A IMPORTÂNCIA JURÍDICO-POSITIVA DO REGRAMENTO EXPROPRIATÓRIO*

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO**

A lei brasileira de 1941 e a lei argentina de 1977. Art. 5 do Decreto-lei 3 365, de 1941. Desvio de poder. Direito comparado. Utilidade pública e interesse social. Conclusões.

Tenho pensamento lógico rigidamente firmado desde que estudo a problemática expropriatária no direito brasileiro. Excetuadas algumas falhas que atingem qualquer regime de garantias jurídicas constitucionalizadas, não querendo forçar comparação entre válidas disposições normadas, ainda o nosso diploma de 1941 é sob certos aspectos positivos informadores superior inclusive à recente lei argentina de 1977.

Não se pode admitir, examinando o Decreto-lei nº 3 365 e as demais leis depois surgidas, que a orientação fundamental não teve caráter jurídico determinativo, já que o art. 5º aí está para ser lido na sua ordenação regrada expositiva, na projeção dos casos que refletem fatos, na capitulação qualificadora que indica permissões legais na fixação de fins e não apenas meramente exemplificativa.

Sem dúvida há de sensibilizar o hermeneuta o princípio de lógica jurídica inserto no art. 5º explicando-se racionalmente. Que intenção teria o legislador capitulando caso por caso concretamente, senão a intenção de estabelecer limitações na vontade de expropriar, restrições no sentido programático

* Palestra proferida em Porto Alegre, no I Curso de Atualização em Direito Administrativo, coordenado pelo Instituto de Informática Jurídica, órgão da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

** Prof. da Faculdade de Direito do Paraná.

a fim de evitar o abuso de poder, a livre discrição no comportamento administrativo?

No bom entender, qualquer apreciação prudente do art. 5º não deve fugir dos textos no seu contexto, tendo em conta que a utilidade pública vem disciplinada, dando a entender que a preocupação do legislador foi com a tutela do interesse público, condicionando a função expropriatória a uma atuação ordenada ou coordenada com as finalidades previstas, nunca uma atuação que viesse a negar os exatos fins capitulados.

Nessa ordenança dogmática, a do art. 5º do Decreto-lei nº 3 365, autoridade e legalidade se completam, não aparecem como conceitos antinômicos, impedindo excessos à margem da lei, legitimando no plano jurídico a ação de expropriar através de vigiada liberdade administrativa, sem que com isso as práticas expropriatórias fiquem reduzidas nos motivos ou prejudicadas no alcance das finalidades perseguidas.

Embora rigores jurisprudenciais venham dando ao Estado como poder público uma posição de extrema supremacia, em face da lei e da ordem jurídica positiva tal privilégio administrativo acaso existente excede poderes constitucionais conferidos ou franquias legais, tão somente porque o que está dito na lei está dito para valer e não para ser contraditado pelo pensamento doutrinário e jurisprudencial.

O fundamento do afirmado reside nos casos exemplarmente capitulados da letra *a* até a letra *o* do art. 5º, sobressaindo a importância da letra *p*, que traduz adequada locução de lógica jurídica, ampliadora sem reservas das possibilidades expropriatórias e da vontade de expropriar desde que haja autorização superior como sabe ser a indispensável outorga legislativa.

Raciocinemos, trazendo à colação, porque repetir não deve cansar o hermeneuta, o que exatamente vem figurado no regramento do art. 5º, onde os casos *um* a *um* surpreendem pela especificidade, através de ordem que estabelece o regime jurídico expropriatório, uma escala de valores finalísticos consoante condições que uma vez normadas correspondem à legitimidade no poder de expropriar.

Segundo a lei brasileira, nem sempre aplicada nos seus objetivos propósitos, profundo equívoco vem mantendo perplexa a doutrina, o equívoco de que numa ação expropriatória não cabe apreciar se ocorrem ou não os casos de utilidade pública, quando o que o legislador quis dizer no art. 9º é que outros casos não podem ser inventados ou que o Judiciário não pode discutir a regrada ou ordenada utilidade.

Não há na lei brasileira um só instante em que acoberte o desvio de poder ou de finalidade, protegendo o ato declaratório irregular ou a consumação de desapropriação ilegal pelos efeitos não permitidos. Nossos tribunais, ficando numa interpretação restrita das ordenanças legais, ao invés de fixarem-se nos casos procuram não envolver a intenção pública e nem a legitimidade da gestão administrativa.

De outra face, quando se afirma na lei que a contestação deve versar matéria de preço ou a indenização, evidentemente que o que está sendo considerado é a desapropriação legal e não a ilegal, aquela ação fundada no regramento expropriatório, já que a declaração terá de atender, como ato administrativo que é, a vinculação do ato à finalidade para que tal ato não se torne em ato de simples arbítrio.

