DESAPROPRIAÇÃO — DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA — DESVIO DE PODER — MANDADO DE SEGURANÇA

— O aspecto vinculado da declaração expropriatória sujeita o ato ao controle jurisdicional no que concerne à adequação dos motivos invocados às hipóteses legais.

PARECER

I

A CONSULTA

1. Formula eminente advogado, a seguinte consulta:

"Consulta sobre cabimento de mandado de segurança originário contra decreto do Governo do Estado que declarou a utilidade pública de um imóvel residencial em caráter de urgência, com manifesto *desvio de poder*, para efeito de desapropriação.

O Governo do Estado da Bahia, pelo Decreto nº 23.529, de 5.7.73, declarou a utilidade pública da mansão em que reside, em Salvador, o Presidente do Banco da Bahia S.A. Dr. Clemente Mariani, para a alegada criação de uma escola — parque para excepcionais, pelo fato, notoriamente sabido, e objeto de prévia ameaça, de haver sido transferido o controle acionário do aludido banco, para o Brasileiro de Descontos (Bradesco).

Concomitante com o conhecimento público da efetivação do negócio referido, foi o decreto assinado, estando consignado no *Diário Oficial* do estado do dia seguinte (6 de julho), gerando a compreensível repulsa da opinião pública local e nacional, revelada em manifestações de seus grandes veículos de comunicação escrita, falada e televisionada, que interpretaram o ato, de logo, como de indisfarçável *represália*, marcado, assim, por indiscutível *desvio de finalidade*. O atingido pela violência governamental, ciente de que o fato ocorreria, caso efetivasse a transferência do controle mencionado, para fixar, no

tempo, com certa antecipação, o caracterizado *desvio de poder*, elaborou documento, escrito de seu próprio punho, com a denúncia do fato a suceder, e o deixou à guarda do Tabelião do 23º Ofício de Notas, do Estado da Guanabara, em invólucro fechado, e autenticado, para a abertura, em Juízo, após a ocorrência nele prevista.

Em face, conseqüentemente, da conversão da *ameaça* em *ato*, está o casal Clemente Mariani deliberado à impetração de um mandado de segurança preventivo ao Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia. Objetivam seus promotores pedir a suspensão liminar do ato expropriatório, até final julgamento. Para tanto, esboçaram a inicial do *writ* que para melhor apreensão da matéria objeto da consulta vai junta a esta.

Em tais termos, pergunta-se:

A) Cabe mandado de segurança contra o simples decreto, (em anexo), declaratório da utilidade pública do imóvel, em caráter preventivo, antes que se consume a desapropriação, com a possibilidade de deferimento liminar?

B) O argüído *desvio de poder ou de finalidade*, poderá justificar a liquidez e certeza do direito dos impetrantes à segurança, preventivamente ou após consumada a violência?

C) A *notoriedade do fato*, em face das próprias dificuldades de uma prova preconstituída em matéria como a apreciada, por seus *indícios veementes*, não autoriza o deferimento do *mandamus*?"

2. A consulta apresentada pressupõe, em primeiro lugar, a fixação de certas premissas jurídicas. De fato, para que se responda adequadamente e fundamentadamente às indagações suscitadas, cumpre examinar, brevemente, *as garantias do direito de propriedade, a natureza e os efeitos da declaração de utilidade pública, o desvio de poder e sua conseqüência, a nulidade do ato administrativo*, e por último *o mandado de segurança, encarado como remédio do abuso ou desvio de poder.*

Alicerçada nas premissas que forem então demonstradas, cabe, noutra parte, a aplicação do direito aos fatos expostos na consulta, estudando-se à luz dos *antecedentes* rememorados, *o decreto expropriatório e seus vícios*, e bem assim a adequação do *mandado de segurança para defesa do direito de propriedade, ameaçado por abuso de poder.*

Percorridas as duas etapas sugeridas, não oferecerá dificuldade a *resposta aos quesitos formulados*, objeto da parte derradeira deste parecer.

II

AS PREMISSAS JURÍDICAS

A) *O direito de propriedade e suas garantias*

3. A Constituição brasileira, na melhor tradição de nossa Civilização e de nossa Lei, consagra a propriedade como um dos direitos invioláveis do homem, que reconhece, como cumpria fazê-lo, em favor do brasileiro e do estrangeiro aqui residente (art. 153, *caput*). E não somente *reconhece* ou *declara*, mas também *garante*, nos termos do § 22 do referido art. 153:

"É assegurado o direito de propriedade, *salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social*, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da

propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior".

