DESAPROPRIAÇÃO — DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA — ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO — NULIDADE — IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE DE AÇÕES DE SOCIEDADE ANÔNIMA — DIREITO DE VOTO

— Se o ato expropriatório se acha trincado de ilegalidade ou inconstitucionalidade, assim o declarará, no exercício precípuo de sua atividade, o Poder Judiciário.

— O ato expropriatório não poderá derivar jamais do poder discricionário.

— Pela imissão provisória na posse, o bem expropriado não entra para o domínio público.

— Na desapropriação de ações de sociedade anônima, a imissão provisória na sua posse não autoriza o expropriante a votar em assembléia geral como se acionista fôsse.

— Interpretação do art. 141, § 16, da Constituição; idem, do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941.

PARECER

Exposição

O Exmo. Sr. Governador do Estado de S. Paulo, pelo Decreto nº 38.548 publicado em edição extraordinária no *Diário Oficial* nº 221, desapropriou aos seus titulares as ações da Companhia Paulista

de Estradas de Ferro. E o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda do Estado concedeu mandado de imissão provisória de posse em quatro milhões, duzentas e setenta e cinco mil ações.

A Companhia Paulista de Estradas de Ferro é quase secular e vem se expandindo (suas linhas atingem Panorama, na barranca do Paraná) em atividade modelar.

Grandes e importantes têm sido as realizações da Companhia que conta cêrca de sete mil acionistas, constituindo alto e encomiado exemplo de emprêsa eminentemente popular e desprêsa da influência de políticos ou de grupos econômicos.

Pagava a Companhia os melhores salários, que podia, sem, entretanto, lograr, nesse aspecto, o nível das emprêsas estatais, deficitárias, mas supridas pelo Tesouro público.

As greves armadas para obtenção de salário mais alto puseram em contato autoridades e sindicatos.

E o Estado, sem qualquer entendimento ou comunicação com os direitos da modelar emprêsa, resolveu desapropriar as suas ações, com a mira de adquirir por milhões o que vale bilhões, realizando uma operação espoliativa, um negócio leonino, com eversão de princípios de elementar eqüidade.

Por via de mandado de segurança, volta-se a Companhia para a Justiça, alegando a inconstitucionalidade do decreto por não se tratar de providência fundada em um dos sós motivos justificativos da excepcional providência: utilidade ou necessidade pública e interêsse social (art. 141, 16º parágrafo, da Constituição federal).

Ademais disso, em cláusula da concessão aprovada por decreto, se disciplinara o modo (nº III) por que podia o Estado efetuar a desapropriação ou resgate das linhas férreas da Companhia, situando-se, pois, fora da providência os terrenos adquiridos pela Emprêsa e que, atualmente, não são indispensáveis ao seu funcionamento, como de-vedro acontecia.

E as ações abrangem o patrimônio da Emprêsa: — terrenos e linhas férreas.

Expondo com minúcia as circunstâncias do caso, consulta a Companhia Paulista de Estradas de Ferro:

1º "Padece de inconstitucionalidade desapropriação não fundada em utilidade ou necessidade pública ou interêsse social?

2º A questão respectiva é da alçada judicial?

3º Qual o efeito jurídico do mandado de imissão provisória de posse conferido pelo art. 15 do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941?

4º Versando a desapropriação ações de sociedade anônima, confere o mandado de imissão provisória ao expropriante o direito de votar em Assembléia Geral, como se acionista fôsse?"

Respondo: 1ª — Desapropriação não fundada em utilidade ou necessidade pública ou interêsse social é ato trincado do vício de inconstitucionalidade.

Por maior que seja a latitude da concepção social da propriedade, considerada, no famoso conceito de Duguit, como "a função social do detentor da riqueza", constitui ela um direito subjetivo que a Constituição federal garante, com a só ressalva da desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interêsse social.

Fora de tais casos, constituirá a desapropriação ato adverso à *Lex Funda-*

mentalis e desmentirá a garantia por ela assegurada à propriedade: configuraria ato de desencadernada inconstitucionalidade.

Segundo o texto da Constituição brasileira, escreve Carlos Maximiliano, como das normas fundamentais dos povos cultos, a regra é ser intangível a propriedade; a exceção no tempo de paz, consiste em desapropriação por utilidade pública ou interêsse social.

Como tôda exceção, é de direito estrito, não se amplia... (*Comentários à Constituição Brasileira,* 5ª ed., 1954, v. III, pág. 102).

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. XVII, se consigna a afirmação dêsse direito de que ninguém será despojado arbitràriamente. E arbitrária será a privação da propriedade ao seu titular além dos casos permitidos excepcionalmente na Lei Maior. Assim, se não se trata de direito fundamental, de origem superior à norma da Lei Política Suprema, constitui a propriedade, pelo menos, uma garantia institucional a que Carl Schmitt, segundo Alcino Pinto Falcão (*Constituição Anotada,* arts. 129 a 144, pág. 142), se refere neste relanço de sua *Teoria de la Constitución,* tradução espanhola: —

"A garantia institucional é, por sua essência, limitada. Existe só dentro no Estado, esforçando-se, não na idéia de uma esfera de liberdade ilimitada em princípio, senão que atinge a uma instituição juridicamente reconhecida que, como tal, é sempre algo circunscrito e delimitado, ao serviço de certas finalidades, ainda quando especializada em particular e se torna admissível certa universalidade do círculo de atração".

Ainda aqui, porém, não se pode tolerar a limitação da garantia institucional senão nos exatos e indilargáveis têrmos em que a angustia a própria *Lex Fundamentalis.*

Não é só a exigência de prévia e justa indenização que restringe o exercício da faculdade de desapropriar. Observa-o Alcino Pinto Falcão, acrescentando, liv. cit., pág. 149: —

"O parágrafo 16 é taxativo, só permitindo desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interêsse social; aqui se apresenta uma particularidade do direito de propriedade poder sofrer limitação por motivo de utilidade quando a regra pertinente às demais liberdades é outro..."

"Mas por isso mesmo que o parágrafo enumera os casos permissivos de desapropriação, será violar a garantia do anterior parágrafo quarto e vulnerar o princípio ínsito nas próprias Declarações impedir o expropriado de discutir a decorrência dos pressupostos legitimadores da desapropriação..."

Nenhuma dúvida, pois, ou entredúvida sequer, quanto à exatidão dêste parecer de Eurico Sodré: —

"A condição fundamental da desapropriação é a utilidade pública de seu fim. Êste princípio está consagrado na nossa Carta Constitucional vigente, como estava nas Constituições nacionais anteriores. Há de a desapropriação subordinar-se, realmente, à utilidade pública, sob pena de se eivar do vício de inconstitucionalidade".

Não é o Estado — e Bártolo já o afirmava — um *dominus soli* que, em dado momento, a seu nuto, vindica o seu direito eminente.

Dilucida-o Sabino Alvarez Gondin, (*Expropición Forzosa,* pág. 24):

"No se trata de ejercitar un derecho latente, un derecho en espectativa, por

virtud de un "dominium eminens"; sino del cambio real del sujeto de la propiedad; pero no habia un anterior dominio por parte de la entidad o persona moral expropiante."

