DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS DESAPROPRIAÇÕES

RUBEM R. NOGUEIRA*

O Decreto-lei nº 3 365 de 1941. Antecedentes doutrinários e jurisprudenciais. Questão constitucional. Opinião de Rui Barbosa. Evolução doutrinária. Limites ao processo judicial. Ação direta contra o ato expropriatório. Art. 153, § 4º, da Constituição. Conclusões.

"*Questões constitucionais* são, ante a Constituição brasileira, a questão de necessidade pública e a questão de utilidade pública, nas desapropriações." Rui Barbosa (Supremo Tribunal Federal. Conflito de Jurisdição nº 481, 1921. In: *Comentários à Constituição Federal Brasileira,* coligidos e ordenados por Homero Pires, v. 5, São Paulo, 1934. p. 427).

"Na verdade, qualquer discussão limitada ao valor da coisa desapropriada, não entrando no exame da juridicidade da desapropriação, conflita-se com a disposição constitucional na qual assenta o direito de propriedade individual." Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*Desapropriação na doutrina — no direito brasileiro — na legislação comparada.* São Paulo, 1973. nº 113).

1. Na exposição de motivos com que encaminhou ao chefe do governo ditatorial, em 3 de maio de 1941, o projeto de decreto-lei disciplinador das desapropriações por utilidade pública, que tomaria o nº 3 365, de 21 de junho, o Min. Francisco Campos, da Justiça, justificando-o, partiu dogmatica-

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica da Bahia.

mente da afirmativa de que "o processo judicial de desapropriação visa exclusivamente fixar o preço da indenização" — o que à luz dos princípios jurídicos da época já era francamente contestado — e invocava a jurisprudência em formação até ali e segundo a qual só por ação direta, em processo autônomo, poderia o expropriado colocar o problema legal da invocada necessidade ou utilidade pública (reduzida no projeto apenas a *utilidade pública*) e assim tentar o exame judicial do ato declaratório.

2. Regulando o disposto no art. 72, § 17, da Constituição de 1891, a Lei nº 1 021, de 23.8.1903, alterou o processo vigente, desde o Império, que era o do Decreto nº 1 664, de 27.10.1855, por ela expressamente modificado, mas foi omissa em relação a ser ou não permitido discutir, na ação expropriatória, qualquer outro tema além do preço da indenização. Apenas dizia que, depositado o preço das avaliações, mesmo no caso de haver disputa entre proprietários e locatários, o Governo entraria na posse do prédio, "continuando o processo *desembaraçadamente*", como se quisesse neste advérbio por nós grifado fixar uma incompatibilidade do processo expropriatório com a discussão sobre os motivos da necessidade ou utilidade pública. O Decreto nº 4 956, de 9.9.1903, regulamentador dessa lei, estabeleceu, no art. 1º, que a única exceção à plenitude do direito de propriedade, na forma do art. 72, § 17, da Constituição, era a desapropriação por necessidade ou utilidade pública *legalmente verificada,* e distinguia entre as duas espécies, regulando os casos de desapropriação por "necessidade" e por "utilidade" pública em artigos diversos (2º e 3º, respectivamente). A primeira era feita *judicialmente,* a requerimento do procurador da República perante o Juízo seccional do domicílio do proprietário, com audiência deste (art. 4º) e a segunda, mediante ato do Poder Legislativo ou do presidente da República quanto às obras da competência da União, etc. Dispunha ainda o art. 9º que a transferência da propriedade, uma vez legalmente verificada a desapropriação, se tornaria efetiva pela indenização do valor fixado por acordo ou arbitramento.

Mas o art. 10 impedia qualquer reclamação ou contestação contra a desapropriação resultante da aprovação dos planos e plantas por decreto. E aí é que se apoiava boa parte da jurisprudência mencionada pelo Min. Francisco Campos.

3. Não tinha, entretanto, sido tranqüila até ali a maneira de a justiça brasileira encarar o problema jurídico estranhamente surgido com o art. 10 do

Decreto de 1903. Em mais de uma ocasião houve julgamentos divergentes. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, pela unanimidade de votos de seus juízes presentes, afirmou certa feita a inconstitucionalidade dessa proibição, em acórdão de 30 de dezembro de 1915, de que foi relator o Min. Guimarães Natal. Este e mais os Ministros Viveiros de Castro, Sebastião Lacerda, Canuto Saraiva, Oliveira Ribeiro, André Cavalcanti, Pedro Lessa, Pedro Mibielli, Eneas Galvão, Leoni Ramos, Godofredo Cunha e J. L. Coelho e Campos, em sessão presidida pelo Min. H. do Espírito Santo, presente o Procurador-Geral da República, Min. Muniz Barreto, numa apelação cível do Rio Grande do Sul, decidiram que "a proibição imposta à autoridade judiciária pelo art. 10 do Decreto nº 4 956 de 1903, reprodução do disposto no art. 2º do Decreto nº 1 664, de 1855, é inaplicável por inconstitucional". Esta parte conclusiva do acórdão figura, resumidamente, na ementa, nos seguintes termos: "Inconstitucionalidade do art. 10 do Decreto nº 4 956, de 1903, que impõe restrições à competência do Poder Judiciário Federal."