4. Do texto transcrito decorrem duas garantias constitucionais para a propriedade, ou seja, duas daquelas "defesas postas pela Constituição aos direitos especiais", na lição inolvidável de Rui Barbosa (*Comentários à Constituição brasileira,* coligidos e ordenados por Homero Pires, Ed. Saraiva, São Paulo, 1934, v. 6, p. 278). A primeira consiste em que a *perda da propriedade,* decorrente da expropriação, *não pode ter outro fundamento e outra finalidade que a necessidade ou utilidade pública e o interesse social.* A segunda, em que a perda há de ser compensada por "*prévia e justa indenização em dinheiro*" (excetuado o caso previsto no art. 161 da própria Constituição). Aquela é a *garantia de conservação,* esta, *a garantia de compensação.*

5. A *garantia de conservação* protege o proprietário contra a expropriação indiscriminada. Significa ela que um bem somente poderá ser retirado do patrimônio particular e apropriado pelo Poder Público, se a necessidade comum, se a utilidade comum, ou se o interesse da sociedade assim o exigir. Sobrepõe-se, então, o interesse de todos ao interesse de um só, o interesse geral ao interese individual (com a contrapartida, que a segunda garantia acrescenta, de justa e previa retribuição).

A ponderação entre o interesse comum e o interesse de cada um não pode ficar, porém, ao arbítrio de quem quer que seja, inclusive do Executivo. Do contrário, a propriedade não seria um direito inviolável, resguardado pela própria Constituição, mas sim uma concessão do Estado, fruto de sua benevolência, extinta quando bem aprouvesse ao capricho dos poderosos do dia. Por isso, num Estado de Direito, para que a garantia de conservação seja real e não se esvazie, os casos em que cabe a expropriação — o fundamento da desapropriação — devem ser previamente definidos em lei, de modo geral e impessoal. Em outras palavras, a desapropriação apenas há de caber nas hipóteses descritas na lei, seus motivos têm de enquadrar-se rigorosamente nas hipóteses que a justificam segundo a lei regulamentar do preceito constitucional.

Mais ainda, o fim visado através da desapropriação deve ser exatamente aquela finalidade que a lei associa aos atos de sua categoria. Se tal adequação à finalidade não fosse exigida, a garantia também se esvairia, porque caberia a expropriação, a pretexto de necessidade, utilidade pública ou interesse social, embora muito outro fosse o seu objetivo real.

B) *A declaração de utilidade pública e seus efeitos*

6. O procedimento desapropriatório se abre com a declaração de necessidade, ou utilidade pública, ou de interesse social. É a chamada declaração expropriatória que tem a natureza de ato tipicamente administrativo, quer seja editada por meio de lei, como o faculta o art. 8º do Decreto-lei nº 3.365, quer o seja através de Decreto (Cf. Hely Lopes Meirelles, Direito administrativo brasileiro, 2. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966, p. 499).

7. Da declaração expropriatória resultam, conforme doutrina Cretella Junior (*Comentários às leis de desapropriação,* Bushatsky São Paulo, 1972, p. 130) efeitos explícitos e implícitos. Entre os primeiros, que nos importam diretamente, está o de autorizar as autoridades administrativas a desde logo penetrarem nos prédios, abrangidos na declaração. É o que expressamente deflui da parte inicial do art. 7º do Decreto-lei nº 3.365, que reza:

"Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a

penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial. Àquele que for molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal".

É, portanto, executório nesse aspecto o ato administrativo que é a declaração expropriatória. Esta obriga o expropriado, de imediato e sem interferência estranha ao âmbito da administração, como é inerente a executoriedade, típica do ato administrativo (Cf. Seabra Fagundes, op. cit. p. 215, nota 4). Em razão disso, impõe uma restrição ao direito de propriedade, já que, desde sua edição, não pode o dono barrar o acesso a seu imóvel de autoridades administrativas. O uso e o gozo do bem que é ainda seu, e que somente deixará de o ser pela sentença no processo judicial de desapropriação, sofre entraves, não é mais livre.

8. Conforme impõe a garantia de conservação (ver acima nº 5), o poder de desapropriar, e, por conseguinte, o ato expropriatório, é vinculado à lei. De fato, somente cabe a expropriação por motivos que se ajustem às hipóteses legais.

É o que ensina Caio Tácito, em precisa nota jurisprudencial:

"Não goza a autoridade administrativa da faculdade de decidir, livremente, se, em determinada circunstância, deve o direito individual ceder à preeminência do interesse público. É necessário à validade do ato expropriatório que ele se enquadre na prévia enumeração legal das modalidades de seu cabimento. Na tradição do direito brasileiro (apenas temporariamente subvertida durante a curta vigência do Decreto-lei nº 1.283, de 18 de maio de 1939) a enumeração legal dos casos de desapropriação é de natureza taxativa e não apenas exemplificativa. A competência do Poder Executivo para decretar a desapropriação é, em suma, uma faculdade *vinculada* à lei, *não discricionário*". (*RDA* v. 26/224).

Assim, quando proferida por intermédio de decreto, de ato do Poder Executivo, tanto federal, quanto estadual ou municipal, a declaração expropriatória está sempre vinculada, quanto a seus motivos, às hipóteses legais.

