



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A indenização decorrente de processo de desapropriação e sua incompatibilidade com o sistema dos precatórios

Ana Luiza Garcez Machado

Rio de Janeiro
2013

ANA LUIZA GARCEZ MACHADO

A indenização decorrente de processo de desapropriação e sua incompatibilidade com o sistema dos precatórios

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientador (es):

Prof. Guilherme Sandoval

Prof^a. Mônica Areal

Prof^a. NéliFetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2013

A INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O SISTEMA DOS PRECATÓRIOS

Ana Luiza Garcez Machado

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj).

Resumo: O crescente número de processos de desapropriações no país tem levado a se fazer a seguinte indagação: submeter as indenizações decorrentes destes processos ao sistema de precatórios é uma forma justa de compensar aquele que perdeu sua propriedade ou se estaria diante de uma prática inconstitucional, já que a CRFB determina que seu pagamento seja feito em dinheiro? Partindo deste questionamento, o presente trabalho tratará de um possível conflito aparente de normas constitucionais, da relação da adoção de um Estado democrático de direito e este sistema de pagamento, bem como do direito à moradia como um direito fundamental.

Palavras-chave: Desapropriação. Indenização. Incompatibilidade. Sistema dos precatórios.

Sumário: Introdução. 1. O Processo de desapropriação e suas exigências constitucionais. 2. A Dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à moradia. 3. O Sistema dos Precatórios e sua incompatibilidade com a indenização decorrente do processo de desapropriação. 4. A inconstitucionalidade de normas constitucionais. 5. O Estado Democrático de Direito e sua relação com o tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho, ora proposto, enfoca a temática da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, regulada pela Constituição Federal. Mais precisamente, tem como objetivo discutir a forma de pagamento da indenização decorrente do processo de desapropriação. Para tanto, o trabalho fará uma reflexão entre o sistema hoje adotado, que é o pagamento dessas indenizações através do regime dos precatórios, com previsão no art. 100 da CR, e outras normas constitucionais, como o direito à moradia, vida digna entre outras.

A discussão terá como premissa a adoção do Regime Democrático de Direito pelo nosso Estado, sendo certo que a partir de então o homem passou a ser a razão do Estado, para quem este dirige suas ações, no sentido de provimento de bem estar social. Assim, tem-se que o ser humano não é meio, mas sim o fim maior do Estado.

Almeja-se demonstrar com esta pesquisa a inconstitucionalidade de submeter o pagamento da indenização decorrente do processo de desapropriação ao regime dos precatórios, uma vez que ao submeter esta indenização a tal regime se está violando o direito à moradia, o que inviabiliza a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como todas as outras decorrentes dela.

Importante destacar a relevância jurídica e social do tema. Isto porque, uma vez desapropriado o bem, o proprietário se percebe numa situação de vulnerabilidade tão grande, pois muitas vezes o valor que a administração pública se propõe a pagar não permite que aquele retome sua vida com dignidade, uma vez que se vê impossibilitado de adquirir um imóvel nos mesmos padrões.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: O instituto da desapropriação e a necessidade de seu pagamento ser prévio, justo e em dinheiro; a garantia que a fazenda pública tem de que seus pagamentos sejam submetidos ao regime dos precatórios e o direito fundamental à moradia e à dignidade da pessoa humana; a incompatibilidade entre a submissão desta indenização ao regime dos precatórios e o atual regime Democrático de Direito.

Assim, ao discutir e refletir sobre as questões acima apontadas procura-se ampliar o campo de conhecimento de todos que operam o direito, propondo, ao final uma mudança na forma de pagamento das indenizações decorrentes dos processos de desapropriação, privilegiando, assim, a pessoa e seus direitos mais fundamentais.

1. O PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO E SUAS EXIGÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

1.1 UMA BREVE NOÇÃO SOBRE DESAPROPRIAÇÃO

Por opção política do constituinte originário, a propriedade constitui-se em verdadeiro direito fundamental, conforme previsão expressa do texto constitucional. Sendo assim, pode o homem ser proprietário de um bem, o que lhe confere o direito de usar, gozar, dispor, bem como reaver a coisa de quem quer que injustamente a possua, conforme previsão do art. 1228 do Estatuto Civil vigente.

Apesar de figurar no rol dos direitos fundamentais, o direito de propriedade não é absoluto, podendo sofrer limitações. Isto porque, como garantia constitucional que é, este é protegido por cláusula pétrea não podendo ser extirpado do ordenamento, entretanto, pode sofrer limitações, restrições.