A doutrina jurídica aí firmada foi objeto de longas considerações de Rui Barbosa, segundo o qual não era legítima tirar outra inferência do texto constitucional garantidor do direito de propriedade. O seu argumento fundamental não assentava propriamente na garantia constitucional desse direito, mas na natureza da matéria a que estava o sacrifício do direito de propriedade associado imediatamente no preceito constitucional. Noutras palavras, ele achava que quando o art. 72, § 17, subordinava o poder de desapropriar, pelo Governo, a motivos de necessidade ou utilidade pública, convertia a condição da necessidade ou utilidade pública numa *questão constitucional,* e assim sendo tornava-se impossível impedir o seu exame pelo Judiciário, para evitar lesão de direito individual, *no próprio processo da desapropriação.*

Se o desapropriado fundava a sua defesa na Constituição — e visto que a existência ou inexistência da necessidade ou utilidade pública invocada no decreto expropriatório era tanto uma questão constitucional quanto o direito de desapropriar — então estava definida a competência dos juízes e tribunais para processar e julgar as causas em que alguma das partes baseasse a ação ou a defesa em disposição da Constituição Federal, conforme esta prescrevia no art. 60, alínea *a.* Tal doutrina lhe parecia a única verdadeira e conciliável com a letra e o espírito da Constituição. A seu ver a condição da necessidade ou utilidade pública era matéria cuja averiguação dependia da instância *judicial,* simultaneamente com o exame do pedido formulado pela autoridade desapropriante.

4. Interpretando os textos constitucionais de 1824 e 1891, que assentavam, em termos equipolentes, o direito de propriedade e o de desapropriação pelo Estado, considerava Rui Barbosa a questão da necessidade ou utilidade pública invocada nos decretos governamentais expropriatórios, matéria de inevitável *competência judicial*. Conseqüentemente, caberia averiguá-la no mesmo processo em que a declaração de utilidade pública se afirmasse, para o efeito de se consumar ou não a expropriação. Tal como no sistema norte-americano, cujo texto fez ver que, no particular, não discrepava do nosso. Lá também a jurisprudência tinha assentado que "a questão de saber se a desapropriação observa ou não observa a exigência constitucional de se destinar ao uso público, ao bem público, à utilidade pública, é da alçada judicial". Baseava-se no magistério de John Lewis (*A treatise on the law of eminent domain in the United States*) que arrolava nada menos de 65 acórdãos relativos à tese de que "aos tribunais compete decidir em que o uso público consiste (*and that what is a public use is a question for de courts*), de Everett Pattison (*On eminent domain*), Emlin McClain (*Cyclopedia of American Government*) e Cooley (*Constitucional limitations*).

O estudo comparado dos dois direitos públicos constitucionais levou-o a afirmar que na Constituição de 1891, como na dos Estados Unidos, "o recurso à justiça, contra as desapropriações que não guardam a condição de exigidas pela necessidade ou utilidade pública, é um dos elementos substanciais da garantia da propriedade, consagrada na lei fundamental do país". Daí concluir pela *nulidade* das leis ordinárias que subtraíssem ao conhecimento dos tribunais a apreciação da necessidade ou utilidade pública, nos requisitos que determinam a existência desta condição constitucional. O exame judicial das condições constitucionais (necessidade ou utilidade pública da desapropriação) devia, entretanto, coincidir com o da ação expropriatória. Do contrário, não seria possível averiguar utilmente se a necessidade ou utilidade pública invocada exige a obra a que se destina a expropriação, e se o imóvel objeto da desapropriação é indispensável à execução do empreendimento dito de utilidade pública. O momento para o exame de tais requisitos constitucionais da desapropriação é o da ação expropriatória, impugnando a qual o expropriado funda a sua defesa no preceito constitucional garantidor da propriedade. Isso é o que se harmonizava, já então, com o nosso ordenamento fundamental, porquanto este fez do Poder Judiciário o árbitro das garantias constitucionais e o defensor dos direitos individuais, quando ofendidos por leis inconstitucionais ou por atos ilegais das autoridades administrativas.

Desde a Constituição de 1824, a única exceção também para a garantia do direito de propriedade "em toda a sua plenitude" era a exigência do bem público "legalmente verificado" (art. 179, nº 22). Uma vez apurada a ocorrência do requisito essencial do bem público, vinha a segunda etapa, conforme a lei regulamentadora, isto é, a indenização do valor da propriedade, após o que se consumava a desapropriação. Essa *verificação legal* da condição constitucional do bem público era feita judicialmente, por ser "o meio único de averiguar direitos, onde todos eles têm sua base na lei e a sua guarda na justiça".

5. O regime constitucional de 1937 eliminou a garantia da *prévia* indenização (art. 122, nº 14). Pelo ato expropriatório o titular da propriedade seria apenas indenizado. Mas manteve explicitamente a condição da necessidade ou utilidade pública. Veio então o decreto-lei regulamentar desse dispositivo, proibiu a discussão dos motivos da desapropriação no processo da ação expropriatória (arts. 9º e 20) e ainda introduziu a novidade de que os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, mesmo fundada em nulidade do processo expropriatório.

O legislador de 1941, como o de 1903 em relação ao art. 72, § 17, não foi fiel ao art. 122, nº 14, que tornava a exigência da necessidade ou utilidade pública uma *questão constitucional,* como tal sujeita ao controle dos tribunais. Vem daí talvez a afirmativa de Pontes de Miranda de que o art. 1º do Decreto-lei nº 3 365/41 *era contrário à Constituição de 1937.*[1]

Assim, pois, jamais poderá ser impedida uma desapropriação. No máximo, e em processo autônomo, por ação direta, o expropriado obterá perdas e danos. A desapropriação será mantida com a transferência definitiva do bem expropriado para o patrimônio público, mesmo que tenha sido positivada a *falsidade* do interesse público invocado, visto como nada além do preço e de nulidades processuais pode ser alegado, resolvendo-se em perdas e danos qualquer ação julgada procedente (art. 35 do Decreto-lei nº 3 365).