Tais hipóteses, por força de dispositivo constitucional somente podem ser definidas por lei federal. Com efeito, o art. 8º, XVII, *f* da Constituição vigente reserva, exclusivamente, à União o legislar sobre desapropriação.

9. A única exceção à vinculação acima afirmada está no caso de ser a declaração expropriatória emitida por meio de lei federal. Sendo esta da mesma hierarquia que a lei regulamentar (o Decreto-lei nº 3.365), não está ela adstrita às hipóteses nesta última enumeradas. Da mesma forma que pode ampliá-las para o futuro, através de preceito geral, lhe é lícito, *in casu*, criar nova hipótese.

Isto não é dado, porém, às leis estaduais ou municipais eventualmente declaratórias de necessidade ou utilidade pública. Tais leis, como os atos do Poder Executivo, devem ater-se rigorosamente às hipóteses fixadas na legislação federal. Do contrário, estarão viciadas de inconstitucionalidade, por invasão de competência. Realmente, como se apontou logo acima, a Constituição em vigor reservou à União o poder de legislar sobre desapropriações, conseqüentemente o de fixar as suas hipóteses. Por isso, a lei estadual ou municipal que criar nova hipótese estará indo além da competência conferida ao Poder que a editou, estará penetrando na esfera reservada à União.

10. A afirmação de que a declaração expropriatória é vinculada quanto aos motivos às hipóteses legais, não exclui a exis-

tência de u'a margem de discricionariedade em favor do poder expropriante. Segundo sublinha Caio Tácito, competência vinculada e competência não são entidades antinômicas. "Se raros são os atos totalmente vinculados, jamais se poderá conceber um ato inteiramente discricionário" (Desvio de Poder, em *Repertório enciclopédico de direito brasileiro*, Borsoi, Rio de Janeiro, v. 16, p. 94).

O poder desapropriante é discricionário na apreciação da oportunidade e da conveniência, do mérito, portanto. Não pode haver expropriação sem que ocorra, no mundo dos fatos, uma das hipóteses previstas em lei; contudo, não basta que se dê essa hipótese para que, necessariamente, o titular do poder de desapropriar esteja adstrito a operar a expropriação. Ele poderá fazê-lo, sopesando os prós e os contras da medida, ponderando a sua conveniência e sua oportunidade.

11. Em face do que se acabou de sublinhar, naturalmente se coloca a questão do controle jurisdicional.

O aspecto vinculado da declaração expropriatória sujeita evidentemente o ato ao controle jurisdicional no que concerne à adequação dos motivos invocados às hipóteses legais. Este controle, aliás, é meramente uma verificação de legalidade. Consiste no confronto entre a lei e os motivos invocados.

Aliás, de há muito o Judiciário já admitiu exercer tal controle, como faz fé o conhecido acórdão, comentado por Caio Tácito na nota jurisprudencial mencionada anteriormente (Cf. *RDA*, v. 26/224).

A própria margem discricionária não escapa ao controle jurisdicional, pelo menos no que tange à finalidade do ato. É elemento necessário à validade do ato administrativo a sua finalidade. O desvio de finalidade vicia-o insanavelmente, conforme se demonstrará adiante (ver nº 14 e segs.; cf. Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1967, p. 84-5).

12. O cabimento do controle jurisdicional sobre os motivos e finalidade da declaração expropriatória parece ser recusado, pelo menos no curso de ação de desapropriação, pelo art. 9º do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. O alcance deste dispositivo não é esse, porém, é bem mais modesto. Na verdade, corretamente interpretado esse preceito quer dizer simplesmente que não pode o Judiciário examinar o mérito do ato.

Interpretado literalmente, o art. 9º do Decreto-lei nº 3.365 seria incompatível com o Estado de Direito e, portanto, com o sistema constitucional brasileiro. Importaria em vedar o exame da validade do ato expropriatório, donde decorreria o manifesto absurdo de se dar curso a uma ação de desapropriação cuja base fosse eventualmente nula.

Assim, colidiria com o art. 153, § 4º da Constituição brasileira segundo o qual:

"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Ora, seria manifesta lesão de direito individual a perda da propriedade, não por motivo de necessidade ou utilidade pública e para finalidade de interesse público, mas por outro motivo ou por outra finalidade qualquer. Exatamente isso é que propiciaria o referido art. 9º, literalmente interpretado, pois é a mesma coisa, praticamente, não ter o direito ou não ter remédio que o assegure.

13. Por outro lado, se não for dado ao Judiciário apreciar a ocorrência de hipótese de utilidade pública, cotejando os motivos do ato com os casos enumerados na lei, comparando a finalidade do ato com a finalidade da exceção à inviolabilidade da propriedade, seria inoperante a primeira

das garantias constitucionais, seria ociosa a referência à necessidade, à utilidade pública e ao interesse social. Nessa situação o Poder Público estaria habilitado a tomar a propriedade privada, por qualquer motivo e para qualquer fim.