Tais limitações e restrições também encontram respaldo no texto constitucional. Isto porque, se por um lado a Constituição assegura o direito de propriedade, do outro exige que a mesma atenda à sua função social. Isto significa dizer que não basta ter uma propriedade, esta deve atender à sua função social, contribuindo de alguma forma para a sociedade como um todo. Nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹, o princípio da função social da propriedade autoriza não apenas a imposição de obrigações de fazer, como também as de deixar de fazer e hoje, pela constituição, a obrigação de fazer, expressa no art. 182, § 4º, consiste no adequado aproveitamento do solo urbano.

Neste contexto de função social, bem como na observância do princípio da supremacia do interesse público se situa o instituto da desapropriação.

¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 118.

A desapropriação é uma forma de intervenção estatal na propriedade privada. Resumidamente, considera-se intervenção do Estado na propriedade toda e qualquer atividade estatal que, amparada em lei, tenha por fim ajustá-la aos inúmeros fatores exigidos pela função social a que está condicionada. Como afirma José dos Santos Carvalho Filho², a intervenção revela um poder jurídico do Estado, calcado em sua própria soberania, constituindo verdadeiro poder de império, devendo os particulares sujeição a ele.

Importante destacar que a intervenção na propriedade pode ser de duas espécies, a saber: as intervenções restritivas (que apenas restringem de alguma forma algum dos direitos inerentes à propriedade) e as intervenções supressivas (na qual o Estado transfere coercitivamente para si a propriedade de terceiro, em virtude de algum interesse público previsto na lei).

Desta feita, tem-se que a desapropriação é uma forma de intervenção supressiva na propriedade privada, vez que quando esta ocorre o particular literalmente perde a sua propriedade para o Estado, que se torna o novo proprietário da coisa. Mais precisamente, a desapropriação é um procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, o qual deve ser substituído por prévia e justa indenização³.

A desapropriação possui natureza jurídica de procedimento administrativo, tendo em vista se desenvolver através de um conjunto de atos e atividades voltados para efetivar o objetivo do Estado em adquirir a propriedade do imóvel para si. Tal procedimento pode se dividir em duas fases: a administrativa e a judicial. Na fase administrativa o poder público declara seu interesse na propriedade (através de decreto) e começa a tomar as providências ne-

²SANTOS FILHO, José dos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 713.

³CRISPIM, Sérgio Reis. A desapropriação e a impossibilidade da submissão dos pagamentos prévios à fila dos precatórios. 49 f. Trabalho monográfico (Pós- Graduação em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, 2011.

cessárias à desapropriação do bem. Em relação a fase judicial, esta pode existir ou não, sendo certo que se as partes (poder público e proprietário) chegarem a um acordo sobre o valor do imóvel não haverá que se falar em fase judicial. Todavia, havendo discordância entre estes quanto ao valor do bem, a questão deverá ser levada ao poder judiciário para que este decida sobre o valor do bem objeto da desapropriação.

Para fechar esta ideia inicial, deve-se destacar que a desapropriação constitui uma forma de aquisição originária da propriedade, porque a vontade isolada do Estado é idônea a consumir o suporte fático gerador da transferência da propriedade, sem qualquer relevância atribuída à vontade do proprietário ou ao título que possua⁴.

1.2 DESAPROPRIAÇÃO COMUM (OU ORDINÁRIA) E SEUS PRESSUPOSTOS

A principal fonte normativa sobre a desapropriação encontra-se no art. 5º, XXIV da CRFB, nos seguintes termos: “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”. Esta modalidade de desapropriação é conhecida como desapropriação Comum ou ordinária.

A Constituição também traz outras modalidades de desapropriação não menos importantes, razão pela qual importante mencioná-las: Desapropriação Urbanística Sancionatória, prevista no art. 182, §4º, III da CRFB, utilizada para punir o proprietário que não promove o adequado aproveitamento de sua propriedade; Desapropriação Rural, tratada no art. 184 da CRFB, para fins de reforma agrária; e a Desapropriação Confiscatória, com previsão no art. 243 da CRFB, adotada também como forma de penalizar o proprietário que praticou cultura ilegal de plantas psicotrópicas.

⁴José dos Santos Filho, *opcit*, p. 758.

Apesar da importância dessas outras modalidades de desapropriação, o presente trabalho se limitará a abordar a desapropriação ordinária e suas consequências, mais precisamente a questão envolvendo a indenização e o sistema de precatórios.