6. O impedimento de discutir os motivos da desapropriação resulta, pois, direta e exclusivamente da lei ordinária. Mas a questão de ser ou não ser de

[1] Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969.* 2. ed. v. 5, p. 422.

necessidade ou utilidade pública (hoje, também, "por interesse social"), a expropriação, sempre foi uma *questão constitucional.* Os textos fundamentais de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 (tanto quanto o vigente), todos eles, garantiam o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, e não salvo as exceções que viessem a ser definidas em lei. A Constituição é que sempre submetia esse direito a uma só exceção, designadamente consubstanciada na "necessidade ou utilidade pública". Se constitucional é a ressalva, parece não caber ao legislador comum, sujeito que é e não superior à Constituição, impedir o Judiciário, *"guarda da Constituição contra a legislação e desta contra a administração"*, conforme o pensamento de Rui, de exercer a sua competência verificadora dessa *questão constitucional.*

A substância da juridicidade legal da desapropriação, diz Rui, está precisamente na apuração *judicial* do fato de haver ou não a necessidade ou utilidade pública referida no ato do poder expropriante. Em Parecer de 11.12.17, sobre o tema ora versado, ele escreveu que os direitos individuais só se podem reputar seguros com a garantia da sanção direta, da sanção repressiva, isto é, com a faculdade outorgada ao indivíduo lesado em qualquer desses direitos, por um arbítrio legislativo, de promover a intervenção tutelar da justiça e, mediante ela, resistir vitoriosamente ao ato inconstitucional, seja qual for o poder de onde emane. O art. 9º, combinado com o art. 20, do Decreto-lei nº 3 365/41, veda-nos terminantemente assim proceder.

Não se alegue que a prerrogativa judicial de controle de constitucionalidade das desapropriações poderia embaraçar a ação governamental, cada vez mais ávida de força e celeridade de ação. Ainda que isso fosse certo, não seria justo, quando se cogita de enquadrar os atos da autoridade administrativa em seus limites constitucionais, ceder ante o argumento *ad terrorem.*

7. De pouco ou nada vale permitir a revisão da legitimidade da desapropriação por interesse público mediante ação direta (fora do processo expropriatório), se não fica assegurada a preservação final do bem atingido pelo ato *nulo.* A lei só permite, na fase judicial da expropriação, a impugnação do preço oferecido ou a denúncia de vício do processo respectivo, e ainda veda a reivindicação do bem incorporado à Fazenda Pública, mesmo em havendo nulidade processual. Por onde se vê que, não admitindo a discussão dos pressupostos constitucionais da desapropriação, o legislador comum despoja o direito de propriedade de sua garantia constitucional, o que deve abrir a instância judicial do controle de constitucionalidade dos atos legislativos.

Reconhece Cretella Junior a inanidade do apelo à ação direta para o pleno resguardo do direito de propriedade contra uma expropriação eivada de *abuso de poder,* por exemplo, ou *desvio de finalidade,* visto como os bens expropriados são irreversíveis, irreivindicáveis, irreincorporáveis. "Se, por um lado", escreve ele, "ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se ocorreram ou não os casos de utilidade, necessidade pública ou interesse social (Decreto-lei nº 3 365, art. 9º); se por outro lado, ao particular expropriado é permitido, dentro do processo, versar, na contestação, vício judicial e, fora do processo, ajuizar ação direta para ser decidida qualquer outra questão (Decreto-lei nº 3 365, art. 20), *tais esperanças caem por terra diante da norma que veda a volta dos bens expropriados ao patrimônio do particular, mesmo que a reivindicação se fundamenta em nulidade apontada no processo expropriatório.* (Decreto-lei nº 3 365, art. 35.)" (Grifos nossos.)[2]

Mas a fórmula do texto constitucional que assegura o direito de propriedade com uma só exceção é o escudo protetor deste contra as expropriações lesivas das condições ali postas, conforme a constante idéia de Rui, hoje confirmada pelos maiores expoentes do direito constitucional (cf. seu Parecer de 11.12.17).[3]

A doutrina contida nesse trabalho jurídico conserva plena atualidade e ajusta-se à colocação do problema das desapropriações em nossos dias. No entanto, foi ela sustentada ao tempo em que possuíamos apenas o texto do art. 72, § 17, da Constituição de 1891. Que diria o seu autor se tivesse contado então com uma regra igual à do vigente art. 153, § 4º? Através de interpretação fundada no sistema do seu tempo e nos precedentes do ordenamento constitucional que havia servido de modelo ao nosso, ele extraiu a inferência de ser constitucional a questão das condições do ato expropriatório e de caber ao Poder Judiciário a tarefa de verificar a existência ou não da necessidade ou utilidade pública invocada, mas isso no mesmo processo em que o poder expropriante tornava efetiva a sua faculdade expropriadora. Para confirmar essa posição científica ainda não ultrapassada, temos agora o art. 153, § 4º, que sujeita a controle judicial toda e qualquer lesão de direito individual e proíbe o legislador de dispor o contrário.

[2] Cretella Junior. *Comentários às leis de desapropriação.* São Paulo, 1972. p. 373.
[3] *Revista de Direito.* Bento de Faria, v. 48, p. 273-92, 1918.

8. O legislador de 1941 ampliou as restrições antes postas pelas leis reguladoras das desapropriações, partindo de sua concepção autoritária do direito e, secundariamente, da jurisprudência que até ali se havia formado, embora sem uniformidade e em desacordo com a doutrina.