Ninguém nunca sabe quem se faz dono do poder no exercício da função administrativa. Daí porque a posição no direito positivo esclarece que "'nenhuma desapropriação deve ser praticada, por claro imperativo constitucional, sem uma causa de utilidade pública, qualificada por lei".[1]

Pois bem, entre nós no Brasil, as causas que decorrem do imperativo constitucional estão qualificadas na lei. Não só prepondera a existência da utilidade pública, mas a sua caracterização na legislação pertinente. Melhor verificando, a *causa* tem suporte constitucional. Melhor examinando, a *utilidade*, condicionamentos legais. Indispensável é, portanto, que entre a causa e a utilidade equilibre-se o poder de expropriar.

Sinceramente, sem veleidades críticas, não obstante o Decreto-lei nº 3 365 esteja a exigir reparos conceituais e atualização em alguns preceitos, no tocante à capitulação dos casos expropriatórios constitui documento mais avançado que o citado diploma argentino, nascido da Lei nº 21 499 de 21.1.77.

Num regime de garantias jurídicas constitucionalizadas, onde a propriedade assume colocação ímpar e prioritária, sem dúvida que a utilidade pública deve vir qualificada. Não como abstrato fundamento da desapropriação (Argentina, Lei nº 21 499, art. 1º) e nem como resultante da indeterminada satisfação do bem comum.

A rigor, já pela tradição, a finalidade, o *objeto* da desapropriação é o ponto sensível do direito constitucionalmente protegido, como acontece com o direito constitucionalmente protegido, como acontece com o direito de propriedade. A conexão entre o objeto anteriormente apontado e a utilidade

[1] Villegas, A. W. *Regime jurídico de la expropriación*. Buenos Aires, 1973. p. 34.

pública constitui uma unidade orgânica capaz só ela de legitimar a perda de bens particulares.

Drástico demais, porque demasiado amplo, o "objeto expropiable" na recente lei argentina (art. 4º), tendo em apreço que "podem ser objeto da expropriação todos os bens convenientes ou necessários, qualquer que seja a sua natureza jurídica, pertençam ao domínio público ou privado, sejam coisas ou não".

Como quem pode dizer da conveniência ou da necessidade é a própria administração, a declaração da utilidade pública faz ato semelhante ao discricionário, duvidosa atitude subjetiva inatacável, posição possível de gerar o arbítrio conseqüente do livre poder de expropiar, afetando por longo tempo direitos até então apenas susceptíveis de expropriação.

Em verdade, no direito tradicional e comparado, duas situações preocupam o pensamento doutrinário:

a) uma que diz respeito com a reparação dos prejuízos, ou seja, com a justa compensação indenizatória;

b) outra referente ao objeto da desapropriação, isto é, com os motivos que levam à exceção constitucional.

No tocante ao objeto,[2] a doutrina mantém cautelas no sentido de evitar falsos pressupostos públicos.

Por essa razão, no meu estudo,[3] procurei a unidade entre as causas, os casos e o processo, analisando diante da imposição legal a legitimidade e a legalidade, para deixar afirmado que "o poder desapropriante não se torna ilimitado e nem de plano extensivo", em face das regras estabelecidas, das normas de procedimento administrativo.

Como a potestade expropriatória justifica-se *in causae* pela faculdade que lhe dá a lei,[4] a *causae expropriandi* depende de uma norma que a tipifique, do chamado interesse público qualificado, da natureza do ato administrativo próprio quando regrado.

Aliás, sobretudo no direito brasileiro, temos de distinguir a atividade regrada da atividade discricionária, ponto de atenção de suma importância para

[2] Veja Franco, Bartolomei. *L'éspropriazione nel diritto pubblico*. Milão, 1965; Josse, Louis P. *Les travaux publics et l'expropriation*. Paris, 1958; Canasi, José. Tratado teórico e practico de la expropriación. Buenos Aires, 1967.

[3] Veja Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo, 1977. cap. 3.

[4] Veja Garcia de Enterria. *Ley de expropriación forzosa*. Madrid, 1954.

qualquer tipo de ação pública,[5] sem o que o poder de expropriar assume potestade inexistente na origem constitucional.

Nem tudo faz utilidade pública, nem tudo constitui interesse social. Considerando que a propriedade privada é um direito natural, um direito que emana da natureza humana, um direito que parte da lei natural,[6] natureza, direito e lei harmonizam as causas com os meios e os fins com os ordenamentos jurídicos positivos.

Temos assim na lei uma espécie de regra ou medida que orienta a vontade e dita as operações expropriatórias. Direito individual personalizado, nem mesmo na sua função social a propriedade desaparece em razão do arbítrio público subjetivo. Estável e permanente, não meramente formal no direito, para ser retirada da pessoa, exige causas que identifiquem a atuação estatal com a norma jurídica.

No direito brasileiro, o que precisamos quanto ao conhecimento da lei é de um entendimento coerente que, apreciando os casos (art. 5º), não limite a contestação (art. 20) nas hipóteses ocorrentes de excesso no ato declaratório. Os requisitos inscritos na lei para o exercício expropriatório constituem preceitos que compatibilizam os fatos com a norma e obrigam o poder administrativo.

Não fosse a inviolabilidade da propriedade uma das garantias constitucionais, poderíamos então pensar de maneira diferente, deixando o poder público livre para intervir ou para qualificar tanto a utilidade pública como o interesse social. A exigência da necesisdade, da utilidade ou do interesse social, imposta pela Constituição (art. 153, § 22) como motivo causal da desapropriação remete o hermeneuta à lei e ao adequado regramento expropriatório.