A desapropriação comum ou ordinária, foco deste trabalho, é aquela realizada por razões de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, mediante pagamento de indenização justa, prévia e em dinheiro, vigorando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular (art. 5º, XXIV da CF). A desapropriação comum pode se dar por três motivos, a saber: Necessidade pública (situações em que a desapropriação é imprescindível para o interesse público), utilidade pública (situações em que a desapropriação é conveniente para o interesse público) ou interesse social (desapropriação ocorrer para assentamento de pessoas).

A Constituição garante expressamente como pressuposto da indenização, que esta deve ser prévia, justa e em dinheiro. Neste contexto parece que a nossa Carta é bem clara e taxativa ao prever os moldes dessa indenização. Assim, a compensação pela perda da propriedade deve se dar de forma prévia, ou seja, há que ser paga antes da desapropriação. Também deve-se observar o requisito da medida justa dessa compensação, de modo que não deve o poder público pagar a mais do que o bem realmente vale e nem o proprietário receber a menor. Por último, e mais relevante no contexto desse trabalho, o pagamento dessa indenização deve ser feito em dinheiro. Ora, conforme será analisado mais pormenorizadamente no decorrer do presente trabalho, a constituição garante ao indivíduo que essa compensação deve ser paga em dinheiro e não de outra forma. Deve-se observar que dinheiro é dinheiro e não precatório, de modo que se o constituinte originário quisesse teria falado em precatório, mas não o fez.

Fazendo uma leitura atenta e reflexiva do art. 5º, XXIV da CRFB é possível perceber a escolha do constituinte originário: esses pressupostos foram expressamente elencados pa-

ra não deixar dúvida sobre sua natureza de garantias fundamentais para o indivíduo. Ora, não se pode permitir num Estado Democrático de Direito a prevalência total da vontade estatal em detrimento e prejuízo do indivíduo. Atenta contra a dignidade da pessoa humana o fato desta perder a sua propriedade e ainda receber por ela sabe-se se lá quando, já que a fila dos precatórios a cada dia só aumenta.

Neste contexto há que sempre ser reconhecida a dignidade da pessoa humana, bem como todas as garantias decorrentes dela.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Para melhor entendimento da tese sustentada neste trabalho, é imprescindível a contextualização do ser humano nos dias atuais traçando um paralelo com a história da própria humanidade.

Os direitos inerentes à pessoa humana, que hoje parece de fácil entendimento e aceitação, foram objeto de muitas lutas sociais, de verdadeiras batalhas que vem sendo traçadas ao longo dos anos. O homem nem sempre foi visto como um sujeito de direitos em sua plenitude e na maioria das vezes era tratado como um verdadeiro escravo pelo Estado.

Sob a égide de um Estado absolutista eram cometidas verdadeiras atrocidades, violações da igualdade, liberdade entre outros direitos tão inerentes aos seres humanos. Com a ascensão e pressão de uma nova classe, a burguesia, ocorreu o primeiro passo importante para construção do Estado que conhecemos hoje: o Estado que antes era absolutista, o ‘todo poderoso’ passa a não interferir tão diretamente na vida dos seus cidadãos. Este momento, como muitos estudiosos se referem, trata da chamada 1ª geração de direitos fundamentais.

Após esse primeiro passo, observou-se que tanta liberdade indiscriminada não estava fazendo bem a própria sociedade. A classe trabalhadora estava sendo flagrantemente explo-

rada, de forma que a esta altura não havia diferença entre crianças, idosos e adultos. Todos trabalhavam de forma desumana, sem carga horária pré-definida, sem condições muitas vezes de saúde, higiene, alimentação. Enfim, o caos havia sido instalado.

Neste contexto, o Estado se viu obrigado a intervir nas relações para justamente promover um equilíbrio social entre os empregadores e trabalhadores. Neste momento o Estado percebe a necessidade de promover a proteção do indivíduo sob vários aspectos, como por exemplo, no campo das relações de trabalho, higiene, saúde etc. Muitos estudiosos se referem a este momento como o surgimento do Estado Social, como implementador dos direitos fundamentais de 2ª geração, de obrigações positivas por parte do Estado.

Foi com o nascimento do Estado Social que as atenções começaram a se voltar para o ser humano como sujeito de direitos, sendo certo que ao Estado não cabia apenas uma postura passiva. Agora este deveria adotar uma postura ativa, como um verdadeiro implementador de políticas públicas voltadas para a pessoa, o cidadão, seu fim maior.

Durante algum tempo muitos sustentaram que a dignidade da pessoa humana estava atrelada a garantia do mínimo existencial, no sentido de que o Estado deveria proporcionar o mínimo para que o indivíduo não morresse de fome. Atualmente e após muitas reflexões, essa concepção vem mudando, sendo certo que hoje quando se fala em dignidade de pessoa humana falamos também em: autonomia da vontade; respeito a sua integridade física e moral; direito ao meio ambiente saudável; ao direito de viver de forma digna.