Alguns de seus dispositivos mais restritivos já foram corrigidos pela aplicação judicial, como, por exemplo, o art. 27, parágrafo único, limitando o valor da indenização a 20 vezes o valor locativo do imóvel expropriado. A partir do regime constitucional de 1964, que restabeleceu a garantia da prévia e justa indenização em dinheiro, foi se formando ininterrupta jurisprudência no STF, no sentido de permitir a ultrapassagem daquele limite, por considerá-lo conflitante com a cláusula da *justa* indenização. (Ver, por exemplo, acórdãos de 5.12.50, no RE nº 13 378-DF; de 17.12.50, no RE nº 17 726-DF; de 5.6.51, no RE nº 18 605-DF; de 28.6.51, no RE nº 18 581-DF.) A mesma orientação foi adotada relativamente ao problema, não previsto na lei, da condenação do expropriante em honorários advocatícios, como parte integrativa da *justa* indenização.

É certo que os juízes ainda não se desembaraçaram das aparentes dificuldades criadas pelo legislador da ditadura de 1941, com o seu conceito de desapropriação como um puro tema de direito administrativo, e não participante também do direito constitucional e processual. Mesmo assim, porém, outras faces igualmente inarmonizáveis desse decreto-lei com o regime constitucional que lhe sucedeu em 1946 vão sendo gradualmente reveladas, na experiência judiciária. A desapropriação *por zona,* por exemplo, autorizada pelo art. 4º do Decreto-lei nº 3 365, já vem sendo considerada colidente com o dispositivo constitucional disciplinador da *contribuição de melhoria.* Seabra Fagundes reputa-a inconciliável com o exercício do direito de desapropriar, nos termos em que o coloca o art. 153, § 22, da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. A seu ver, depois de incluída a contribuição de melhoria no sistema tributário brasileiro (art. 18, item II), a desapropriação por zona, destinando-se a ensejar a revenda dos terrenos indicados no ato declaratório, "assumiria o feitio de mera especulação, pelo Estado, à custa da propriedade privada".[4]

Essa mesma colisão com o texto constitucional regulador do direito de propriedade e do direito de desapropriar é vista com maior profundidade

[4] Seabra Fagundes. Evolução do instituto da desapropriação e suas repercussões no âmbito municipal. *Anais do I Encontro de Procuradores Municipais do Brasil.* Recife, 1974. p. 76-84.

por Pontes de Miranda, segundo quem a desapropriação *por zona* "ultrapassa os limites conceptuais do art. 146 § 16, 1ª parte, *in fine* (necessidade pública, utilidade pública, interesse social)", o que o torna "inconciliável com o direito constitucional brasileiro".[5]

As condições constitucionais autorizativas da desapropriação (*a questão constitucional* a que se referia Rui), isto é, a necessidade ou utilidade pública e o interesse social, entram em choque com a revenda, segundo também o pensamento de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, salvo excepcionais casos desprovidos de intenção especulativa. Escreve ele: "Admitir a revenda dentro da normalidade constitucional, será o mesmo que negar o princípio de que as desapropriações só fazem a favor das pessoas de direito público, ou de pessoas de direito privado, delegadas ou concessionárias de serviço público."[6]

Em sua obra citada, Cretella Junior fica na mesma linha de Pontes de Miranda, considerando a "valorização futura para revenda" uma ultrapassagem do disposto no art. 153, § 22, 1ª parte, da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69, ou seja, algo infringente das condições constitucionais do poder de desapropriar (necessidade pública, utilidade pública, interesse social).

Assim, o Decreto-lei nº 3 365, de 21.6.41, vai pouco a pouco revelando os graves defeitos que o caracterizam e são próprios da filosofia política que o inspirou. Além de desprezar a cláusula de *justa* indenização, e de contemplar uma espécie de expropriação afrontosa das vigentes *condições constitucionais* desta, como é a desapropriação *por zona,* investe também, ostensivamente, contra a função peculiar da justiça no regime federativo, vedando-lhe que conheça, seja qual for o motivo alegado, da *questão constitucional* da desapropriação, no processo expropriatório.

9. Tal proibição expressa, taxativa, é duas vezes contraditória e ofensiva do que o nosso ordenamento jurídico tem de mais arejado, de mais perfeito, como diz Pontes de Miranda, que é o art. 153, § 4º, da Constituição. Vedando o controle judicial dos requisitos essenciais de toda desapropriação, no mesmo processo em que esta se efetiva, impede com isso o controle imediato de constitucionalidade da lei expropriatória e, ainda por cima, fecha

[5] Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado.* 2. ed. t. 14, p. 176-7.

[6] Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. *Desapropriação na doutrina do direito brasileiro, na legislação comparada.* São Paulo, 1973. p. 153.

a via de conhecimento de possível lesão de direito individual, o que tudo envolve manifesto desrespeito ao disposto no art. 153, § 4º.

Não se diga, como o fazem arestos submissos ao obstáculo criado pelo art. 9º do Decreto-lei nº 3 365/41, que sempre houve essa proibição ou, segundo o entendimento de certa doutrina data vênia compressiva, que o limite à ação foi posto pela lei. Não é verdade que entre nós o poder de legislar tem limites constitucionais e que de tais limites é o Judiciário, precisamente, o guardião? Na vigência da Constituição de 1891, o seu maior artífice e intérprete, em várias oportunidades, sustentou o cabimento do controle judicial de constitucionalidade das desapropriações nos mesmos autos da ação respectiva, e não em processo autônomo.

10. A ação expropriatória não parece ter sido criada unicamente para a avaliação do preço do bem expropriado e sua incorporação ao patrimônio público. Partindo do art. 153, § 22, 1ª parte, da Constituição, que assegura o direito de propriedade salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, e dando-lhe cumprimento, o legislador enumera os casos de utilidade pública (o texto constitucional posterior ao Decreto-lei nº 3 365/41 cuida de *necessidade ou utilidade pública e interesse social*), e estabelece a maneira de compor-se o preço da indenização. Mas, quando cria as regras dos arts. 9º e 20, cai em contradição virtual.