Por isso, tal incompatibilidade com o sistema constitucional já foi ressaltada por Pontes de Miranda, em página candente, a propósito da Constituição de 1946:

"Em alguns sistemas jurídicos, discute-se se é de admitir-se ou não, a apreciação judicial da declaração de desapropriação e do seu conteúdo. Alguns a reclamam; outros não vão além da repulsa em caso de abuso manifesto. Toda essa discussão é de se afastar no sistema jurídico brasileiro. O art. 9º do Decreto-lei nº 3.365, que era contrário à Constituição de 1937, multiplamente o é, e evidentemente, desde a promulgação da Constituição de 1946 (arts. 141, §§ 4º e 16, 1ª parte, *in fine*, e 146).

A afirmativa de que ao Poder Judiciário não cabe apreciar e julgar a utilidade pública, a necessidade pública ou o interesse social, que se invoca, é fruto de tempos ditatoriais, que se mantém em mentalidades de juízes que sob a ditadura se formaram e foram feitos". (*Comentários à Constituição de 1946*, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 3. ed. 1960, t. 5, p. 31).

C) *A nulidade do ato expropriatório em razão de desvio de poder*

14. A validade do ato expropriatório, segundo resulta das considerações já feitas, presume a compatibilidade entre seus motivos e as hipóteses legais a que está vinculado. Não basta, porém, esta adequação para a sua validade. É preciso ainda que a finalidade do ato seja a necessidade, a utilidade pública, o interesse social, prevista para atos de sua categoria, e não qualquer outra, embora legítima. Isto, aliás, resulta como conseqüência inafastável de uma das garantias constitucionais da propriedade, segundo se apontou anteriormente (ver supra o nº 3). Realmente, só em razão de necessidade, de utilidade pública ou de interesse social, aceita a Constituição o sacrifício do direito inviolável de propriedade. E, conforme ensina Seabra Fagundes, referindo a opinião de Roger Bonnard:

'a propósito da finalidade, não existe jamais para a Administração um poder discricionário. Não lhe é deixado "poder de livre apreciação quanto ao fim a alcançar". Este será "sempre imposto pelas leis e regulamentos", de sorte que se não vier explícito, decorrerá da "natureza do ato, no sentido de que dada a sua natureza não pode ele objetivar outro fim" (*Droit adm.* p. 228) — ("*O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*", 4. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1967, p. 80-1).

Ora, deflui do exposto que o ato expropriatório é lícito apenas quando, ocorrendo motivo legalmente suficiente (segundo enumeração legal), o resultado se destina a tender o interesse geral legalmente especificado para os atos daquela categoria (necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social). O resultado há de ser, portanto, buscado e ditado, para responder à situação motivadora. Assim, se o objetivo do ato não for aquele previsto na lei, o resultado não se produzirá validamente, por estar o ato viciado quanto à finalidade, conquanto ocorra motivo suficiente.

15. Tal vício é o desvio de poder. Este se manifesta sempre que o resultado é pretendido, não com a intenção de responder à situação que se invoca como motivadora do ato, mas por outra qualquer. Há, então, um descompasso entre a finalidade para a qual a lei prevê o resultado, atribuindo a um órgão o poder de prati-

cá-lo, e a finalidade a que, efetivamente, visa este órgão ao praticar o ato.

Essa é a lição da doutrina francesa. Afirma Vedel, "o desvio de poder consiste no fato de uma autoridade administrativa usar de seus poderes para uma finalidade outra do que aquela para a qual esses poderes lhe foram conferidos" (*Droit administratif*, 2. ed. *PUF*, Paris, 1961, p. 431, n/Trad.).

Esse é o ensinamento da doutrina brasileira. Diz Caio Tácito,

"Sempre que, no exercício de competência legítima, a autoridade pratica ato formalmente lícito, mas destinando-se a atender a fim de interesse privado, ou mesmo de outro interesse estranho à previsão legal, consuma-se a sua nulidade pela inobservância da finalidade obrigatória, que constitui o desvio de poder". (Desvio de poder, em *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, v. 16, p. 95).

Também o de Themístocles B. Cavalcanti (O princípio da legalidade e o desvio de poder. *RDA* 85/1).

16. Ora, o desvio de poder acarreta a nulidade do ato. É expresso Seabra Fagundes, que se arrima no ensinamento da melhor doutrina, estrangeira e nacional:

"A atividade administrativa, sendo condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode a Administração Pública deles se desviar, demandando resultados diversos dos visados pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade.

A lei previu que o ato fosse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa. Houve uma burla da intenção legal. A autoridade agiu contrariando o espírito da lei. Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido, por divergir da orientação legal" (op. cit. p. 80-1).

Igual é o entendimento jurisprudencial. Dele serve de exemplo o pronunciamento do hoje Min. Rodrigues Alckmim, que apoiado em Seabra Fagundes e outras autoridades, afirma claramente que

"nulidade decorre de ter ocorrido desvio de poder, ou prática do ato com finalidade diversa da prevista em lei" (ver. *RDA*, 70/173).