Assim, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar toda interpretação e compreensão do sistema constitucional⁵.

Percebe-se, desta feita, que é responsabilidade do Estado promover ao indivíduo uma existência digna. Esta, está intrinsecamente ligada a saúde, bem estar e principalmente ao

⁵MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. O principio da dignidade da pessoa humana e a efetividade dos direitos sociais. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em 07.09.2013.

direito a uma moradia digna, de maneira a propiciar o indivíduo a segurança necessária para formação de uma família, base da sociedade.

De certo, que uma moradia digna é esteio, a base, a segurança da família, de modo que retirar dessa instituição um bem tão significativo acabaria por desestruturar uma instituição de importância ímpar na formação da sociedade, a família.

Sobre o direito social à moradia, vale trazer as lições de Ingo Wolfgang Sarlet⁶, que fala do tema:

No Direito Constitucional pátrio, em que pese ter sido o direito à moradia incorporado ao texto da nossa Constituição vigente (art.6º) – na condição de direito fundamental social expresso – apenas com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, constata-se que, consoante já referido no voto da Deputada federal Almerinda Carvalho, relatora da PEC nº 60/98, na Constituição de 1988 já havia menção expressa à moradia em outros dispositivos, seja quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios para ‘promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico’ (art. 24, IX), seja quando no art. 7º, inciso IV, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos como a moradia. Da mesma forma, a vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII e arts. 170, III e 182, parágrafo 2º), bem como a previsão constitucional do usucapião especial Urbano (art.183) e rural (art.191), ambos condicionando, dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia, apontam para a previsão ao menos implícita de um direito fundamental à moradia já antes da recente consagração via Emenda Constitucional.

Para além disso, sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade. Neste contexto, vale lembrar exemplo garimpado do direito comparado, designadamente da jurisprudência francesa, de onde extraímos importante aresto do conselho constitucional (decisão nº 94-359, de 19.01.95), reconhecendo que a possibilidade de toda pessoa dispor de um alojamento decente constitui um valor de matriz constitucional, diretamente fundado na dignidade da pessoa humana, isto mesmo sem que houvesse previsão expressa na ordem constitucional.

É importante deixar claro que a intenção deste trabalho não é a desconstrução do instituto da desapropriação em si, pois esta se revela um importante instrumento para que o Estado continue atuando em prol do bem comum, da sociedade como um todo. Todavia, essa

⁶SARLET, Ingo Wolfgang. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. *O Direito Fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em 09.09.2013.

supressão, essa perda da moradia, da propriedade não pode ser compensada através de um pagamento incluído no regime dos precatórios.

3. O SISTEMA DOS PRECATÓRIOS E SUA INCOMPATIBILIDADE COM I INDENIZAÇÃO DECORRENTE DO PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO

Como já tratado no tópico acima a dignidade da pessoa humana constitui um núcleo-informador de todo ordenamento jurídico, um fundamento do nosso Estado (art.1º, III da CRFB).

O Direito à moradia, por sua vez, dada a sua relevância se caracteriza como um verdadeiro direito fundamental, devendo sempre ser observado e respeitado.

O regime dos precatórios também se constitui como uma garantia, todavia não para o indivíduo, mas sim para o Estado, conforme previsão no art.100 da CRFB. Levando em conta a necessidade de organização financeira por parte do Estado, a Constituição prevê que os pagamentos devidos pelas fazendas públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Tathiane Piscitelli⁷ ao falar sobre o tema, assim explica:

O reconhecimento judicial de um crédito perante uma pessoa jurídica de direito público é o pressuposto inicial para que possamos cogitar da análise dos precatórios. Diante desse reconhecimento, que deve se operar por decisão transitada em julgado, o juiz da execução encaminha ao Presidente do Tribunal respectivo uma solicitação, para que este requisite verba necessária para o julgamento do credor. Essa solicitação é o precatório, cuja disciplina geral encontra-se no artigo 100 da Constituição. Tendo recebido o precatório, o Presidente do tribunal determinará sua numeração e apresentará um comunicado à Fazenda Pública, que deverá efetivar o pagamento respectivo, na ordem cronológica de apresentação do precatórios. Referido pagamento depende da liberação, pelo poder executivo, das verbas orçamentárias consignadas exclusivamente para este fim. Essa liberação é feita em nome do Presidente do Tribunal, que recebe os recursos e os encaminha para o juízo da execução, para que este realize o pagamento das dívidas pendentes.”