Ou o juiz pode apurar se a declarção governamental se enquadra numa das hipóteses de utilidade pública descritas no art. 5º, ou essa declaração vale como um absoluto que se choca com o sistema de controle, pelo Judiciário, dos atos dos demais poderes. A lei ordinária veio regular o dispositivo constitucional, mas este não diz assegurar o direito de propriedade, salvo desapropriação *na forma da lei.* Se assim fosse, estaria correto o argumento de que a ação expropriatória objetiva regular tão só a avaliação do bem e sua incorporação à Fazenda Pública. A Constituição porém garante o direito de propriedade, "salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social". Ela estabelece, portanto, as condições da desapropriação, as quais compõem, como dizia Rui, uma *questão constitucional,* não puramente *legal.*

Parece, assim, demasiado aceitar que a norma subordinada possa, através da ação por ela instituída, limitar, restringir, reduzir o que a Constituição não condicionou, não restringiu, não reduziu. O poder social de desapropriar é que está constitucionalmente condicionado por motivos determinados. A

lei ordinária encarregou-se de desdobrar as hipóteses enquadráveis nas exceções constitucionais, mas se o ato declaratório de necessidade ou utilidade pública expedido pelo expropriante coincide ou não coincide com as *condições constitucionais* do direito de desapropriar, ou se existe contradição entre o motivo aparente e os fins reais do ato expropriatório, em outras palavras, a aprecição da existência *objetivamente,* e não apenas *subjetivamente,* das condições de toda desapropriação, tudo isso cabe na competência do poder constitucionalmente encarregado de verificar a compatibilidade de todas as leis e de todos os atos dos poderes estatais com a Constituição.

Na realidade, escreve Themístocles Cavalcanti, tanto o ato declaratório como o de execução podem estar maculados por vícios que os tornam suscetíveis de exame judicial e assim a medida (judicial) "pode se destinar exclusivamente ao exame do ato declaratório de utilidade pública". (Parecer de 2.10.73.) Essa medida judicial tanto pode ser o mandado de segurança, como a contestação da ação expropriatória, com apoio no art. 153, § 4º, da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69.

Opondo-se a ponto de vista adotado por escritores solidários com as limitações do art. 9º do Decreto-lei nº 3 365, Caio Tácito afirma, em recente trabalho: "Não nos furtaríamos a admitir que, mesmo na ação expropriatória, o juiz possa declarar a inconstitucionalidade de decreto de utilidade pública que comprovadamente visasse a fim estranho ao interesse público, ou seja, se a nulidade do ato é manifesta, tal como se verificará com o vício de incompetência."[7]

Era o que Rui queria, antes do advento da regra do art. 141, § 4º, da Constituição de 1946, atual art. 153, § 4º, de que talvez tenha sido o precursor, e como hoje é sustentado por nomes insígnes no campo do direito administrativo e do direito constitucional. Haja vista, além das citações já feitas, o que, em vigoroso estudo do tema, diz Celso Antonio Bandeira de Mello. Para o jovem mestre paulista, tão apreciado pelo brilho e segurança com que trata as palavras da lei, as hipóteses legais previstas como autorizadoras da desapropriação têm um sentido próprio, um conteúdo, à vista de uma finalidade, que é a garantia do sistema normativo, e se o ato expropriatório se conteve nos seus limites, é o Judiciário que terá de o dizer, pelo

[7] Tácito, Caio. Teoria e prática do desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo,* v. 117, p. 12.

único meio eficaz, isto é, *na própria ação de desapropriação, sob pena de não resultar na proteção pleiteada ao valor jurídico reguardável.*[8]

11. Com maior razão jurídica deveria realizar-se hoje essa revisão da juridicidade substancial do ato do governo, em face de uma legislação segundo a qual, depois de efetuada a desapropriação, nunca mais poderá o expropriado recuperar o bem expropriado, visto que se converterá em perdas e danos qualquer ação proposta, que se funde em nulidade do processo. É possível fazer tábua rasa da efetiva proteção constitucional do direito de propriedade, substituindo-a pela percepção de perdas e danos?

Alguns julgados, inclusive do STF, invocam a opinião doutrinária que atribui ao Legislativo a competência inapelável de fixar o âmbito das ações, o seu raio de alcance, de maneira que, se males resultarem das restrições postas nalgumas delas, para isso não haverá solução judicial. (Ver acórdão do STF de 9.5.49, no RE nº 13 367-BA, *in RDA*, 24/232.) É o caso de perguntar: e se a lei objetiva for incompatível com o ordenamento constitucional? Até onde pode a lei prevalecer contra uma garantia constitucional?

Essa posição judicial, apoiada aliás em ensinamento de Seabra Fagundes, anterior ao começo de vigência da plena tutela judicial dos direitos individuais, instituída pelo art. 141, § 4º, da Constituição de 1946, equivalente ao art. 153, § 4º, da atual, parece já não ter condições de subsistir. A partir desta regra fundamental, como vedar o conhecimento de uma alegada lesão de direito individual decorrente de *falsidade* do interesse público invocada no ato expropriatório? É a Constituição que diz: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual."

