurisprudência nacional.

⁹ IF 3124 AgR/ES, Min. Rel. Maurício Córrea, DJ de 28.05.2004. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2FdiarioJustica%2FverDecisao.asp%3FnumDj%3D210%26dataPublicacao%3D04%2F11%2F2011%26incidente%3D2535018%26capitulo%3D6%26codigoMateria%3D3%26numeroMateria%3D167%26texto%3D3823690&ei=dKj8UpOgBlvK0AGJ84C4Cg&usq=AFQjCNEilvZMG8ptY_-4_y5ZbwZhJzCZ7A&bvm=bv.61190604,d.dmQ. Acesso em: 07 nov. 2013.

Por sua pertinência, vale a transcrição do seguinte excerto extraído do voto do Ministro Relator, *verbis*:

Nos processos de desapropriação, além do depósito da indenização, oferecido com a petição inicial, o expropriante é condenado, na decisão final, ao pagamento de uma complementação, acrescida de juros moratórios e compensatórios e monetariamente corrigida. Somente o valor da indenização oferecido quando da inicial pode ser prontamente desembolsado pelo expropriante, isso porque é um valor conhecido e que já representa verba orçamentária específica que lhe foi consignada, em face de recursos disponíveis. O mesmo não ocorre com a parte complementar da indenização fixada na decisão judiciária final da ação expropriatória, já que indefinida, antes do trânsito em julgado da sentença. Dessa forma, essa complementação não pode constar de previsão orçamentária regular, que há de ter por objeto determinada quantia, em dinheiro, referida a certo exercício financeiro.

A complementação da indenização, fixada na decisão judiciária, somente pode ser paga dentro do processo do precatório, previsto no art. 100 da Constituição Federal. (...) Esse sistema, com exceção da previsão do § 3º do art. 100 da Carta da República (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98), não admite outra forma de efetuar pagamentos devidos em virtude de sentença judiciária, como faz certo o advérbio exclusivamente inserido pelo constituinte no texto. (...) Por outro lado, a desapropriação, conforme pacífico entendimento do STF, somente é consumada pela integralização do pagamento da indenização, momento em que o domínio é transmitido ao expropriante. Isso faz com que o sistema dos precatórios seja compatível com a cláusula - mediante prévia e justa indenização - contida no caput do art. 184 da Constituição, uma vez que seu processamento sempre precederá a transferência da propriedade para o patrimônio do expropriante.

Conquanto analisado sob o prisma do art. 184 da Constituição (BRASIL, 1988) referido julgado aplica-se, também, ao procedimento ordinário de desapropriação. De tão arraigado que ficou este entendimento, a Suprema Corte, em decisão hodierna, publicada no Dje em 16 de outubro de 2013, voltou a sufragá-lo, asseverando que, nos casos em que houver insuficiência do depósito prévio na desapropriação por utilidade pública, a diferença do valor depositado para fins de imissão na posse deve ser feito por meio de precatório, porquanto esta forma de pagamento encontra-se compreendida nas exceções versadas na cláusula final do artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição (BRASIL, 1988)¹⁰.

Com este entendimento, a Egrégia Corte, uma vez mais, pôs por terra a garantia individual do prévio pagamento, utilizando-se, para tanto, de um

¹⁰ STF, RE: 739454 GO, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 10.10.2013, Data de Publicação: DJe-205, Divulg 15.10.2013, Public 16.10.2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24259951/recurso-extraordinario-re-739454-go-stf>. Acesso em: 05 nov. 2013.

sofisma que vislumbra somente na propriedade um direito digno de proteção. Além disso, a manutenção deste posicionamento desnatura a própria estrutura engendrada pela Constituição (BRASIL, 1988) que, ao excepcionar do caráter prévio da indenização os casos nela previstos, quis referir-se, tão somente, às modalidades sancionatórias de desapropriação, pois, diante destas, resta aquele expressamente mitigado, de modo que o pagamento efetuar-se-á através de títulos da dívida pública ou agrária, ou mesmo à míngua de qualquer contraprestação. Vê-se, pois, que “até quando quis punir o proprietário que lesa o interesse (...) da coletividade o legislador constituinte não fez prever o pagamento mediante precatórios, mas sim pela emissão de títulos da dívida (...)” (CRISPIM, 2011, p. 29), que, diferentemente daqueles, podem ser executados por seu credor caso não sejam adimplidos. Dessa forma, preferir a sistemática adotada pelo art. 100 da Constituição (BRASIL, 1988) significa, em última instância, negar vigência ao comando inserto no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição (BRASIL, 1988), tornando tênue o contorno que lhe difere das modalidades sancionatórias de desapropriação.