⁷PISCITELLI, tathiane. *Direito Financeiro Esquematizado*. 2ed. São Paulo: Gen, Método, 2012, p.172.

Pela dinâmica acima traçada percebe-se que o precatório tem por finalidade permitir que o Estado se programe para efetuar aquele pagamento determinado em decisão judicial, o que é compatível com o princípio da não surpresa.

Portanto, o sistema de precatório é constitucional, legítimo e necessário para que o Estado se organize financeiramente e efetue aquele pagamento, já que em meio a tantos compromissos e demandas mais uma surge e deve ser encaixada no orçamento.

Entretanto, em relação às indenizações fixadas nos processos de desapropriação não deve ser aplicado este regime. Tal afirmativa encontra amparo na própria constituição, já que esta determina que a desapropriação será realizada mediante justa e prévia indenização em dinheiro.

Ora, deve-se parar e refletir na desumanidade da seguinte situação (que não todas, mas também não são raras): Suponha uma família formada por 04 pessoas (pai, mãe, dois filhos), cuja residência (a única da família) situa-se às margens de uma rodovia. O Estado, no interesse público de ampliar a estrada e melhorar o fluxo de trânsito para os milhares de usuários que por ali passam todos os dias, entende ser necessária a desapropriação do referido imóvel. Pois bem, o Estado segue os trâmites legais e oferece pela propriedade um valor incompatível com seu valor real, de modo que a quantia oferecida não viabiliza, sequer, a compra de outro imóvel nos mesmos padrões e na mesma localidade. Instaurada essa divergência no que tange ao valor do bem, o poder público aciona o poder judiciário para obter o provimento pela desapropriação no valor que entende correto. O processo judicial segue seu trâmite regular e ao final o magistrado reconhece que o valor oferecido pela administração pública de fato estava muito abaixo do valor de mercado e o condena a pagar a diferença. Acontece que essa diferença será paga através do sistema de precatórios e para surpresa este crédito não goza de preferência na ordem cronológica. E neste contexto indaga-se: Como a família ficou? Onde a família se instalou? Eles conseguiram adquirir outro imóvel?; Essas

questões devem ser amadurecidas, porque, como se diz na linguagem popular: “não adianta descobrir um santo para cobrir outro”. E lamentavelmente é essa a situação em que muitas famílias hoje se encontram.

Ora, não bastasse o fato de a desapropriação em si já gerar inúmeros transtornos para a família, no que tange a sua estruturação, organização em relação as situações diárias, esta mesma família ainda vai ter que suportar a humilhação de ter perdido seu único bem e não ter amparo de ninguém, nem mesmo do próprio Estado, que se adjectiva como um Estado Democrático de Direito. No momento oportuno vamos analisar se tal conduta é compatível com um Estado desta natureza.

Assim, há que se observar que neste particular a aplicação do sistema dos precatórios é inconstitucional, por violar normas constitucionais de natureza hierárquica, a saber: a dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à moradia, a existência de uma vida digna. A questão das normas constitucionais inconstitucionais é de importância ímpar para o desenvolvimento deste trabalho, razão pela qual remeto o leitor ao tópico seguinte.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Durante muito tempo no estudo do Direito se teve o entendimento de que as normas constitucionais, justamente por serem dotadas dessa natureza trariam consigo uma presunção absoluta de constitucionalidade, no sentido de estarem em consonância com toda ordem jurídica, no sentido de serem legítimas. Assim, o mero fato da norma estar topograficamente inserida no texto Constitucional fazia dela a “rainha das normas”.

Com o passar do tempo e amadurecimento das ideias surgiu no cenário jurídico a possibilidade de termos normas constitucionais inconstitucionais. Ou seja, trata-se de mandamento constitucional, de norma prevista na própria constituição, mas que por alguma ra-

ção acaba por violar outra norma também constitucional. Sob essa nova perspectiva tem-se que não basta tão somente a norma estar prevista na Constituição, deve ela antes de mais nada ter a sua natureza constitucional sob o aspecto material, consonante com toda ordem constitucional.

Doutrina pioneira no assunto se traduz em um nome: Otto Bachof⁸, professor alemão que sustentou em sua tese de doutorado possibilidade de existirem normas constitucionais eivadas de inconstitucionalidade.

Dentre as possibilidades da existência de normas constitucionais inconstitucionais, uma em especial é a que mais interessa para este trabalho.