17. Certamente não revela o mestre Vedel algo de surpreendente quando afirma que "o desvio de poder é evidentemente mais difícil de provar que os demais vícios do ato administrativo, já que se trata de estabelecer a intenção psicológica de seu autor" (op. cit. p. 437, n/Trad.).

Tal prova é forçosamente indireta. Freqüentemente, segundo observa Hauriou, "é nos motivos da decisão que se revela o desvio de poder" (*Précis élementaire de droit administratif*. 4. ed. Sirey, Paris, 1938, p. 269, n/Trad.). E a doutrina italiana corrobora o mestre francês. De fato, aponta Alessi os vários *sintomi* que permitem identificar o *sviamento di potere*, conforme a jurisprudência: motivação contraditória, motivação insuficiente, irracionalidade do procedimento, mascaramento (*travisamento*) dos fatos (*Principii di diritto administrativo*. Giuffrè, Milão, 1966, p. 383). Por sua vez, Gasparri acrescenta mais dois sintomas: a desproporção entre os motivos e as conseqüências e a superabundância de motivação ("Eccesso di potere", em *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè, Milão, v. 16, p. 131-2).

Entretanto, saliente-se, todos os meios de prova em direito admitidos podem servir para comprovar o desvio de poder.

D) *O Mandado de segurança como remédio do desvio de poder*

18. Como é sabido, a doutrina do desvio de poder nasceu e desenvolveu-se na França, a propósito da aplicação do *recours pour excès de pouvoir*. Este é o remédio por meio do qual o Conselho de Estado realiza o necessário controle sobre os atos administrativos onde se manifesta esse vício, anulando-os em conseqüência (Cf. Vedel, op. cit. p. 389 e segs.).

No direito brasileiro, não há remédio exclusivo para a apreciação do desvio de poder. Este pode ser conhecido por meio de qualquer dos instrumentos por que se efetua o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Privilegiado entre esses instrumentos é o mandado de segurança. De fato, a celeridade de seu rito o faz importante remédio contra atos ilegais ou abusivos. Justamente sublinha Seabra Fagundes que

"Tal rapidez de forma permite suscitar, prontamente, o controle do Judiciário, sem que se consume, de modo irremediável, a lesão do direito, ou até mesmo depois que o ato administrativo comece a operar. É esta circunstância que o torna excepcionalmente útil ao amparo jurisdicional do administrado, pois que traz remédio a muitas situações que, sem a urgente invocação do Judiciário, tornar-se-iam, na realidade, irreparáveis" (op. cit. p. 311-5).

19. Segundo o art. 153, § 21 da Constituição:

"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas-corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso do poder.

Interpretanto o preceito constitucional, a doutrina agudamente analisa a relação entre ilegalidade e abuso de poder, sem cuja presença descabe o *writ*.

Assim, Castro Nunes, em sua obra clássica, ensina:

"a ilegalidade se apresenta sob formas diversas, comportando uma graduação, que terá no ápice a inconstitucionalidade da lei ordinária em que se tenha apoiado a autoridade para praticar o ato lesivo, seguindo-se a incompetência da autoridade, que é a ilegalidade na sua forma mais radical, a preterição da forma mais radical, a preterição da forma legal ou regulamentar na expedição do ato, o afastamento dos dizeres da norma para adotar solução mais ou menos optativa e até outras formas mais ou menos atenuadas que deslocam o exame para o merecimento do ato do ponto de vista do interesse superior do bem público, situando-se, já então, o desvio (*détournement du pouvoir*) na apreciação intrínseca do procedimento oficial e até na moralidade do ato administrativo.

Em qualquer dessas modalidades por que se apresente o ato impugnado, poderá ser encontrado, em grau maior ou menor, *um abuso, excesso ou desvio de poder*, dependendo a proteção, a ser assegurada ao direito atingido, do relevo da argüição, do abuso ou exceso injustificável da autoridade, da ilegalidade, em suma, a ser apreciada no mandado de segurança, mediante critério mais restrito do que nas ações reparatórias" (*Do mandado de segurança*. 4. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1954, p. 177).

Corrobora-o Seabra Fagundes:

"Por abuso de poder, se há de entender tudo o que diga respeito à infração das regras de competência. Desde a sua violação frontal, pela prática de ato totalmente alheio ao âmbito de atribuição do agente (usurpação do poder do nosso direito pe-

nal, e da classificação teórica dos graus de incompetência no direito administrativo, cf. nº 31), até as exorbitâncias de uma competência realmente existente, sejam ostensivas (busca realizada pela autoridade policial com arrombamento desnecessário — Código Penal, art. 350, IV, *b*), ou se disfarcem nas aparências de atos legítimos (expulsão de estrangeiros, por motivos outros que não a nocividade à ordem pública)" (op. cit. p. 273).