Êsse *"derecho de excepción al Derecho comum"* (Gondin, liv. cit., pág. 59) tem o seu exercício vinculado a suponendos exigidos na própria Lei Maior. Se, pois, êle, na real verdade, não se esforça em um dêsses pressupostos, o ato respectivo ostentará as marcas de inconstitucionalidade. A garantia constitucional da propriedade estará vulnerada e desatendido às escâncaras o preceito da Lei Maior.

A necessidade ou utilidade pública aparece iniludìvelmente, como elemento constitucional da desapropriação. É tão nítida e evidentemente que, desaparecida, e não ultimado o processo, admite-se a desistência do ato, embora com indenização dos prejuízos causados ao dono, inconfundível com a do valor da coisa que deixa de ser expropriada (vêde Sílvio Portugal *in Revista de Direito Administrativo,* vol. III, págs. 403 e seguintes).

Na ementa do parecer de Sílvio Portugal consigna-se, expressivamente:

"A Administração é a única titular do direito subjetivo que se origina da utilidade, do interêsse público expresso no decreto expropriatório. Faltando êsse interêsse, cessada a utilidade pública, desaparece, por exclusão de um dos elementos indispensáveis, a desapropriação".

A êles também Ildefonso Mascarenhas da Silva se refere como "requisitos da desapropriação", nos têrmos da Constituição brasileira (*Desapropriação por Necessidade e Utilidade Pública,* pág. 145).

De seu turno, afirma João Mendes da Costa Filho: (*Propriedade, Desapropriação, Inquilinato,* pág. 134):

"É indispensável para que se efetue a desapropriação seja apurada a sua necessidade. O direito de propriedade não estaria sendo restringido pelo interêsse coletivo, mas sofrendo frontal violação pela ação discricionária da autoridade, se se entregasse ao arbítrio do Executivo privar o proprietário da livre disposição de seus bens, sem que isso fôsse exigido pela utilidade pública".

Falecendo o requisito da necessidade ou utilidade pública, faltará o fundamento mesmo da desapropriação (vêde Clóvis Beviláqua, *Direito das Coisas,* 1º vol., ed. atualizada por Aguiar Dias, 1956, pág. 185).

Em antigo aresto do egrégio Supremo Tribunal Federal já se enunciava sòmente se legitimar a incorporação da propriedade no domínio do Estado pela necessidade ou utilidade pública (*in* Mendonça de Azevedo, *A Constituição Interpretada pelo Supremo Tribunal Federal,* pág. 373, nº 1.292).

A *communis opinio* a respeito, exprime-a Whitaker em texto conciso e vigoroso:

"A desapropriação faz-se sòmente por necessidade ou utilidade pública, de acôrdo com o preceito constitucional" (*Desapropriação,* nº 23, pág. 27).

No magistério de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1946,* 2ª ed., vol. IV, pág. 219) "a desapropriação para ser acorde com a lei fundamental há de encontrar fundamento em necessidade pública ou em utilidade pública ou interêsse social. Se o ato de desapropriação, tal como se apresenta ao juiz, não satisfaz a um dêsses requisitos, é contrário à Constituição de 1946.

A necessidade ou utilidade pública e o interêsse social, como reafirma Ildefonso Mascarenhas da Silva (liv. cit. nº 78, *in fine*, pág. 67) são pressupostos ou requisitos essenciais do direito de desapropriação, por fôrça do qual o Estado consegue transferir o imóvel desapropriado da propriedade particular para o domínio público.

"Sem êsse pressuposto — acrescenta — não nasce o direito de desapropriação e permanece intangível, abroquelado na garantia constitucional, o direito do indivíduo à propriedade".

No mesmo sentido, Eduardo Espínola: (*Posse, Propriedade, Condomínio, Direitos Autorais*, 1956, pág. 276):

"Autorizada pela Constituição política, a desapropriação só terá lugar quando o reclamar o bem-estar social...".

E Celso Spinola (*Desapropriação por Necessidade ou Utilidade Pública*, pág. 28):

"A duas condições impreteríveis... subordina o nosso direito constitucional, em ambos os regimes, a desapropriação, para que se revista de legitimidade; a de que haja necessidade ou utilidade pública na desapropriação e a de que seja antecipadamente indenizado. São dois requisitos constitucionais".

Fácil seria amuar outras citas.

As que aqui já se acumulam, entretanto, bastam a esforçar a resposta afirmativa ao primeiro quesito: — padece de inconstitucionalidade desapropriação não fundada em utilidade ou necessidade pública ou interêsse social.

Reiteremos a lição de Pontes de Miranda ao aludir aos requisitos da utilidade ou necessidade pública e interêsse social e indenização:

"Se o ato de desapropriação, tal como se apresenta ao juiz, não satisfaz a um dêsses requisitos, é contrário à Constituição de 1946."

2º O segundo quesito encerra a indagação da competência ou não do Judiciário para o exame e desate das questões enunciadas, da legalidade ou ilegalidade, da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato de desapropriação.

O caso da consulta desvela aspectos estranhos e até odiosos, lendo-se, segundo a consulente, no *O Estado de S. Paulo* de 1º de junho, última página, que "a desapropriação das ações da emprêsa pelo seu valor nominal "carrearia ao Estado" um patrimônio de bilhões de cruzeiros, com a paga de 875 milhões de cruzeiros". É a degradação, o aviltamento de uma providência admitida excepcionalmente, em obséquio a supremos interêsses da coletividade, em negócio pingue, de lucro gordo, de grosso locupletamento.

A insinuação dessa possibilidade foi aceita, minguando-se, porém, ainda mais o oferecimento do Estado. Em vez de 875 milhões, apenas 580 milhões de cruzeiros.

Foi adiante o Estado na via de iniqüidade, que elegeu: constando o patrimônio da Emprêsa, além de vias férreas, "de imensas plantações de eucaliptos e larga extensão de terras" o expropriante, deixando em olvido que o seu interêsse não podia ir além da propriedade das vias férreas, abrangeu no ato também plantas e terrenos, dispensáveis, atualmente, ao funcionamento das estradas.

Dilucidou a *Fôlha de S. Paulo*, de 3 de junho haver o Govêrno "preferido desapropriar todo o patrimônio da Companhia, porque os bens não ferroviários são de altíssimo valor e devem perma-

necer em seu patrimônio para compensar o mau negócio que será a exploração sòmente da ferrovia..."