O referido autor sustenta que as normas constitucionais podem ser axiologicamente separadas, divididas. Isto porque, na visão dele deve-se colocar de um lado as normas constitucionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais e de outro lado as normas constitucionais que versam sobre outra matéria, como por exemplo: competência, orçamento etc.

Partindo desta divisão feita acima, o professor informa que as normas constitucionais cujo núcleo verse sobre direitos e garantias fundamentais seriam axiologicamente superior a todas as demais, ou seja, teriam um peso maior sobre as outras, sendo certo que num possível conflito entre estas normas e alguma outra devem prevalecer as normas que tratem das garantias fundamentais.

Interessante estudo feito por Thaís Bandeira Oliveira Passos⁹ e Vanessa Vieira Pessanha resumem com categoria a teoria de Otto Bachof no que tange a esse particular:

Parece paradoxal imaginar que uma norma elaborada pelo poder constituinte originário seja inconstitucional, pois uma lei constitucional não pode, manifestamen-

⁸BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

⁹Normas Constitucionais Inconstitucionais? A Teoria de Otto Bachof. Disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/thais_bandeira_Oliveira_Passos.pdf. Acesso em: 07.10.2013.

te, violar a si mesma. Contudo, para o autor, deve-se distinguir as normas constitucionais de significado secundário, meramente formal, e aquelas de “grau superior”, que contêm preceitos materiais fundamentais para a Constituição. A partir daí, as normas ditas inferiores que contrariassem aquelas seriam inconstitucionais ou não vinculativas, carecendo, portanto, de obrigatoriedade jurídica, já que a sua efetivação poderia ferir direito supralegal. No entanto, Bachof acredita que não é sempre que se encontra uma pretensa incompatibilidade entre normas constitucionais de graus diversos, que se estará diante de uma inconstitucionalidade, pois há a possibilidade do legislador constituinte originário, autônomo, criar exceções ao direito estabelecido. Não se trataria, nesse caso, de uma contradição do legislador constitucional, mas sim de regra e exceção. Ao admitir as exceções, o legislador constituinte deve ter cautela para não infringir certas normas de direito supralegal, pois o autor afirma que o poder constituinte (até o originário) sofre limitação quanto à sua legitimidade. Assim, ele não admite que sejam criadas normas excepcionais sem concordância com os princípios constitucionais basilares, já que faltaria legitimidade ao legislador – caracterizando arbitrariedade –, sendo essas normas, portanto, inconstitucionais (não vinculativas).

Há também a possibilidade do legislador, sem perceber, criar uma disposição constitucional “inferior” contrária a uma de grau mais elevado. Como não há possibilidade de se provar que uma contradição surgiu por erro do legislador – uma interpretação constitucional deve ser baseada na vontade objetiva deste –, nesse caso, há uma contradição insolúvel (inconstitucionalidade), por não se tratar de regra e exceção.

Partindo deste entendimento de axiologia superior de normas constitucionais que versem sobre os direitos e garantias fundamentais deve-se concluir que o art.100 da CRFB, que garante à Fazenda Pública a prerrogativa de efetuar seus pagamentos devidos em virtude de sentença judicial não se deve aplicar às indenizações decorrentes do processo de desapropriação.

Isto porque, é de se observar que as normas constitucionais que garantem o direito à moradia, a uma existência digna, enfim, ao respeito à dignidade da pessoa humana são axiologicamente superior, devendo, portanto prevalecer sobre a regra dos precatórios no que tange a este particular.

Outra questão a que se deve atentar é para o fato de que o precatório se justifica em atenção ao princípio da não-surpresa. Ou seja, o constituinte entendendo que deve ser dado ao Estado o direito de se organizar para efetuar aquele pagamento decorrente de processo judicial o garante o sistema de precatórios. Todavia, no caso da desapropriação percebe-se que não há surpresa alguma para o Estado, na medida em que foi ele próprio que deu causa

ao litígio, não podendo posteriormente se beneficiar do seu próprio “erro de cálculo”. Assim, não havendo que se falar em surpresa, não se justifica o sistema de precatórios.

5. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA RELAÇÃO COM O TEMA

O Estado Democrático de Direito, conforme inclusive já mencionado em tópico anterior, se traduz numa verdadeira evolução de outros Regimes de Governo pela qual a nossa sociedade já passou.

Fazendo um retrospecto é possível avaliar o quanto nosso Estado evoluiu. Passamos por momentos históricos difíceis, tais como escravidão, ditadura militar, enfim, momentos tortuosos, nos quais muitas vezes nos vimos impedidos de manifestar nossos ideais, valores e perspectivas.