Vê-se, portanto, que o abuso de poder, espécie do gênero abuso de direito, tem como uma de suas modalidades exatamente o desvio de poder. É, por isso, irretorquível a afirmação de que cabe mandado de segurança contra ato viciado de desvio de poder.

Essa tese, aliás, já foi consagrada pelo E. Tribunal de Justiça, em acórdão cuja ementa reza:

"Desvios e abusos porventura cometidos pelos órgãos da Administração, quando ajam em função do Poder Público, não são remediáveis pelos interditos possessórios e sim pelo mandado de segurança ou ação ordinária de nulidade". (Ap. C. nº 162.478, in *Revista dos Tribunais*, v. 397, p. 140).

20. A utilização do mandado de segurança como instrumento eficaz para a repulsa ao abuso de poder é restringida pelo fato de que esse remédio não tolera o exame de provas em dilações. Por isso, conquanto seja, o mais das vezes, possível comprovar o direito líquido e certo a ser garantido, por meio das chamadas provas preconstituídas, nem sempre é possível fazer de plano e de modo indiscutível a prova do abuso de poder.

Essa dificuldade, ressalte-se, não torna o mandado de segurança um instrumento inadequado para a repressão ao abuso ou desvio de poder. O contrário, aliás, resulta expressamente do próprio texto constitucional, conforme já se demonstrou à saciedade. Na prática, o uso do mandado de segurança convém sempre que for possível fazer de modo cabal, através de documentos, a prova do desvio de poder. É o que ocorre, por exemplo, quando na motivação do ato já se trai o desvio de finalidade.

Assinale-se, por outro lado, que para a concessão do mandado líquido e certo deve ser o direito a ser protegido e não o desvio de poder. Este, pela sua própria natureza, admite a demonstração por indícios. A importância destes na verificação do desvio de poder mereceu de Cretella Jr. as seguintes observações, justas, precisas e até candentes:

"Se indício é qualquer coisa ou fato sensível que tem ou pode ter relação com outro fato, é bem de ver-se a importância que tal elemento adquire na verificação do desvio de poder, quando se observa quão difícil é encontrar uma prova absolutamente irrefutável, que comprometa a autoridade administrativa, geralmente esclarecida e astuciosa para não deixar vestígios de sua intenção criminosa" (*Do desvio de poder*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p. 58).

III

A) *Antecedentes da declaração expropriatória*

21. Consoante expõe a consulta, documentam os jornais anexos e sabem todos os que acompanham os fatos da vida brasileira, o Ex.mo Sr. Governador do Estado da Bahia procurou impedir a transferência do controle acionário do Banco da Bahia

S.A. para o Banco Brasileiro de Descontos S.A. Notoriamente, preferia ele que tal controle caísse nas mãos de um grupo financeiro baiano. Este, com efeito, já era acionista minoritário do Banco da Bahia S.A. e se via impedido de ganhar, eventualmente, o seu controle, pelo acolhimento de proposta mais vantajosa, a formulada pelo citado Banco Brasileiro de Descontos S.A.

No seu desiderato, usou o Ex.mo Sr. Governador dos mais variados meios, inclusive de pressão, não hesitando em recorrer até a ameaças contra legítimos interesses. Particularmente visavam essas ameaças e pressões ao Dr. Clemente Mariani, então presidente do Banco da Bahia S.A.

Sendo infrutífera essa intervenção, por pressões e ameaças, pois, no exercício regular de seu direito, o Dr. Clemente Mariani e demais integrantes do grupo majoritário no Banco da Bahia S.A. venderam suas ações ao referido Banco Brasileiro de Descontos S.A., desceu o Ex.mo Sr. Governador à represália. No mesmo dia da alienação do controle acionário do Banco da Bahia S.A., assinou o Decreto nº 23.529 de 5 de julho de 1973, pelo qual se "considera de utilidade pública, em caráter de urgência, para efeito de desapropriação, o imóvel de nº 400, à Avenida Sete de Setembro", em Salvador, residência do Dr. Clemente Mariani.

Saliente-se que a medida, precipitada e rancorosa, não foi precedida de qualquer estudo sobre sua utilização pelo Poder Público, ao que se sabe. A escolha do pretexto foi somar o acinte ao despropósito.

B) *O decreto expropriatório e sua motivação*

22. Omita-se, por enquanto, que o decreto de utilidade pública deflui de animosidade. Examine-se o mesmo, *ad argumentandum,* como se desconhecido fosse esse móvel.