Inegável, além do mais, que ao assim se posicionar, restariam atingidos os direitos do indivíduo de se valer da inafastabilidade da tutela jurisdicional, inibindo-o de discordar do preço ofertado pela Administração, sob pena de não ter seu crédito satisfeito em momento oportuno. Haveria, assim, aparente contrassenso, na medida em que, ao se valer de um órgão imparcial para ver seu direito à justa indenização reconhecido – e, portanto, lançar mão de seu direito fundamental ao acesso à justiça –, seria o expropriado compelido à amargar anos de espera na fila dos precatórios, tendo, por conseguinte, seu direito à prévia indenização sacrificado por completo.

Ora, ao estabelecer que as indenizações devidas no procedimento comum de desapropriação fossem feitas de forma prévia e em pecúnia, buscou o constituinte harmonizar um conflito entre o interesse primário do Estado e aquele do indivíduo, de sorte que pela solução preconizada tornar-se-ia possível a concordância prática entre eles, pois, mesmo cedendo seu bem à coletividade, o pagamento prévio auferido permitiria ao particular manter sua condição econômica e social. O legislador entendeu, assim, que em vista do ônus demasiado suportado pelo indivíduo, imprescindível seria indenizá-lo, como forma de tornar indene seu patrimônio. Mas para que restasse ileso, necessário seria, ainda, recompô-lo no exato instante que se efetivaria a expropriação, daí porque condicioná-la à indenização preliminar. A *mens legis* do instituto não se coaduna, assim, com a forma de pagamento estatuída pelo art. 100 da Constituição (BRASIL, 1988). Em verdade, ao prever uma forma própria, o artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição (BRASIL, 1988) pretendeu excepcioná-la, deixando claro que, assim como os créditos de natureza alimentícia¹¹ e as

¹¹ Em sua redação originária o art. 100 da Constituição (BRASIL, 1988) excepcionava do pagamento através do sistema de precatórios os créditos de natureza alimentícia. Eis a redação primitiva do dispositivo: “Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão

requisições de pequeno valor, as desapropriações por utilidade pública também comportam pagamento imediato.

Outrossim, ao estabelecer o sistema de precatórios, o constituinte de 1988 tinha em vista a contingência de demandas que poderiam ser propostas em face do Poder Público e, em respeito ao princípio constitucional do planejamento, que deverá nortear a atuação administrativa, criou-se um mecanismo para satisfação dos débitos oriundos de sentenças condenatórias transitadas em julgado, os quais seriam adimplidos a partir da inscrição daqueles valores em uma ordem cronológica de pagamentos. Nos processos judiciais de desapropriação inexistente, contudo, esta imprevisão, pois nestes, a Administração apresenta-se como parte autora e ao se utilizar da liberalidade que lhe é concedida pelo art. 7º do Decreto-Lei nº 3.365 (BRASIL, 1941), poderá ela penetrar no bem objeto de declaração de utilidade pública para realizar as avaliações e medições necessárias à fixação do justo preço¹². Ademais, como condição prévia ao procedimento de desapropriação ordinária de imóveis urbanos, dispõe a Lei Complementar nº 101 (BRASIL, 2000) que deverá haver a estimativa do impacto orçamentário-financeiro e a declaração do ordenador de despesas no sentido de que o valor a ser pago encontre adequação com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. Assim, por meio de um agir administrativo esboçado torna-se possível, portanto, saber de antemão a quantia que será despendida pelo Poder Público ao efetuar a desapropriação, cabendo a este, somente, reservar em seu orçamento o montante necessário para cobrir um gasto que já era previsível.

Logo, consoante solução preconizada para os casos de imissão provisória na posse, defende-se, aqui, que antes de deferir o mandado de imissão definitiva, caberá ao magistrado condicioná-lo ao depósito prévio da quantia por ele arbitrada na sentença, pois, conforme preceitua o art. 33 do Decreto-Lei nº 3.365 (BRASIL, 1941), “o depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização”.

Através deste condicionamento torna-se possível harmonizar as regras em colisão, posto que o pagamento devido pela Fazenda Pública, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, continuará sendo regido pelo art. 100 da Constituição (BRASIL, 1988) – de modo que a norma ali insculpida permanecerá em pleno vigor –, mas cuidando-se de valores devidos em ação de desapropriação emergiria uma das exceções previstas na própria Constituição (BRASIL, 1988). Uma interpretação mais apropriada seria, então, entender a desapropriação por utilidade pública como regime especial

exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

¹² Referido dispositivo, no entanto, precisa passar por uma filtragem constitucional, pois, sendo a casa asilo inviolável do indivíduo, o Poder Público necessitaria do consentimento do morador ou de uma ordem judicial.

que afasta, *in concreto*, a incidência do art. 100 da Constituição (BRASIL, 1988). Assim, imperioso repensar os precedentes consolidados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que, no afã de agasalhar somente os interesses da Fazenda Pública, vilipendiaram garantias fundamentais do indivíduo.