No pedido de mandado de segurança a situação se torna esclarecida, que farte:

"A encampação de ferrovia era um mau negócio, porque o Govêrno do Estado teria de atender à verba de .... Cr$ 700.000.000,00, tão-só para pagamento da diferença de salários até o fim do ano. A Companhia Paulista, encampada, entraria no mesmo regime deficitário de tôdas as demais estradas de ferro oficiais. A desapropriação das ações representou, ao contrário, alto negócio porque, pelo preço vil de 580 milhões de cruzeiros o Estado se tornava senhor do "Edifício Saldanha Marinho", de dez mil alqueires de terras, de ... 24.016.500 pés vivos de eucaliptos e do contrôle de duas emprêsas, a saber, a Companhia Paulista de Transporte e a Companhia Agrícola Imobiliária e Colonizadora; além disso, se tornava titular de ações de várias companhias como a Cobrasma, a Vasp, a Telefônica de Jundiaí Ltda., Grace Paulista S. A., Telefônica Central Paulista S.A. de S. Carlos, Cia. Telefônica de Vinhedo, da Petrobrás e de valiosas cotas da Sociedade Cooperativa dos Empregados da Cia. Paulista.

A tudo isso, que monta a alguns bilhões de cruzeiros, ajunte-se, ainda, pelo mesmo preço irrisório, tôda a ferrovia da Companhia Paulista."

Um "ato de império" a mascarar, em nome dos interêsses da coletividade (é dêles o supremo a prática da justiça), um negócio de lucro desmesurado e exorbitante.

De resto, em cláusula aprovada pelo Decreto nº 3.179, de 9 de março de 1920. o Estado se comprometeu a atender a certas normas agora desembaraçadamente desprezadas — em caso de desapropriação *verbis*:

a) O preço da desapropriação será regulado pelo têrmo médio do rendimento líquido das linhas nos últimos cinco anos, contanto que êsse rendimento líquido não seja menor de 8% sôbre o capital despendido e reconhecido pelo Govêrno;

b) A Companhia receberá do Govêrno uma soma de apólices do Estado que dê igual rendimento. Essas apólices serão do mesmo juro da última emissão que houver sido feita pelo Estado. A renda líquida das linhas desapropriadas responderá principalmente pelo pagamento depois das apólices".

Estabeleceu-se mais preferência em favor da Emprêsa na hipótese de arrendamento, pelo Govêrno, das linhas férreas desapropriadas.

O sentido do contrato aprovado pelo decreto citado era de autorizar a encampação da Companhia no relacionado ao serviço ferroviário e a impetrante o demonstra *ad satiem* no pedido de segurança. Lei posterior teria de respeitar as cláusulas aprovadas no decreto, pois é sabido que o princípio da irretroatividade domina o direito administrativo quanto aos direitos de conteúdo patrimonial.

É a exata lição de Cino Vitta, referida em Faggela (*Corso, de Bianchi*, v. 2º, *Retroatività delle Leggi*, pág. 187):

"Il Vitta, seguendo l'insegnamento della dottrina subbiettiva dominante nel trattare della retroattività della leggi amministrative, pur si ferma all'elemento parmmoniale come quello che può dare applicazione al principio della irretroattività. E propone questa regola: nel campo del diritto pubblico, bisogna distinguere se i diritti subbiettivi abbia-

no o no un contenuto patrimoniale o almeno se abbiano o no qualche riflesso sul patrimonio del titolare. Nella prima ipotesi, e in mancanza di una diversa disposizione, il diritto subbiettivo, dev' 'essere, rispetato sotto la legge nuova..."

Por outro lado, torna-se ainda mais relevante o cunho de ilegitimidade do ato pelo excesso de desapropriação, que alcança vultosíssimo patrimônio desrelacionado à atividade específica na emprêsa ferroviária.

As desapropriações não devem ir além da parte necessária, na lição de Whitaker (*Desapropriação*, ed. 1925, nº 23, pág. 28), o que constitui *ius receptum*. Nessa conformidade dilucida Eurico Sodré (*Desapropriação*, 2ª ed., 1945, nº 12, pág. 47):

"Outra condição das desapropriações é que os bens desapropriados correspondam exatamente a que se destinam. Assim como não se compreende... desapropriação de bens insuficientes ao fim declarado, também é injurídica a desapropriação de bens que superem êsse fim."

O magistério de Fleiner, invocado em Eurico Sodré (liv. cit., loc. cit.), se enuncia em têrmos ainda mais desenganados:

"La expropriación no puede quitar al particular mas de lo que es absolutamente necesario para instalar la empresa publica. Por lo tanto, está excluida la expropiación total de una funca si el fin de la empresa pública puede quedar satisfecho con imponer una servindumbre".

Apenas os acessórios dos bens rigorosamente indispensáveis às obras empreendidas podem ser alcançados pela desapropriação (v. Solidônio Leite, *Desapropriação*, 3ª ed., 1928, nº 7). Igualmente expressiva a lição de Carlos Maximiliano, esforçada em Raccioppi e Brunelli, Araya Zavalia e Villegas e dando realce a um aresto da Suprema Côrte Argentina:

"É necessário que o imóvel seja indispensável para o uso determinado e não seja possível obter, por simples contrato. outro adaptável ao mesmo fim. So se tira o que é especificamente preciso; há, portanto, a desapropriação parcial, salvo se não convém ao dono por lhe tornar imprestável o restante para o objetivo a que destinara o todo.

A Suprema Côrte Argentina deu ganho de causa aos particulares que se opuseram ao plano da municipalidade de Buenos Aires. Pretendia esta, ao abrir a Avenida de Mayo desapropriar faixa superior à largura da rua para revender e, assim, compensar despesas. O tribunal não achou justo desapropriar para fazer renda, como sucede em tôdas as cidades em que se rasgam, ao centro, ruas novas" (*Comentários à Constituição Brasileira*, III, 5ª ed., nº 545, pág. 110).

Possível seria tirar a lume mais lições no sentido indicado; mas, ao parecer, inútil, por se tratar de *comunis et receptissima* opinião da ilegitimidade da desapropriação, objeto da consulta, restando apenas saber (desnublada a *quaestio facti* de quaisquer dúvidas) se se trata de matéria da alçada judicial.

A meu ver, a resposta afirmativa é a única procedente e curial.

Se o ato expropriatório se acha trincado de ilegalidade ou inconstitucionalidade, assim o declarará, no exercício precípuo de sua atividade, o Poder Judiciário.

Assim o ensina o opinadíssimo dos constitucionalistas brasileiros, Rui, o Grande.

Ao seu alto e exemplar magistério se refere nestes têrmos João Mendes da Costa Filho (*Propriedade, Desapropriação, Inquilinato,* págs. 136-138):

"Admitia-se que se trate de ato que envolva inconstitucionalidade. Por que não a poderá ventilar o proprietário, vítima da violação, perante a justiça, a fim de que se restabeleça o império da Lei Suprema?

Se o ato é inconstitucional ou... simplesmente ilegal, o prejudicado poderá ingressar em pretório para discuti-lo por ação própria. É óbvio que essa intervenção não se estende a medidas de matéria técnica, de planos de obra, plantas, medidas nitidamente de caráter administrativo. Ao proprietário do bem declarado de utilidade pública não é dado investigar as condições de execução da obra planejada, nem tem o Poder Judiciário competência para decidir dêsse assunto. Assiste a um o direito, compete a outro o dever de fazer prevalecer a lei contra o discricionarismo da autoridade ao declarar uma utilidade pública inexistente, fruto de excesso de poder.