A declaração expropriatória enuncia a seguinte motivação:

"Considerando a inexistência, nesta Capital, de uma escola-parque para crianças excepcionais;

Considerando ser dever do Estado empregar todos os meios a seu alcance para propiciar uma efetiva assistência médico-social a essas crianças;

Considerando que o imóvel de número 400 à Avenida Sete de Setembro no subdistrito da Vitória, com área construída de 457,67 m2 (quatrocentos e cinqüenta e sete metros e sessenta e sete centímetros quadrados) e área livre de 10.009,72 m2 (dz mil nove metros e setenta e dois centímetros quadrados) situado num local privilegiado, arborizado e oferecendo completa segurança e tranqüilidade, reúne condições ideais para a instalação de uma escola-parque para excepcionais;

Considerando, também, ser mais útil aos interesses da comunidade o funcionamento no local de um estabelecimento de caráter assistencial, do que prestar-se ele a futuras especulações imobiliárias, prejudicando uma área verde de grande beleza e provocando concentração insuportável de núcleos habitacionais;

Considerando que, na mesma área, de que o referido imóvel é remanescente, há alguns anos atrás, se construiu um loteamento contrário a todas as normas de urbanismo e com sensível prejuízo para o bom aspecto da cidade;"

Decorre do texto acima que a declaração se arrima em dois motivos, o primeiro, o estabelecimento de uma escola-parque para crianças excepcionais, o segundo, evitar especulações imobiliárias relativamente ao imóvel.

23. O primeiro motivo se enquadra, se não na letra pelo menos no espírito do caso previsto na alínea *g* do art. 5º do Decreto-lei nº 3.365. As escolas-parque para excepcionais podem ser, com boa vontade, assimiladas a estabelecimentos de assistência pública, casas de saúde e clínicas.

O segundo, ao invés, não encontra amparo no citado dispositivo legal. É inepto, portanto, para ensejar a expropriação. De fato, não é de utilidade pública impedir loteamentos. Estes que tem de se conformar com a legislação municipal, contribuem para o desenvolvimento municipal. Se fosse lícito desapropriar para obstar loteamentos, ademais, a competência não seria estadual e sim municipal.

A menção deste segundo motivo serve, entretanto, para colocar sob suspeita o primeiro, se outras razões não houvesse para tanto. Como duas cogitações tão díspares, o interesse dos excepcionais e a preservação da beleza citadina, podem confluir numa expropriação, sem que se suspeite, de que tais motivos foram indevida e falsamente invocados, ou, ao menos, um deles?

Ora, se o motivo verdadeiro fosse prestar assistência aos excepcionais, ele seria por si só suficiente e apto a ensejar a desapropriação. Destarte, não haveria por que invocar o segundo motivo.

Crível seria a invocação do primeiro, se verdadeiro fosse o segundo, pois, sendo este inepto para a expropriação, seria acobertado pelo primeiro, e este sim apto a provocá-la.

Isto basta para demonstrar o desvio de poder. A expropriação visa a uma finalidade não permitida pela lei, o ato resulta de um abuso de poder, já que este não foi conferido para atender seu real motivo.

24. Corrobora essa conclusão a presença de um dos sinais do abuso de poder. A motivação do decreto expropriatório é excessiva. Ora, nisso está, segundo a lição de Gasparri, um dos sintomas do excesso, ou desvio de poder. Escreve o mestre italiano: "Muitas vezes o excesso de poder pode ser revelado pela superabundância de motivação. Quando o autor de um provimento arrola como justificação uma série de fatos e de considerações prolixas e não concludentes, é fundada a suspeita de que a sua decisão é fruto de uma opção cujos verdadeiros motivos se prefere conservar ocultos" ("Eccesso di potere", verbete cit. p. 132).

25. Não é esse, contudo, o único sintoma de desvio de poder que a motivação apresenta. "Um outro claro indício de excesso de poder", aponta o mesmo Gasparri, "é dado pela desproporção entre as razões adotadas na motivação e as conseqüências que lhe são ligadas" (verbete cit. p. 131).

Seria muita generosidade do Estado da Bahia, que até hoje, mais de quatro séculos depois da fundação de Salvador, não erigiu uma escola para excepcionais (como confessa o primeiro "considerando"), dispor-se hoje a criar para as mesmas uma escola-parque, num imóvel de 10.009,72 m², com 457,67 m² de área construída, no melhor ponto residencial da cidade...

26. Avulta ainda como indício o fato de que o decreto expropriatório foi assinado vinte e quatro horas depois da alienação do controle acionário do Banco da Bahia S.A. Seria demasiado crer em coincidência. Ainda mais que nenhum estudo anterior existe para justificar a escolha do imóvel para o objetivo pretextado.

Por outro lado, é notório que o intuito que moveu a autoridade expropriante foi o de represália, a animosidade contra o expropriado que "ousou" não acatar os seus desejos. Esse intuito vingativo transparece do fato de se atribuir, a uma esco-

la-parque para crianças deficientes mentais, a ser estabelecida na residência do expropriado, o nome do pai deste mesmo expropriado!

Ora, o desvio de poder, resultante de animosidade, é um dos casos típicos que Maurice Hauriou aponta de nulidade do ato administrativo. É o *"esprit de vengeance"*, assinalado no célebre caso *Maugras* (Cf. *Précis*, op. cit. p. 269; cf. Caio Tácito, e Desvio de poder, art. cit. p. 98).