Por fim, cabe frisar que, apesar do reconhecimento do prévio pagamento, uma vez concluído o procedimento de desapropriação, fica a entidade expropriante responsável por destinar ao bem uma finalidade pública. Esta finalidade deverá coadunar-se com a motivação explicitada no decreto expropriatório, pois, foi por meio dele que a Administração justificou ao indivíduo espoliado, e à sociedade de um modo geral, os motivos que a conduziram a preferir aquele bem em detrimento de outros. Dessa forma, a validade de todo o procedimento se vincula, também, aos motivos eleitos pelo agente público para deflagrá-lo, de modo que sendo eles falsos ou inexistentes poderá o particular pleitear sua anulação. Nesses casos, mesmo que previamente indenizado, emerge para o particular o direito de pedir de volta seu imóvel, porquanto não tivera ele o destino para qual se desapropriou.

CONCLUSÃO

Como dizia o velho adágio, o Estado, por si mesmo, nada produz, sendo preciso que tribute os particulares como forma de arrecadar as verbas necessárias à satisfação das necessidades coletivas. Assim como a tributação, o procedimento de desapropriação por utilidade pública também permite à Administração angariar os bens que tanto necessita para consecução das atividades de fomento que lhe incumbe. Nesses termos, não se pode negar que a desapropriação revela-se um importante instrumento de concretização de direitos, notadamente dos coletivos e difusos, contribuindo, sobremaneira, para o progresso da nação e, ao mesmo tempo, para manutenção da democracia social. Não fosse sua previsão na Constituição (BRASIL, 1988) a coletividade ficaria à mercê da benevolência de um único proprietário, que, como senhor absoluto de seu imóvel, impediria que sua destinação, quando útil e necessária, ficasse afeta a toda sociedade.

Entretanto, lançar mão, de maneira deliberada, do instituto, tolhe, demasiadamente, os direitos individuais daquele que tem seu bem desapropriado, impondo-lhe um ônus excessivo que não é suportado pelos demais. A fim de alcançar este equilíbrio, deve-se, sempre, ter em vista a observância dos pressupostos constitucionais autorizadores da medida, sendo a garantia da justa indenização paga de maneira prévia a principal delas.

Nesse contexto, para que se faça valer os direitos fundamentais do particular espoliado, forçoso rever os precedentes emanados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do assunto, rompendo, inclusive, com o entendimento vazado na Súmula nº 652 daquela corte. É preciso, assim, reinterpretar o instituto da imissão provisória na posse, promovendo sua filtragem constitucional, como forma de tornar incólume a garantia individual da anterioridade do pagamento.

Além do mais, sendo o artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição (BRASIL, 1988) norma especial consagradora de uma garantia individual que ostenta eficácia plena e aplicabilidade imediata, devem-se alterar os contornos da solução delineada pela jurisprudência hodierna ao cotejá-la com a norma, de mesma estatura hierárquica, disposta no art. 100 da Constituição (BRASIL, 1988).

Para o sucesso desta empreitada, é preciso entender que, assim como a propriedade, o direito de posse também é agasalhado pela Constituição (BRASIL, 1988), merecendo, portanto, igual proteção. A dimensão constitucional da tutela da posse acaba por conduzir a um novo caminho, o qual necessita ser trilhado pelos Tribunais pátrios e, para o qual, buscou-se contribuir com este estudo, haja vista a incipiente discussão em torno do tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular"*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 07, out. 2001. Disponível na internet: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 28 out. 2013.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo*. Disponível na internet: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 10 out. 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 05 out. 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2013.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.365*. Dispõe sobre desapropriação por utilidade pública; 21 de junho de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2013.
- BRASIL. *Lei nº 4.132*. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação; 10 de setembro de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4132.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.
- BRUNO, Vicente Melo. *Aspectos Importantes do Processo de Desapropriação de Imóveis por Utilidade Pública Previsto no Decreto-Lei nº 3.365/1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4132.htm>. Acesso em: 18 out. 2013. Acesso em: 21 out. 2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRISPIM, Sergio Reis. *A Desapropriação e a Impossibilidade da Submissão dos Pagamentos Prévios à Fila dos Precatórios*. Disponível em: <http://dSPACE.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/395/Monografia_Sergio%20Reis%20Crispim.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 nov. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FRANCO, José Alexandre. *A Justiça de Rawls e o Pós-positivismo*. Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna, Juiz de Fora, nº 2, abr. 2005. Disponível em: <http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20001.pdf>. Acesso em: 11 out. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MONTEIRO, Carlos Leandro Lima. *A Atuação do Juiz e do Particular na Ação de Desapropriação Prevista no DL 3.365/41 à Luz da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/CarlosLeandroLimaMonteiro.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2014.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Aplicabilidade da Teoria do Desvio de Poder no Controle da Constitucionalidade de Atos Legislativos: Contornos, Limites e Superação pela Teoria dos Princípios*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema1/2008-11544.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

ZAVASKI, Teori Albino. *A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil*. Revista de Ciências Jurídicas (ULBRA), Salvador, nº 01, jan./jun. 2004. Disponível na internet: <<http://www.ulbra.br/direito/files/direito-e-democracia-v5n1.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2013.