Destarte, como admitir que o faça? Dir-se-á que fica aberto o exame de legalidade do ato por ação direta, em processo autônomo. Mas isso as leis do regime anterior já permitiam e era reputado infringente do art. 72, § 17, da Constituição de 1891. Por outro lado, a ação direta não obsta ao principal que é a invalidação do ato expropriatório acaso fulminado de nulidade, isto é, de ofensa às *condições constitucionais* do direito de desapropriar nem assegura ao expropriado a recuperação do bem. Antes, pelo contrário, prescreve a lei a perda definitiva deste e sua substituição por uma verba de perdas e danos, como se o art. 153, § 4º, da Constituição fosse uma simples instância *indenizatória*. Isso é o mesmo que estabelecer o caráter

[8] Mello, Celso Antonio Bandeira de. Apontamentos sobre a desapropriação no direito brasileiro. *Revista de Direito Público*, n. 23, p. 18-31, jan./mar. 1973.

absoluto do direito de desapropriar, em contrário ao texto constitucional que o submete a *condições.*

Não se diga também ser a necessidade ou utilidade pública ou o interesse social matéria do arbítrio exclusivo do Governo, como se se tratasse de tema de mera conveniência e oportunidade de desapropriar, ou como se estas duas últimas expressões fossem sinônimas de necessidade e utilidade pública, as quais equivalem a *interesse público,* do qual entretanto nem sempre é o expropriante o juiz único.

12. Regulamentando o disposto na Constituição, a lei apenas definirá os casos de interesse público (necessidade ou utilidade pública e interesse social) ou, nas palavras de Caio Tácito, os casos de incidência do poder expropriatório, porquanto "a competência do Poder Executivo para decretar a desapropriação é, em suma, uma faculdade *vinculada* à lei, não *discricionária.* (Grifos do autor.) Seu magistério é objetivo: "Toda manifestação administrativa, por mais ampla que seja a sua discricionariedade, será obrigatoriamente *vinculada* com respeito ao elemento finalidade. A violação do requisito teleológico importa a nulidade do ato administrativo por *desvio de poder.*"[9]

Mas de que adiantaria apurar isso, num processo autônomo, por ação direta, se esta já encontra consumada a desapropriação, e, por força de lei, é impossível reivindicar o bem expropriado?

Justamente por sentirem isso, o STF e os tribunais estaduais já têm admitido o controle de constitucionalidade do ato expropriatório nos autos mesmo da ação respectiva, sem embargo da vedação do art. 9º do Decreto-lei nº 3 365/41. Foi o que fez, por exemplo, a 7ª Câmara Cível do TJ do Distrito Federal, em acórdão unânime de 15 de junho de 1951 (relator Des. Oscar Tenório), julgando nula uma desapropriação feita pela prefeitura local, sob o fundamento de não ser verdadeiro o interesse social invocado no ato expropriatório, nem haver utilidade pública. O expropriado, em conseqüência, foi mantido no direito de usar e gozar, na sua plenitude, a propriedade adquirida (cf. *RDA,* 26/223).

Sentenças de juízes de direito sensíveis à preponderância da regra constitucional têm também dado pela improcedência da ação expropriatória. (Ver, p. ex., *RDA,* vol. 47, p. 190.)

[9] Tácito, Caio. Desapropriação e desvio de poder. ***Revista de Direito Administrativo,*** v. 26, p. 223.

Comentando, em nota, o julgado do Tribunal carioca Caio Tácito elogiou-o e disse: "Pela propriedade doutrinária e pela relevância prática, merece registro especial a decisão da egrégia câmara que traçou roteiro certo e excelente ao controle jurisdicional do poder de desapropriar."

A ação direta (art. 20 do Decreto-lei nº 3 365/41) não protege o proprietário contra abusos ou a infringência das condições da desapropriação. Não apenas ela não impede que a expropriação se consume, e parece que só isso atenderia plenamente ao direito do expropriado ante conduta irregular do poder administrativo, como ainda ocorre que, com apoio nesse dispositivo, se tem negado a própria ação revisora do ato expropriatório. Foi o que fez a 1ª Câmara Cível do TJ de São Paulo, por acórdão unânime de 14.3.72, rel. Des. Andrade Junqueira, na Apelação Cível nº 204 582, de Guarujá (*RDA,* 111/269).

Aí se afirma que "o ato pelo qual o poder público desapropria um imóvel para fins de utilidade pública é discricionário, não podendo sofrer revisão por parte do poder judiciário em ação que munícipe intente com o objetivo de impedir a desapropriação".

A desapropriação fica, assim, elevada a direito *absoluto,* insuscetível de contraste judicial, ainda que acarrete lesão de direito individual, quando a verdade é que neste regime soberano é só o direito interpretado pelos tribunais, como na lição de Rui.

13. A doutrina contemporânea inclina-se, entretanto, para o condicionamento do ato declaratório do poder expropriante pela legalidade constitucional, donde concluir a legitimidade de seu controle imediato pelos tribunais, a partir do momento em que esteja em causa uma lesão de direito individual. No seu exercício, o poder de expropriar, como ensina Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, nada mais é que um poder legal, entrosado num sistema de garantias, manifestamente constitucional.[10]

O pensamento, *data venia,* injurídico que subtrai ao conhecimento do Judiciário um ato suscetível de violar a sua própria natureza, faz-nos lembrar as palavras de Rui, por sinal em relação a um acórdão paulista: "Causa estranheza, e a nossa estranheza não podemos ocultar, que um Alto Tribunal de Justiça demita de si as mais elevadas atribuições que lhe são conferidas pela Constituição, e pregue doutrina tão subversiva do direito de propriedade,

[10] **Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. A desapropriação no direito comparado. *Revista de Direito Administrativo,* v. 112, p. 13.**

retrogradando ao tempo em que vigorava o contencioso administrativo, que subtraia a administração pública do contraste da justiça, inconciliável, hoje, com o nosso regime constitucional, que fez do Poder Judiciário o árbitro das garantias constitucionais e o defensor dos direitos individuais, quando ofendidos por leis inconstitucionais ou por atos ilegais e prepotentes das autoridades administrativas."[11]