Rui Barbosa faz notar que a condição da utilidade pública é, reconhecidamente, matéria dependente, para sua averiguação, da competência judicial. Nos Estados Unidos, diz o mestre "a disposição constitucional que rege o assunto é a derradeira cláusula à quinta emenda à Constituição, cláusula onde se determina que a propriedade particular "só será expropriada para o uso público, e mediante indenização justa." *"Norshall private property be taken for public use, without just compensation."*

Diante dêsse texto equipolente ao das duas Constituições brasileiras, os arestos estabeleceram que as questões de saber se a desapropriação observa ou não a existência constitucional, de se destinar ao bem público, à utilidade pública, é da alçada judicial.

Lewis, a maior das autoridades, talvez na matéria, assim se pronuncia:

"A questão do uso público é uma questão judicial *"The question of public use is a judicial one"*. Manifesto é que o Poder Legislativo, deliberando a condenação de uma propriedade particular, decidirá, em primeira instância, se o uso que se destina a expropriação é de caráter público." *"But this determination is not final. All the courts we believe, concur is holding is that, withing the meaning of the Constitution is a question for the Judiciary"* (John Lewis, *"A Treatise of the Law of Eminent Domain, in the United States"*, 3ª ed., 1909, v. I, § 251, pág. 497).

"Na Constituição atual do Brasil, como na dos Estados Unidos, o recurso à Justiça contra as desapropriações que não guardaram as condições exigidas pela necessidade ou utilidade pública, é um dos elementos substanciais da garantia da propriedade, consagrada na lei fundamental do país." E conclui:

"Se, portanto, as leis da República imitam as da Monarquia em baldar ou cercear êsse elemento da garantia constitucional ao conhecimento dos tribunais, assim como se negaram aos proprietários a defesa judiciária, nos casos em que a indenização não proceder a transferência da propriedade, êsses atos são nulos, subsistindo sempre contra êles o apêlo à função que êste regime atribuiu à Justiça de corrigir, nas espécies ocorrentes, o vício da inconstitucionalidade nos atos legislativos. Sob o sistema do Estado jurídico em que se moldaram nossas instituições, todo direito precisamente definido numa lei ordinária ou constitucional, qualquer que seja a natureza do direito assim assegurado,

tem o seu amparo inviolável contra os atentados do Poder Administrativo nas ações judiciárias. *Ubi ius ibi remedium* (*Comentários à Constituição Federal do Brasil,* coligidos e ordenados por Homero Pires, vol. V, págs. 415-418).

A lição de Rui Barbosa guarda tôda louçania e ainda mais se impõe em face do art. 141, § 4º, da Constituição vigente.

O fulgurante magistrado e jurista José Frederico Marques escreve ao propósito (*Instituições de Direito Processual Civil,* vol. II, pág. 3):

"A vigente Constituição da Itália inscreveu o direito de ação entre os direitos individuais. Consagração, como tal, do direito de agir ainda se encontra na Declaração Universal dos Direitos do Homem elaborada pelas Nações Unidas. E a nossa Constituição federal, no art. 141, § 4º, de maneira incisiva o problema, ao dizer que a "lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual." Com isto foi dado ao indivíduo, não só amparo jurisdicional mesmo contra a violação praticada pelo poder público, como, ainda, a garantia de que lhe não pode ser subtraído, em nenhum caso o direito de invocar o Judiciário, quando sentir atingidos os interêsses que a lei lhe tutela. E isto é a verdadeira consagração, em texto constitucional, do direito de ação".

Guimarães Menegale, citado em Seabra Fagundes (*Desapropriação,* págs. 131 e segts.), manifesta-se a respeito da desapropriação, com clareza e energia.

"... a expropriação pode ser injusta, desnecessária ou inútil; então será atentado, será violência. E a vítima não terá a quem recorrer? Essa garantia expressa, plena, absoluta integral que a Constituição lhe confere de ser proprietário pode eclipsar graças a um êrro sem remédio do poder administrativo? Ao contrário; a defesa de um direito constitucional é sempre objeto de um litígio judicial.

Não sanciona essa teoria destrutiva do princípio constitucional a jurisprudência americana, com a solidariedade de publicistas os mais eminentes — Lewis, Pattison, Mac Clain, Cooley, Woolsey, Dicey para quem a legitimidade da declaração de necessidade ou utilidade pública é matéria de exame judicial."

A resposta àquelas interpretações se encontra, desenganada e peremptòriamente, em Rui Barbosa que, em face da Constituição então vigente (a qual ainda encerra o elemento nôvo do art. 141, § 4º), desadmitia a própria remessa do caso a ação ulterior, *in verbis*:

"Logo absurdo é, e absurdo sem medida o êrro que entrega ao desapropriante a propriedade expropriada... e se opõe à discussão da inconstitucionalidade do processo desapropriativo, remetendo, com amarga ironia, o proprietário à burla de uma ação ulterior que, há anos, sabe Deus quantos, dará, talvez, ao desapropriado, quando a desapropriação consumada, notòriamente, sem necessidade nem utilidade pública, houver ultimado os seus efeitos pela ruína, porventura total, do expropriando ou pela liquidação e dissolução da pessoa jurídica, despojada, com escândalo dos bens que constituem sua razão de existir..." (*in* J. Oliveira e Cruz, *Da Desapropriação,* 1937, págs. 37-38).

O Decreto-lei nº 3.365, de 1941, fala em ação direta (art. 20) para discutir qualquer questão que não verse vício do processo ou impugnação de preço.

Mas, a ação direta a que êle se refere não é, obrigatòriamente, ação posterior

e ordinária. A entender-se, assim, a razão estará, inteira e sem falhas, na lição suso transcrita de Rui Barbosa. Inconstitucional seria o preceito do art. 9º do decreto-lei citado, e é o que proclama Sílvio Pereira (*Poder de Desapropriar*, pág. 91) e dessume do magistério de Rui, Lewis, Solidônio Leite, Alfredo Bernardes da Silva, Mendes Pimentel, Guimarães Menegale, Carvalho Mourão, Eduardo Espínola (Sílvio Pereira, liv. cit., pág. 91). E, ainda, de Ildefonso Mascarenhas da Silva, Ferreira Viana, Sá e Albuquerque, Clóvis Beviláqua, Lacerda de Almeida, Martinho Garcez, Araújo Castro, Costa Carvalho, Castro Nunes, Villaboim, Soriano Neto. Aludindo à opinião dêste último, escreve Ildefonso Mascarechas da Silva (liv. cit., 1947, págs. 227/229 nº 370):

"O ilustre Prof. Soriano Neto tachou de inconstitucional o Decreto-lei nº 3.365, de 1941, ante a Constituição de 1937, como já o era o Decreto nº 4.956, de 1903, em face da Constituição de 1891 e da de 1934.