Atualmente, vive-se num Estado Democrático, que assegura direitos, que permite a livre manifestação do pensamento, liberdade de crença, entre tantas outras garantias trazidas pela Constituição de 1988. Esta foi inédita no ordenamento brasileiro por prever a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Estado, conforme se observa do art. 1º, III da CRFB.

Eneas Romero de Vasconcellos¹⁰ tecendo comentários ao princípio da dignidade da pessoa humana assim expõe:

Uma das ideias mais divulgadas sobre direitos fundamentais é de que não há direitos absolutos: todos os direitos são relativos e podem ser objeto de ponderação”. A compreensão normativa e filosófica do princípio da dignidade da pessoa humana, contudo, rompe com esta relativização do ser humano que o modelo do Estado Democrático de Direito impõe que seja reconhecido como igualmente digno. O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado Democrático de Direito e o Brasil, pelo menos idealmente, de acordo com a previsão constitucional, é um Estado Democrático de Direito.

¹⁰ VASCONCELLOS, Eneas Romero de. *Direitos Humanos Fundamentais*. Disponível em: www.direitoshumanosfundamentais.wordpress.com/category/direitos-humanos-fundamentais/dignidade-da-pessoa-humana. Acesso em: 07.10.2013.

O autor continua sua explicação, informando que no Brasil a opção por uma leitura radicalmente democrática dos direitos fundamentais, amparada no paradigma do Estado Democrático de Direito, é uma opção normativa da própria Constituição de 1988 que, seguindo a tradição jurídica ocidental desenvolvida com especial ênfase na segunda metade do século XX, tem como princípio fundante a dignidade da pessoa humana.

No que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana no Brasil e sua importância vale trazer importante lição do Superior Tribunal Federal¹¹:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - PRISÃO CAUTELAR - DURAÇÃO IRRAZOÁVEL QUE SE PROLONGA, SEM CAUSA LEGÍTIMA, POR MAIS DE TRÊS (03) ANOS - CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DE OFENSA EVIDENTE AO "STATUS LIBERTATIS" DO PACIENTE - INADMISSIBILIDADE - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. - O excesso de prazo, mesmo tratando-se de delito hediondo (ou a este equiparado), não pode ser tolerado, impondo-se, ao Poder Judiciário, em obséquio aos princípios consagrados na Constituição da República, a imediata revogação da prisão cautelar do indiciado ou do réu. - A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6).

Partindo desta premissa de que a dignidade da pessoa humana se revela como princípio jurídico fundamental e absoluto tem-se que a norma que com ela seja incompatível também fere o Estado Democrático de Direito.

Assim, a submissão do pagamento da indenização decorrente do processo de desapropriação ao sistema dos precatórios por consistir numa violação direta ao direito à mora-

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Relatora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma. Disponível em: www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia. Acesso em: 07.10.2013

dia e conseqüentemente à dignidade da pessoa humana se mostra incompatível com o nosso Estado Democrático de Direito.

Todavia, em sentido contrário vem se mostrando a Jurisprudência dos nossos Tribunais, que na verdade, sequer cogitam a incompatibilidade de submeter indenização decorrente do processo de desapropriação ao sistema de precatórios com a adoção de um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, se observa decisão do STJ¹²:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. PRECATÓRIOS SUJEITO À MORATÓRIA CONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS EM CONTINUAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não ocorre ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
2. Eventual inclusão dos juros moratórios e compensatórios em continuação no precatório complementar configura erro de cálculo, não implicando a sua correção em alteração dos critérios jurídicos fixados no título executivo. Precedentes.
3. Desde que preservada a incidência de tais parcelas no cálculo inicial destinado à expedição do primeiro precatório, é vedada a incidência continuada dos juros compensatórios durante a moratória constitucional, sendo devidos os juros moratórios somente se o precatório não for pago dentro do prazo constitucional.
4. Agravo regimental não provido.

Apesar da maioria da Doutrina e Jurisprudência ainda não terem se atentado para a inconstitucionalidade em submeter indenização em questão ao regime dos precatórios, começa a surgir uma preocupação dos julgadores no que tange a correta avaliação do imóvel para fins de desapropriação. Tal postura se mostra compatível com os preceitos constitucionais que exigem avaliação prévia, justa e em dinheiro. Assim, observa-se a Decisão proferida pelo TJ/RJ¹³ neste ano:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. UTILIDADE PÚBLICA. SERVIÇO ADMINISTRATIVO. IMPLANTAÇÃO DE REDE DE LINHA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. URGÊNCIA NÃO COMPROVADA.