A esta altura da nossa evolução constitucional, já não subsistem os argumentos que apoiaram a jurisprudência segundo a qual toda e qualquer matéria, além do preço e de vícios do processo, terá de ser encaminhada, em processo autônomo, por ação direta. Contra isso levanta-se, principalmente, o art. 153, § 4º, da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69, a mais prestante criação de constituinte de 1946, na palavra de Pontes de Miranda, a regra jurídico-constitucional em que se formulou *o princípio da ubiqüidade da justiça.*[12] Tão insigne regra, que Rui entreviu em imperecíveis pugnas forenses que deflagrou apoiado na doutrina da supremacia judicial não há de submergir nas águas da lei ordinária de uma fase ultrapassada de nossa evolução jurídica.[13]

Esse dispositivo arejado, diz Pontes de Miranda, que coloca o nosso sistema jurídico entre os mais perfeitos do mundo, é incompatível com a recusa de competência ao Poder Judiciário para fazer a verificação das *condições constitucionais* de toda expropriação, na ação ajuizada pelo expropriante. A lei ordinária, estabelecendo tal vedação, coloca-se alguns côvados acima da Constituição, cujo art. 153, § 4º, "institui o monopólio judiciário do controle jurisdicional" e "traz em si forma completa de garantia jurisdicional dos direitos individuais".[14]

14. A segurança da plenitude da tutela judicial dos direitos individuais é não menos estimável que o interesse público, pela justiça, no processo da ação expropriatória, dos motivos condicionadores do direito de desapropriar.

[11] A desapropriação da São Paulo Northern Railrod Company. Recurso extraordinário nº 1 555. In: Pires, Homero, org. *Comentários à Constituição Federal Brasileira.* São Paulo, 1934. v. 5, p. 422.

[12] Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição...* op. cit. p. 108.

[13] Nogueira, Rubem. Possíveis antecedentes doutrinários dos arts. 42, item VII, 153, § 4º, da Constituição Brasileira. *Forum — Revista do Instituto dos Advogados da Bahia.* Bahia, núm. esp. p. 169-97, 1973.

[14] Marques, José Frederico. O art. 141, § 4º, da Constituição Federal. *Revista de Direito Processual Civil.* v. 2, p. 13, 1960.

O art. 9º do Decreto-lei nº 3 365 que manteve e alargou o disposto no art. 10 do Decreto regulamentar de 1903, vedando a verificação dos casos de necessidade ou utilidade pública — *capitis diminutio* do Judiciário num regime que assenta no princípio de sua supremacia em regra jurídica de não cognição contrária ao art. 141, §§ 16, 1ª parte, e 4º, da Constituição de 1946, equivalente ao art. 153, §§ 22, 1ª parte, e 4º, da Constituição vigente, conforme está dito em Pontes de Miranda. Se o caso não cabe na enumeração legal, ou nas exemplificações da lei — escreve o grande comentador — "tem o juiz de considerar *ilegal* a declaração de desapropriação; se é a lei, em que ela cabe, que é contrária à Constituição, tem o juiz de decretar a inconstitucionalidade da declaração de desapropriação. A alegação de não ser caso de necessidade pública, ou interesse social no sistema jurídico brasileiro, é de pressuposto da pretenção à tutela jurídica da desapropriação".[15]

Fica assim, pelo direito constitucional dos nossos dias, confirmado o pensamento de Rui em matéria de desapropriações por utilidade pública. Ainda é Pontes de Miranda quem reputa implícita, no direito brasileiro, a desapropriabilidade, uma vez que os pressupostos constitucionais se componham; a utilidade pública, a necessidade pública, o interesse social hão de existir *objetivamente* e não só *subjetivamente,* isto é, por simples declaração do poder expropriante, e a declaração pode ser verdadeira, como pode ser falsa. Numa palavra: *a matéria é de exame pelo Poder Judiciário, sem qualquer pré-eliminabilidade.*[16]

Na linha, pois, de seu pensamento, a eliminação da competência judicial feita pelos arts. 9º e 20 do Decreto-lei nº 3 365/41 está fora do direito constitucional positivo brasileiro. Parece-lhe que, se discutível é perante alguns sistemas jurídicos a possibilidade da apreciação judicial da declaração de desapropriação e seu conteúdo, aqui isso está acima de qualquer disputa: "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, multiplicadamente o foi, e evidentemente, desde a promulgação da Constituição de 1946."

15. O desenvolvimento contemporâneo da teoria do *desvio de poder* ou do *desvio de finalidade* do ato administrativo e a plena tutela judicial de direitos fundada no art. 153, § 4º, da Constituição, tornam inarmonizável com as

[15] Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição*... op. cit. p. 461.
[16] Id. ibid. p. 415.

idéias dominantes entre nós a conservação dos dispositivos legais amputadores da atuação do Poder Judiciário. A futura legislação disciplinadora de toda a matéria das desapropriações por necessidade ou utilidade pública e por interesse social, para ser coerente com as linhas mestras do ordenamento constitucional em vigor, deve excluir toda restrição à atividade jurisdicional relativa ao exame das condições constitucionais do direito de desapropriar, sob pena de sustentar uma contradição que enfeia, senão deforma, o regime jurídico brasileiro.

Isso podemos deduzir da essência do pensamento das nossas maiores autoridades na matéria. Há um consenso em torno da ilegitimidade substancial dos arts. 9º e 20 do Decreto-lei nº 3 365/41.