Com o brilho habitual, escreve sôbre a espécie: — Proibindo o Poder Judiciário de verificar, nos processos de desapropriação, antes do pagamento da indenização e conseqüente transferência da propriedade do patrimônio do indivíduo para o Estado, se uma verdadeira utilidade ou necessidade pública... justifica o ato de desapropriação, impedem os Decretos ns. 1.283 e 3.365 que o Judiciário exerça a sua alta função constitucional de guarda do Estatuto Supremo conferida expressamente no art. 96 da Constituição de 1937: "só por maioria de votos da totalidade de seus juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República, porquanto é o próprio Poder limitado que se atribui a competência de apreciar a limitação constitucional do seu direito de desapropriação.

Ora, essa limitação visa justamente assegurar e garantir o direito individual de propriedade contra o poder estatal e aquêle direito só será eficazmente protegido se, antes de se lhe impor o sacrifício, de desapropriação (imissão de posse e transferência de propriedade, operada após a simples consignação do preço...) que a Constituição encerra dentro de limites certos e determinados — necessidade ou utilidade pública e indenização prévia — poder ser êle examinado pelo órgão a que cabe velar pela norma constitucional que estabelece êsses limites, a fim de verificar em cada caso concreto, mediante impugnação do particular, se êsse sacrifício vai realizar-se ou não dentro dos limites constitucionais. Se está dentro da lei, o Judiciário autorizará o sacrifício do direito individual de propriedade, no interêsse do bem público; mas, se, porventura não está, o impedirá em nome da Constituição. Aliás, quem garantirá as garantias constitucionais? O próprio poder estatal, legislativo ou executivo, limitado por elas e contra cujo arbítrio elas se erguem como expressão luminosa de um regime livre, dentro de um Estado de direito?

Seria isso a negação da própria Constituição e o repúdio do conteúdo espiritual dos direitos fundamentais que ela institui.

Se o poder estatal, legislativo ou executivo, arvorando-se em árbitro definitivo e irrecorrível da verificação dos casos de necessidade exemplificativa exclui dêsse exame, no processo de desapropriação, o Poder Judiciário, rompe aquêle equilíbrio e anula a garantia constitucional do direito de propriedade.

E conclui: os Decretos-leis ns. 1.283 e 3.365 são, pois, inconstitucionais, em

face da Constituição de 10 de novembro de 1937, como já o era o Decreto nº 4.956, de 1903, diante das Constituições de 1891 e 1934."

Examinada essa argumentação em face do *ius quod est,* observa Ildefonso Marcarelhas da Silva (liv. cit., loc. cit.):

"Essa argumentação tem cabimento atual porque o preceito constitucional de 1946 é o mesmo da Constituição de 1891."

Em luminoso parecer, expõe excelentemente Francisco Campos:

"A Constituição não autoriza... o poder público a tomar, quando lhe aprouver. ou em qualquer caso ou oportunidade ou à sua discrição, a propriedade particular, mediante a simples exigência de prévia e justa indenização em dinheiro. Duas condições impõe o texto constitucional ao poder desapropriante: — a desapropçriação só é autorizada por motivo de utilidade pública e mediante prévia e justa indenização em dinheiro. É necessário, pois que a desapropriação se justifique por motivo de utilidade pública. A utilidade pública, por mais alto ou indeterminado que seja o seu conceito, constitui, entretanto... fato suscetível de apreciação e de verificação.

Se, porém, a verificação e a apreciação de ocorrer, efetivamente, o caso de utilidade pública, fôsse entregue de modo exclusivo ou privativo ao juízo do poder desapropriante, a garantia constitucional ao direito de propriedade se reduziria, no seu alcance, a um só efeito, que seria o de não admitir a desapropriação a não ser mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

A outra condição, cuja finalidade consiste precisamente em limitar o arbítrio ou a discrição do poder desapropriante, não lhe permitindo tomar a propriedade particular senão para empregá-la em obra, empreendimento ou fim de utilidade pública, a outra condição, talvez a mais importante, porque, justamente a que se destina a coarctar ou restringir o arbítrio da Administração, teria sido *ipso facto,* cancelado do dispositivo constitucional, pois se teria reduzido a sua exigência a uma vazia formalidade, com se dar por cumprida mediante a simples solução de que no caso se verifica, a critério exclusivo da Administração, o requisito essencial para que a ela se ensanche a oportunidade de penetrar no recinto que, em princípio, e de modo geral, a Constituição declara vedado às suas intromissões.

O poder de desapropriar... é, portanto, em tôda evidência, um poder condicionado...". E, ainda, e sempre lùcidamente: "evidente, pois, que autorizando a desapropriação apenas no caso ou para o fim da "utilidade pública, a Constituição, ao invés de conferir ao poder público uma liberdade discricionária ou ilimitada, condiciona a sua decisão ao contrôle do critério, do motivo e do fim.

O poder de desapropriação não é, portanto... discricionário, não só porque condiciona o seu exercício a um motivo ou a um fim cuja existência é suscetível de verificação, como também porque o ato de desapropriação se destina a modificar uma situação jurídica do indivíduo, formal e especìficamente garantida ou assegurada na Constituição.

Ora, o poder discricionário só existe em proveito da Administração, quando a competência atribuída a esta o é em têrmos incondicionais ou sem qualquer vinculação a motivos ou circunstâncias de que a lei faça depender o seu exercício.

Desde, porém, que a competência seja vinculada a uma condição ou que do seu

exercício resultem modificações na situação jurídica individual do administrado, como no caso da desapropriação, o poder, ao revés de discricionário, é duplamente limitado, pela exigência do motivo ou da condição e pelo interêsse do administrado... na hipótese da desapropriação constitucionalmente assegurado ou protegido."

Se inexistente indeterminação de regulamentação jurídica e se o ato visa a alterar situação jurídica protegida na lei ordinária, e mais ainda na Lei Maior, não se pode falar em ato discricionário, em poder discricionário que, aliás, se situa em área augusta e limitada.

Lê-se em Jean Claude Venezia, (*Le Pouvoir Discretionnaire* 1957, pág. 23):

"La plupart des pouvoirs administratifs, sont des pouvoirs conditionés: "En droit administratif, écrit M. Vedel, contrairement à ce qui existe en droit civil, il n'existe pas de principe d'autonomie de la volonté. En droit civil, les individus sont libres de se determiner sur la base de n'importe quelle situation et pour les raisons qui leur conviennet. Les motifs subjectifs des individus, dès lors qu'ils ne sont illicites ni contraires à l'ordre public, justifient suffisamment l'acte. En revanche, en droit administratif, il n'existe pas de principe d'autonomie de la volonté. L'administration ne doit se decider que pour des raisons de fait ou de droit objectivement établies" (Vedel, *"Cours de Droit Admin."* 2º année, 1953/1954, pág. 672).

Como quer que seja, o ato expropriatório não poderia derivar jamais do poder discricionário livre (*freies Ermessen*), nem ainda, poder discricionário vinculado (*gebunden Ermessen*) pela razão de não poder prevalecer o poder discricionário em matéria fundamental para a ordem pública.