No Brasil mesmo, o intuito de vindita pessoal já ensejou desvio de poder, fulminado pelo Judiciário anulando o ato inquinado. É o que se depreende do v. acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, louvado por Caio Tácito no seu trabalho sobre o "Desvio de poder" (art. cit. p. 104), acórdão esse publicado na *RDA* (9/173).

Igualmente, essa vindita, conjugada com paixões políticas, estava presente no caso já apontado anteriormente, em que sendo relator o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Rodrigues Alckmim, o Tribunal de Alçada de São Paulo anulou, por desvio de poder, ato de represália de prefeito municipal (*RDA* 70/172).

27. Está, assim, no caso em tela comprovado à saciedade o desvio de poder. O mero exame da motivação o demonstra. Nesta, vários dos sintomas de desvio de poder que a doutrina italiana aponta, estão presentes: a motivação é excessiva (ver nº 22), há desproporção entre ela e o resultado (ver nº 23) e, sobretudo, ela é incoerente, sugerindo que um motivo legal serve para encobrir o móvel verdadeiro, mas ilegal (ver nº 25 e 26). Além disso, é notório o espírito de vingança, o ânimo de vindita que moveu a autoridade expropriante. Basta relembrar a sucessão de datas para se verificar que a declaração expropriatória foi assinada no dia em que a alienação do controle acionário do Banco da Bahia S.A. foi divulgada.

É visível que a autoridade expropriante quis, alegando a intenção de estabelecer escola-parque para excepcionais e prevenir loteamentos prejudiciais a Salvador, vingar-se do Dr. Clemente Mariani, tomando-lhe a residência, em represália por haver cedido suas ações no Banco da Bahia S.A. a quem não era do agrado do Ex.mo Sr. Governador do Estado. Ora, o poder de expropriar não é obviamente atribuído para essa finalidade, que não é nem de necessidade, nem de utilidade pública, nem de interesse social. Assim, visto que desvio de poder ocorre toda vez que a autoridade pública, vinculando aparentemente a sua atividade a um motivo declarado, quer realizar uma finalidade outra, que não é a prevista na lei, ou que é por esta vedada, conforme salienta Miguel Reale (*Direito administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1969), há inequívoco desvio no Decreto nº 23.529). Conseqüentemente, na lição da doutrina e da jurisprudência (ver supra nº 27) esse ato é nulo e como tal há de ser considerado.

C) *O cabimento do mandado de segurança*

28. Nulo o decreto expropriatório, qualquer ato que, nele apoiado se pratique, importará em violação do direito de propriedade, líquido e certo, do Dr. Clemente Mariani.

Ora, existe justo receio de que tais atos de violação ocorram. Tal receio não é remoto, deriva imediatamente da declaração de utilidade pública. Esta, com efeito,

autoriza, por força do art. 7º do Decreto-lei nº 3.365, as autoridades administrativas a penetrarem, com o auxílio da polícia se preciso for, no imóvel abrangido na declaração. E isto sem a propositura de ação de desapropriação e, por conseguinte, antes de imissão de posse.

29. Tal situação se ajusta perfeitamente àquela que previu o constituinte e regulou o legislador no concernente ao mandado de segurança. Já se examinou anteriormente o preceito constitucional, recorde-se agora o dispositivo legal. Reza o art. 1º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951:

"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça".

Não é preciso insistir que, no caso presente, há o *direito líquido e certo de propriedade*, (não amparado por *habeas-corpus*, portanto), há o *justo receio de sua violação*, em decorrência de *ato viciado por abuso de poder* e conseqüentemente nulo. Existe, assim, direito indiscutível à concessão do *writ*.

IV

RESPOSTA AOS QUESITOS

Ao *primeiro quesito*,

30. Sim. O decreto de utilidade pública tem um aspecto executório, decorrente do art. 7º do Decreto-lei nº 3.365. Sendo tal decreto nulo por desvio de poder, qualquer ato que, com base nele, seja praticado, importa em abuso de poder. Ora, havendo justo receio de que se viole o direito líquido e certo de propriedade por abuso de poder, cabe o mandado de segurança, cuja concessão é de inteira justiça (ver particularmente o nº 30).

Ao *segundo quesito*,

31. O desvio de poder, demonstrado no caso em tela, deu lugar à nulidade da declaração expropriatória. Em conseqüência todo ato que o invoque como fundamento, manifesta abuso de poder. Sendo líquido e certo o direito que ameaça, cabe o mandado de segurança, havendo justo receio de violação desse direito, o mesmo deverá ser concedido preventivamente.

Ao *terceiro quesito*,

32. No caso presente, o desvio de poder resulta provado da própria motivação do decreto expropriatório (ver supra nº 29). A notoriedade do caráter de represália do referido ato é apenas um dos meios de prova do desvio de poder, de outra forma já estabelecido.

Em face de toda essa demonstração, é patente o abuso de poder, que enseja o deferimento do mandado de segurança.

É o meu parecer.

São Paulo, 10 de setembro de 1973.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.