Interpretado literalmente o art. 9º em exame, diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em Parecer de 10 de setembro de 1973: "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 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."[17]

Não se coaduna com as linhas fundamentais do sistema constitucional em vigor, sobretudo a partir da criação da grande regra do art. 153, § 4º, que o expropriado seja obrigado a fazer uma grande volta, percorrer veredas, enfrentar enfim as vicissitudes de uma longa demanda *a letere,* num caso manifesto do que Hely Lopes Meirelles chama "violação ideológica da lei", isto é, de *abuso de poder* ou de *desvio de finalidade,* ou, por outras palavras, a afronta moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou baseando o ato em motivos falsos ou inexistentes para a prática de um ato administrativo aparentemente legal, mas na realidade ilegal. Em tal caso, embora se dizendo amparado pela lei, a autoridade afronta a lei, por *abuso de poder,* sob a modalidade de *excesso de poder* ou de *desvio de finalidade,* que tornam o ato *ilegal e nulo.*

17 Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Revista de Direito Administrativo,* v. 118, p. 429.

Como, em emergências desse tipo, recurar o controle imediato de legalidade, a apuração da legitimidade constitucional do ato expropriatório *no mesmo processo da desapropriação?* Tanto mais contraditório é o impedimento, quanto é certo que, recorrendo à ação direta, em processo autônomo, jamais poderá o expropriado conseguir o principal, que seria reaver o bem alcançado pelo ato governamental definitivo (art. 35 do Decreto-lei nº 3 365/41).

Diante disso, temos por mais indicado promover-se uma reforma da regulamentação básica das desapropriações. Variada e numerosa é já a nossa legislação sobre a matéria (Decreto-lei nº 3 365, de 21.6.41, lei básica da desapropriação por necessidade ou utilidade pública; Lei nº 4 132, de 10.9.62, disciplinadora da desapropriação por interesse social; Lei nº 4 686, de 21.6.65, que introduziu a correção monetária do valor apurado nas avaliações; Decreto-lei nº 554, de 25.4.69, dispondo sobre desapropriação, por interesse social, de imóveis rurais, para fins de reforma agrária; Decreto-lei nº 1 075, de 22.1.70, regulando a imissão *initio litis* em imóveis residenciais urbanos; Lei nº 3 833, de 8.12.60, sobre desapropriações por utilidade pública para a execução de obras no polígono das secas), cujos princípios fundamentais bem poderiam estar codificados, com vistas àquela indispensável *unidade do sistema* apontada por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho a qual, a seu ver, nos reconciliaria com as normas de direito comparado e com as razões normativas que levam o Estado à desapropriação. Por outro lado, "pontilhadas de divergências doutrinárias e de caráter processatório, as diferentes leis atualmente vigentes estão a exigir disposições harmônicas e mais consentâneas com a natureza conceitual do fenômeno da desapropriação".[18]

O Congresso faria, pois, obra valiosa e oportuna, elaborando nova disciplina geral das desapropriações por necessidade ou utilidade pública, e não apenas por utilidade pública como está no diploma em vigor, a fim de abranger todas as condições da limitação posta pelo direito social de desapropriar ao direito individual de propriedade, excluída, já se vê, qualquer pretensão de coartar a função constitucional da magistratura *no processo expropriatório.*

O poder administrador jamais se enfraquecerá pelo reconhecimento da soberania judicial, desde que esta decorra da vontade da lei fiel à Constituição. *Dentro da lei a força de qualquer governo sério é incomensurável.*[19]

[18] Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. *Desapropriação na doutrina...* op. cit. p. 522.
[19] Barbosa, Rui. Discurso no Senado, sessão de 6.11.1897. In: *Obras completas.* v. 24, t, p. 174.

CONCLUSÕES

1. O regime da lei anterior não impedia o exame judicial das condições da necessidade ou utilidade pública das desapropriações, embora dispositivo regulamentar o tivesse feito. A jurisprudência dos tribunais refletiu essa insegurança, tendo havido acórdãos, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que, diante da garantia constitucional do direito de propriedade, admitiram a inconstitucionalidade daquela proibição.

2. Na vigência da Carta Outorgada de 1937, a lei ordinária (decreto-lei) expressamente impediu que no processo da ação expropriatória se discutisse qualquer outra matéria, além do preço da indenização e de nulidades processuais. Ainda mais: tornou definitiva a incorporação do bem expropriado à Fazenda Pública, proibindo-lhe a reivindicação, mesmo fundada em *nulidade* do processo expropriatório e convertendo em perdas e danos qualquer ação julgada procedente.

Tais proibições colidem com a garantia da propriedade prescrita na Constituição, a qual converteu as condições da necessidade ou utilidade pública numa *questão constitucional,* o conhecimento de cujas implicações compete imediata, direta e exclusivamente ao Poder Judiciário, no sistema federativo de supremacia da Constituição, sem possibilidade lícita de interferir o legislador ordinário no exercício dessa função soberana.

3. Por outro lado, a Constituição Federal, a partir de 1946, criou a tutela plena dos direitos individuais contra todas as formas de lesões, encarregando ainda o Poder Judiciário de exercê-la, igualmente sem que contra isso possa prevalecer qualquer disposição de lei. Logo, duas vezes tem apoio na Constituição (um virtual, outro expresso) a pretensão de pedir, *no processo expropriatório,* que o Juiz conheça de *alegado abuso de poder ou desvio de finalidade* da autoridade editora do ato declaratório da necessidade ou utilidade pública, para restabelecer direito individual lesado.

4. Por todo o exposto, inclinamo-nos pela necessidade de uma codificação das leis sobre o instituto da desapropriação por *interesse público* (locução na qual, segundo Seabra Fagundes, se traduz nas várias legislações a dupla condição da *necessidade* ou *utilidade pública* do expropriamento), a fim de atualizá-las, unificá-las e pô-las em consonância com a nova realidade constitucional, os avanços da doutrina e a evolução da jurisprudência.