Lopes Rodó (*in Revista de Direito Administrativo,* vol. 35, pág. 41):

"Mostra-nos Otto Mayer que a dependência da Administração com relação à lei, nem sempre é a mesma: — em certos casos, ela é absoluta (atividade vinculada); em outros, embora a lei indique os objetivos, a Administração pode apreciar as circunstâncias e temos então o poder discricionário vinculado (*"gebunden Ermessen"*), finalmente, às vêzes, os próprios objetivos não são assinalados e, nesse caso, há poder discricionário livre (*"freies Ermessen"*). Evidentemente o poder discricionário não existe quando se trata de liberdades individuais e de outras matérias de caráter fundamental para a ordem jurídica."

Entretanto — e apenas para argumentar-se — pode a intervenção judiciária ocorrer no próprio ato discricionário, desde que êste, deixando de guardar fielmente ao seu próprio objetivo, caracterize um desvio ou excesso de poder.

Como adverte Gaston Jèze (*"Les Principes Generaux du Droit Administratif"*, 1941, pág. 371), *"il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire."*

Aludindo aos limites do poder discricionário, dilucida Lopes Rodó (*Revista de Direito Administrativo,* vol. 35, págs. 45-46).

"O primeiro limite ressalta da própria natureza do poder discricionário — isto é, a competência de que é investido o seu titular. A necessidade de mover-se no âmbito da competência própria é o primeiro limite do poder discricionário.

Além disso... mesmo quando o poder discricionário se exercita mediante a utilização estrita da competência, êle poderia infringir outros limites legais,

quando não se trata de um pleno poder discricionário e êsses limites variam em cada caso segundo o grau de intensidade que lhe é reconhecido.

Tais infrações constituem vícios que poderão ser de motivo, de forma, de conteúdo ou de fim, conforme o elemento do ato administrativo afetado pelo limite legal. Enfim, deixando de lado essa periferia constituída pelo Direito para penetrar no próprio âmago do poder discricionário, êste último é naturalmente livre, sem outra limitação a não ser a que lhe é imposta por sua própria essência, e já que o uso do pudor discricionário é... ato de discernimento à luz do objetivo ou melhor, para repetir os têrmos de Garcia Oviedo, uma apreciação condicionada pela finalidade, o seu limite interno será a fidelidade ao objetivo. e, existirá um desvio evidente do poder discricionário quando se procurar atingir um fim diverso daquele para o qual tal poder foi conferido".

Examine-se o caso da consulta à luz dêsse magistério e se verá que, de fora parte a questão da competência, o poder de expropriar (se fôsse discricionário, o que se admite apenas para alimentar o debate) teria, no caso, quebrado os limites internos e externos a que alude Rodó, configurando-se um desvio ou excesso, desmerecedor de ser sancionado pela justiça.

No que concerne à competência, à finalidade e à forma, conforme Seabra Fagundes (*in Revista de Direito Administrativo,* vol. 14, pág. 58), o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro.

No mesmo sentido, Vítor Nunes Leal, (*Revista de Direito Administrativo,* vol. 14, págs. 53 a 82):

"O fim legal é, com efeito, um limite ao poder discricionário. Portanto, se a opção administrativa desatende a essa finalidade, deve-se concluir que extralimitou da sua zona livre, violando uma prescrição jurídica expressa ou implícita, o que a transfere, por definição, para a zona vinculada."

O mesmo passa no parecer de Caio Tácito:

"A finalidade do ato administrativo é condição essencial e constitui um limite ao poder discricionário da Administração."

Vítor Nunes Leal, em face dessas considerações, chega ao assêrto de inexistir ato inteiramente discrionário.

Ainda nos casos de poder discricionário livre (*freies Ermessen*), os limites aludidos retiram o poder discricionário da área do puro arbítrio, observando ao propósito, Fiorini, (*La Discrecionalidad en la Administración Pública,* 1948, pág. 29):

"La discrecionalidad no puede ser una manifestacion caprichosa de la voluntad del administrador, debe ser la realización de un proceso juridico con una función definida. Esto aleja la discrecionalidad del reino del azar y del capricho del administrador, ubicandola en los cuadros del derecho. La arbitrariedad y el interés personal substituidos por una actividad juridica tendiente a dictar actos eficaces que respondam a permanentes valores de la justicia".

Repitamos — o caso da consulta não é de atividade discricionária, senão vinculada.

A Constituição assegurou e garantiu a propriedade, admitindo a desapropriação nos só casos, que indicou: utilidade pública, necessidade pública, interêsse social.

Vinculou, pois, a Administração, tratando-se, demais disso, de direito fundamental garantido na Lei Maior.

A matéria, assim, em si mesma, desadmite atividade discricionária, merecendo repetidos, ao propósito, os conceitos de Fiorini (liv. cit., pág. 94):

"Ningun interés publico, por necesario que fuese, podrá implicar la destrucción de los valores con jerarquia de dignidad por los que se creara el Estado, especialmente para defenderlos y asegurarlos en la convivencia social.

El olvido de estos valores fundamentales o de las garantias constitucionales transformará el administrador en despota y destructor del orden juridico.

Juan B. Alberdi se pronunció con certera frase sobre estos funcionarios que sob pretexto de facultades discrecionales destruyen la Constitucion al decir. — "Es preciso que el derecho administrativo no sea un medio falaz de eliminar y escamotear las libertades y garantias constitucionales."

Hamson, após de assinalar que a teoria do *ultra vires,* na Inglaterra, compreende o caso conhecido em França sob a designação de *détournement de pouvoir,* cuja aplicação em nosso direito desencontra quaisquer obstáculos observa, aludindo ao caso Roberts c. Hopwood: —

"La theorie française du détournement de pouvoir est plus audacieuse. Elle ne se borne pas à consacrer le principe sousjacent a l'arrêt Robert c. Hopwood, elle lui donne encore une extension considerable. C'est ainsi qu'elle permet au juge d'assigner un but précis et limité à des pouvoirs apparement discritionnaires conférés à l'administration par des textes libelles en termes trés généraux: le juge peut annuler en conséquence, pour détournement de pouvoir, les actes accomplis par l'autorité compétente en méconnaisance du but qu'il aura lui même discerné dans les textes applicables" (C. J. Hamson, *"Pouvoir Discrétionnaire",* trad. francesa de Cocatre, Ziglien, 1958, págs. 176/177; vêde, ainda Jean Claude Venezia, liv. cit., págs. 138 e segs.).

O motivo do ato administrativo se integra em sua configuração legal, no ensino de Seabra Fagundes (*O Contrôle dos Atos Administrativos,* pág. 118, nota 7), incluindo-se, pois, sua pesquisa e verificação, no exame da legalidade mesma do ato.

Constitui aquêle motivo a razão jurídica do ato, como lembra Francisco Campos, acrescentando Vitor Nunes Leal (*Problemas do Direito Público,* pág. 245, nota 3):

"Por isso mesmo, ensina êle com apoio em Jèze, que, quando a lei exige motivo determinado, ou quando a autoridade o declara, mesmo não sendo impôsto por lei, a demonstração de que inexistia "a situação de fato pressuposta... gera, como conseqüência, a invalidade ou a ineficácia do ato".