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Eliana Calmon. 2ª Turma. Disponível em: www.stj.gov.br/scon/jurisprudencia/toc.jsp. Acesso em: 07.10.2013

¹³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relatora Desembargadora Marília de Castro Neves, 20ª Câmara Cível. Disponível em: portaltjrj.jus.br/documents/10136/1070547/desapropriação-util-publ-pdf. Acesso em: 07.10.2013

AVALIAÇÃO DO VALOR VENAL DO IMÓVEL E DAS BENFEITORIAS QUE DEVE ATENDER AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. NECESSIDADE DE PERÍCIA JUDICIAL ANTES DA IMISSÃO NA POSSE. AVALIAÇÃO REALIZADA EM JULHO DE 2010. INSUFICIÊNCIA DO VALOR OFERTADO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA E. CORTE. Afirmação genérica de urgência. Resolução nº 2.605 da ANEEL que declarou de utilidade pública as áreas descritas na inicial em novembro de 2010. Ausência de urgência que impossibilite a realização de perícia. A fim de se manter a garantia constitucional da justa e prévia indenização, a realização de vistoria judicial na propriedade objeto de desapropriação, fornece ao julgador elementos para a fixação do valor prévio do depósito, sem prejuízo da alegação de urgência. Necessária a apuração do valor mais aproximado à realidade de mercado do bem. Imissão na posse que desfigurará o valor econômico da propriedade. Manutenção da decisão recorrida. Recurso a que se nega seguimento na forma do artigo 557 caput do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

A ordem constitucional vigente traz como núcleo essencial, núcleo vetor à dignidade da pessoa humana. A partir daí, então, tem-se que o Estado tem o dever não só de priorizar o indivíduo, seja na implementação de políticas públicas, seja na abstenção dos seus atos, mas também manter uma ordem jurídica condizente com este princípio vetor.

A questão relativa às indenizações decorrentes do processo de desapropriação e sua incompatibilidade com o sistema dos precatórios se revela inadequada, inconstitucional na medida em que se prioriza a não surpresa do Estado, bem como a sua forma de organização em desfavor e inobservância do princípio vetor de toda a ordem jurídica: A dignidade da pessoa humana traduzida na sua faceta de Direito Fundamental à Moradia.

Como foi abordado neste trabalho boa parte da doutrina, bem como da jurisprudência ainda não tratam do tema com a importância que deveriam tratar. Ora, o Estado-Juiz tem como função essencial a prestação jurisdicional em observância a todos os postulados constitucionais legitimamente instituídos, o que, portanto requer um olhar mais atento para o assunto.

Não se pode conceber que num Estado Democrático de Direito, que se diz defensor da ordem constitucional e social, ‘fechar os olhos’ e se quedar inerte para as questões sociais que decorrem desses processos de desapropriação.

É de se observar, que a jurisprudência começa a proferir algumas decisões dando conta da preocupação com a ordem social e constitucional no que tange às ações de intervenção do Estado na propriedade privada, o que traduz uma sensível e importante percepção do Poder Judiciário acerca das garantias fundamentais no seu aspecto tão fundamental na moradia.

É de se concluir, por todo exposto no trabalho, portanto, que a submissão das indenizações decorrentes dos processos de desapropriação ao sistema dos precatórios é inconstitucional por violar a dignidade da pessoa humana, princípio vetor da nossa ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BANDEIRA, Thais. Normas Constitucionais Inconstitucionais? A Teoria de Otto Bachof. Disponível

em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/thais_bandeira_Oliveira_Passos.pdf. Acesso em: 07.10.2013.

CRISPIM, Sérgio Reis. A desapropriação e a impossibilidade da submissão dos pagamentos prévios à fila dos precatórios. Trabalho monográfico (Pós-Graduação em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Direito público, Brasília, 2011.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. O Princípio da Dignidade da pessoa humana e a efetividade dos direitos sociais. Disponível em: <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em: 07.09.2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

portaltjrj.jus.br/documents/10136/1070547/desapropriação-util-publ-pdf. Acesso em: 07.10.2013

PISCITELLI, Tathiane. *Direito Financeiro Esquematizado*. 2 ed. São Paulo: Gen, Método, 2012.

SANTOS FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. O Direito Fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em 09.09.2013.

VASCONCELLOS, Eneas Romero de. Direitos Humanos Fundamentais. Disponível em: www.direitoshumanosfundamentais.wordpress.com/category/direitos-humanos-fundamentais/dignidade-da-pessoa-humana. Acesso em: 07.10.2013.

www.stj.gov.br/scon/jurisprudencia/toc.jsp. Acesso em: 07.10.2013