Ainda uma vez: — não se trata de ato administrativo discricionário, mas condicionado, sujeito ao exame do Judiciário. E se cuidasse de atividade discricionária, êsse exame ainda seria inevitável na pesquisa da finalidade do ato, suscetível de desvio ou excesso de poder.

Data venia avultará como heterodoxia maior da marca impedir o exame da ilegalidade ou da inconstitucionalidade do ato de desapropriação a que faleçam (ou se mostrem desvirtuados e aviltados), os pressupostos exigidos na *Lex Fundamentalis.*

Nem poderia a lei ordinária retirar ao Judiciário êsse exame;

Francisco Campos arma a indagação:

"Poderia a lei privar o Poder Judiciário da sua competência constitucional de, em qualquer oportunidade em que se invoque perante êle um ato administrativo para privar um indivíduo de sua liberdade ou de sua propriedade, examinar a conformidade do ato com a lei ou com a Constituição?

E responde em têrmos curialíssimos:

"É claro que a lei não poderia fazê-lo, a menos que estivesse no seu poder, o que, evidentemente, não está, a transformação do Poder Judiciário numa simples chancelaria destinada ao registro dos atos administrativos, com a função subalterna de verificar apenas o seu aspecto puramente formal e lhes atestar a autenticidade, mediante a aposição nos mesmos de seu carimbo ou sêlo privativo. Ora, esta nunca foi, nem poderia ser, ainda por determinação legal, a função do Poder Judiciário. Êste recebe, com efeito, da Constituição a sua investidura. A natureza dêsse Poder consiste, precisamente, em ajuizar dos atos para cuja execução se invoca o exercício de sua autoridade. Não importa a natureza do ato, a fonte ou origem de sua procedência; seja qual fôr o ato, emanado de um particular ou do govêrno, desde que se trate de lhe dar execução compulsória por interposição do Poder Judiciário, nesse emerge, imediatamente, a competência de que não pode abdicar de investigar a legalidade ou. se fôr o caso, a constitucionalidade do ato."

Assim, o art. 9º do Decreto nº 3.365, de 21 de junho de 1941, não pode retirar ao Poder Judiciário o exame de que se trata. Se pretendesse fazê-lo, seria grosseira e escandalosamente inconstitucional.

O que êle fêz, no citado artigo (e essa inteligência se confirma através de disposto no art. 20 do mesmo decreto) foi desadmitir a controvérsia no processo de desapropriação. O art. 20 a autoriza em ação direta, *verbis:*

"A contestação só poderá versar sôbre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta".

Em face dêsses preceitos, esclarece Francisco Campos:

"Como se vê, a lei de desapropriação não veda ao Judiciário entrar no exame ou na apreciação de se configurarem, efetivamente, a utilidade pública da obra e a necessidade para ser desapropriado.. determinado imóvel. Ela veda, tão-sòmente, ao Judiciário o exame da questão no próprio processo de desapropriação. Poderá. portanto, a Justiça, em outra ação ou processo nos têrmos do art. 9º rever a declaração administrativa da utilidade pública e da necessidade da desapropriação."

A ação direta aludida no art. 20 não é, forçosamente, a ação *ex post* e ordinária com que se pretende cercear e, muitas vêzes, inutilizar a defesa do expropriado.

Assim compreendido, seria o Decreto nº 3.365 inconstitucional, nesta parte. Para limpá-lo dessa coisa, há de se admitir a possibilidade do exame e decisão da controvérsia aludida em qualquer outra ação ou processo.

O mandado de segurança é ação para defesa de direito líquido e certo, "uma forma judicial de tutela de direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ilegalidade ou abuso de poder." É uma ação judiciária e assim o expõe e demonstra Alfredo Buzaid (*in Revista de Direito Administrativo,* vol. 44 págs. 30 e segs.).

Também Pontes de Miranda o tem como ação, pôsto lhe atribua caráter mandamental, servindo-se das categorias de Kuttner e de Goldsmidt (*Comentário ao Código de Processo,* vol. I, pág. 107).

E em Castro Nunes (*Do Mandado de Segurança,* 4ª ed., nº 29, págs. 67-68) lê-se:

"A relação jurídica que por meio dêle se ajuíza é de direito público... Segundo a noção clássica, ação e desdobramento da mesma relação jurídica ajuizada, o mesmo direito em atitude de defesa, identificados os dois conceitos — *ius et actio* no *ius persequendi in iudicio quod sebi debetur.*

Segundo Chiovenda e outros expositores, o direito de acionar é diverso do direito destinatário da proteção reclamada, o direito *per se stante* com conteúdo distinto do outro. São dois direitos coordenados, diz Chiovenda, pelo mesmo interêsse econômico: *hanno vita e condizione diverse e contenuto profundamente diverso.* Nos têrmos da disciplinação legal, é essa a noção que melhor se ajusta ao mandado de segurança."

Sendo o mandado de segurança ação judiciária, nêle cabe a controvérsia aludida, uma vez provada pontualmente a *quaestio facit* e ostente o direito do impetrante as marcas de liquidez e certeza.

Responde afirmativamente ao segundo quesito a questão versada é da alçada judicial e a ação direta referida no art. 20 citado é qualquer ação ou processo diferente do da desapropriação, reservado à questão de forma e do valor da indenização.

3º Qual o efeito jurídico do mandado de imissão provisória de posse conferido pelo art. 15 do Decreto nº 3.365?

Dispõe o citado art. 15:

"Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisòriamente na posse dos bens."

Incide o preceito nas justas censuras de Eurico Sodré (liv. cit. ns. 5 e 6, págs. 182-183):

"O Decreto nº 3.365, em seu art. 15, admite a desapropriação urgente nestes têrmos: "Se o expropriante alegar urgência e depositar a quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará emiti-lo provisòriamente na posse dos bens." Não é de elogiar a permissão aí conferida ao expropriante de caracterizar a urgência por mera alegação sua... Alegação não é prova, mas apenas a citação ou apresentação do fato ou circunstância, sujeita a ser contestada e carecente de prova."

Mas, a indagação versa outro aspecto do caso. A imissão na posse não transfere, não pode transferir a propriedade do bem expropriado. Uma coisa é a posse, e outra a propriedade, e o legislador o sabia, a bom saber. Transforma apenas o expropriante em possuidor direto da coisa para fins de uso e de guarda temporária da mesma. Trata-se de situação, não idêntica, mas assemelhável, no aspecto estudado, à ocupação provisória que, como já reconhecia Solidônio Leite (*Desapropriação por Utilidade Pública,* 1928, pág. 148), antessupõe falta de transmissão da propriedade, condição essencial para que haja desapropriação, segundo doutrina corrente.

Pela imissão provisória na posse, o bem expropriado não entra para o domínio público.

O seu efeito jurídico é apenas o de, sem perda da posse indireta do *dominus*, transferir ao desapropriante, provisòriamente, a posse direta.

A permissão do art. 15 referida, como dilucida Seabra Fagundes (*Da Desapropriação no Direito do Brasil*, 2ª ed., 1949, nº 221), tem em vista a necessidade do imediato exercício de atos possessórios por parte do Poder Público sôbre os bens expropriados (obras de caráter urgente, aquisição de meios de transportes para as fôrças armadas etc.).

Permite, pois, a imissão provisória na posse o exercício apenas de atos possessórios: constitui parte acessória, incompatível evidentemente, com a transferência definitiva da propriedade.

Tanto assim é que, se o processo expropriatório não prosseguir e se ultimar regularmente (quando, por exemplo, é o réu absolto da instância), torna-se sem efeito a imissão, medida acessória que é, em face da ação de expropriação (vêde Seabra Fagundes, liv. cit., nº 236, pág. 226).

Sem o pagamento do preço estabelecido judicialmente e definitivamente, não será curial falar-se em transferência de propriedade, para o que se exige indenização prévia.

O preço é o que a sentença fixar, na conformidade dos arts. 24 e 28 do Decreto nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

A sentença, diz Seabra Fagundes (liv. cit. nº 465), há de limitar-se à fixação do valor da indenização que o expropriante pagará para adquirir o domínio.

Enquanto não ocorre êsse pagamento de valor fixado à última, e definitivamente, a propriedade não se transfere, podendo até o expropriante desistir da desapropriação.

Versando o problema, escreve Francisco Morato (*Miscelânea Jurídica*, vol. I, págs. 258/259):

"Weiss reputa que a solução mais simples e equitativa *"c'est celle qui consiste à faire coincider la perfection de la expropriation, avec le transfert de transfert de la proprieté et d'autoriser jusqu'à ce moment l'entrepreneur à retirer la demande d'expropriation"*, acrescentando que, para melhor garantia da indenização devida ao proprietário, tem-se assentado o princípio consoante o qual faz-se *"dependre l'acquisition de la proprieté du paiment ou de la consignation de l'indemnité..."*

A transmissão da propriedade opera-se pelo julgado que declara preenchidas as formalidades a que está sujeita a desapropriação (*Pand. Belgas*, tomo 41, col. 162-3, ns. 4-3). Nos Estados Unidos, segundo atesta Rui Barbosa, não é outra a regra dominante. O domínio se considera tirado ao seu dono quando, nos têrmos da lei, ao desapropriador — *generally speaking. the land may be regarden as taken, at the moment when by the terms of the Statute the owner is diverted of his title and it vest in the condemning party* (*"Cyclop. of Law and Proc."*, vol. 15, pág. 720).

Morato (liv. cit., pág. 259), dêstes princípios "uniformes e incontroversos na legislação dos povos cultos e na doutrina dos D.D." extrai, entre outras, estas conseqüências:

"a) que a transferência do domínio só se opera pela sentença que julga observadas as formalidades, a cujo concurso está subordinada a desapropriação, e que declara incorporada no patrimônio do desapropriante a coisa desapropriada; *b)* que, transferência só

se consuma e se torna efetiva, como conseqüência do julgado, pelo depósito ou pagamento da indenização acordada ou arbitrada; *c*) que até êsse momento, é lícito ao poder público desistir da desapropriação..."

O preço da indenização é fixado na sentença (art. 24 do Decreto nº 3.365) que deixa de ser, como no Decreto nº 4.956, de 9 de setembro de 1903, meramente homologatória, pois dá fêcho a processo contencioso, embora limitadamente contencioso (Silvio Portugal, *in Revista de Direito Administrativo,* vol. III, janeiro de 1946, pág. 404).

Diz ainda, Sílvio Portugal no mesmo parecer: "Seabra Fagundes pondera, em defesa da tese:

"Dizer que a desapropriação só tem lugar mediante indenização prévia, é dizer, precisamente, que a passagem do direito do particular ao patrimônio público só se dá após o pagamento.

No mesmo sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal e tem julgado os Tribunais de Apelação de São Paulo e do Distrito Federal: acórdão do Supremo Tribunal Federal de 12 de agôsto de 1905; acórdão de 26 de maio de 1916, de São Paulo, na *Revista dos Tribunais,* vol. 18, pág. 93; acórdão de 20 de abril de 1917, de São Paulo, *na Revista dos Tribunais,* vol. 21, pág. 420; acórdão de 17 de julho de 1940, do Distrito Federal, no *Arquivo Judiciário,* vol. 61, pág. 121. Sustenta Whitaker, argumentando com a Constituição de 1891, art. 72, § 17, e com o Código Civil arts. 530 a 533, que o domínio só se transfere com o pagamento do preço e a transcrição no Registro Imobiliário" (ver, em face do direito vigente, Macário Picanço, *Da Desapropriação,* nº 57, págs. 58-60). Em suma o efeito jurídico do mandado de emissão provisória de posse conferido pelo art. 15 do Decreto-lei nº 3.365, não é a transferência da propriedade, é a possibilitação de exercício de atos possessórios por parte do expropriante.

4º A resposta ao quarto quesito deriva das considerações suso enunciadas. Trata-se de desapropriação de ações de sociedade anônima. A emissão provisória na posse não atribui ao expropriante a titularidade das ações e, pois, o direito de votar em Assembléia Geral, como se acionista fôsse.

Os votantes na Assembléia Geral deverão provar sua qualidade de acionistas. Terão de ser titulares das ações nominativas e de exibir, se se trata de ação ao portador, os títulos ou o documento aludido no art. 91 do Decreto-lei 2.627, de 26 de setembro de 1940.

O princípio dominador no assunto é o de que sòmente o acionista tem qualidade para ingressar na Assembléia Geral (vêde Trajano de Miranda Valverde, *Sociedade por Ações,* vol. II, nº 441, pág. 102, ao art. 91; Rui Carneiro Guimarães, *Sociedade por Ações,* vol. II, ns. 703/704).

É exato que, se se tratar de ações ao portador. basta, falando pela via ordinária, a exibição dos respectivos títulos.

Até prova em contrário, o detentor presume-se dono das ações ao portador (art. 26 do citado Decreto-lei nº 2.627, de setembro de 1940).

Mas, a presunção é *legis tantum* (v. Miranda Valverde, liv. cit., c. I, ao art. 26, pág. 200) e não *legis et de lege.* E a origem mesma da detenção, no caso (imissão provisória na posse), peleja contra a presunção, e a subordina, e domina.

Deixando aquela imissão de originar certos efeitos além do exercício de atos

possessórios, e não gerando — e todos conspiram no assêrto — a transferência da propriedade das ações, a resposta ao quarto quesito é, não pode deixar de ser, negativa.

O mandado de imissão provisória de posse ao expropriante não lhe confere o direito de votar na Assembléia Geral, como se acionista fôsse.

É o meu parecer, S. M. J.

Rio, julho de 1961. — *Orosimbo Nonato,* Ministro aposentado do Sup. Trib. Federal.