Observem que, quando está em jogo o interesse social (Lei nº 4 132/62, art. 2º), os casos chegam definidos, ordenados numa ordem de fins qualificadores, deixando o Estado sem amparo legal para promover desapropriações à margem de situações concretas devidamente explicitadas e rigorosamente capituladas.

O vocábulo *utilidade*, como as palavras *interesse social*, no direito brasileiro não encerram intenções abstratas, propósitos não definidos. Pelo contário, posicionam e alcançam situações juridicamente figuradas, conceitos di-

[5] Veja Cuesta, Entrena. *Curso de derecho administrativo*. Madrid, 1970.

[6] Veja Riesle, Hector. El derecho de propiedad privada como derecho natural. *Revista de Derecho Público*, Santiago do Chile, (17), 1975.

mensionados que permitem a desapropriação, conceitos exatos diante dos casos e dos fins.

A locução *utilidade pública,* à semelhança da expressão *interesse social,* compreende representações fáticas, uma clareza de conteúdo que não aceita variações, numa evidente prova de que a faculdade outorgada pela Constituição, e que depois vem na lei, não é nunca ilimitada. Os permissivos expropriatórios não se fazem genéricos, mas sim exemplarmente determinados.

Poder ou faculdade concorrente, que os estados federados e os municípios podem exteriorizar, na unidade do direito federal brasileiro a efetivação das desapropriações não pode senão processar-se segundo regras conseqüentes legais afetando os *casos* previstos, as situações categóricas enumeradas através da clareza de reais indicações exatamente figuradas.

Já que a qualificação, a enumeração taxativa dos *casos* constitui uma faculdade exclusiva do legislador, não compete à administração criar outras situações que não as legisladas, ampliando assim a intervenção no domínio privado, tornando assim duvidosa a legitimação na afetação de bens ou na individualização do objeto.

Em razão do exposto, destaque-se novamente, pela importância do conteúdo, a inteligência do firmado na letra *p* do art. 5º do Decreto-lei nº 3 365, quando fala nos "demais casos previstos por leis especiais". Apresenta-se, tal disposição, apesar dos casos especificados, com o caráter de extensão. Dando ao poder público, quando necessário, condições normais de expropriar bens não mencionados no diploma expropriatório.

Todavia, a matéria envolvendo o Poder Legislativo supre possivelmente as limitações legais expressas. Alargando em favor do Estado a tomada de medidas que legitimem a afetação de outros bens fora dos enumerados. Evitando, por força de autorização legislativa, a discrição administrativa e o livre arbítrio nas decisões governamentais.

Considero, no direito expropriatório, bastante saudável uma preposição como essa da letra *p* do art. 5º, levando à procedêncja iudicial ações expropriatórias antes não previstas. Tudo sem quebra da legalidade ou infringência daqueles princípios que regulam o ajuizamento das demandas, da legitimidade do atuar diante de objeto não incluso nas categorias de bens indicadas.

Se a propriedade somente pode ser tomada mediante desapropriação, quando se tira do titular um direito patrimonial, está claro que se está expropriando um direito. Por isso a lei é indispensável na sua aplicação, não

apenas o simples ato declaratório. Uma lei, na hipótese brasileira, que suprindo outra não prejudique a salvaguarda dos direitos.

No meu entender fazem *leis especiais*: a Lei nº 3 833, de 8.12.60, criando regime de desapropriação para a execução de obras no Polígono das Secas; a Lei nº 4 132, de 10.9.62, definindo os casos de desapropriação por interesse social; o Decreto-lei nº 554, de 29.4.69, dispondo sobre desapropriação por interesse social de imóveis rurais para fins de reforma agrária; o Decreto-lei nº 1 075, de 22.1.70, regulando a imissão de posse *initio litis* para imóveis residenciais urbanos.

Como se vê, não há motivo para uma atuação administrativa divorciada do regramento expropriatório, quando na própria lei básica que é o Decreto-lei nº 3 365, tem o poder público todos os elementos para atender às necessidades de obras ou serviços. Num regime como o nosso, buscar a nova lei para os casos não previstos, nada há de estranho ou que possa perturbar legítimos planos governamentais.

O que leva, não raras vezes, o Estado a desprezar disposições expressas reside no mau entendimento do art. 9º como do art. 20, o primeiro com respeito à vedação que se impõe ao Poder Judiciário e o segundo no tocante à contestação que "só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço".

Quando porém o legislador pronunciou tais circunstâncias processuais não estava naturalmente legitimando desapropriações irregulares ou de causas ilegítimas, mas apenas admitindo atos declaratórios regulares diante da lei e da norma, já que a desapropriação como ação vincula a justiça e as partes na relação processual.

A colocação correta não é outra que esta: recebido e ajuizado o pedido expropriatório, tendo por fundamento o art. 13 do Decreto-lei nº 3 365, a verificação da legitimidade ou da legalidade tem suporte nas seguintes exigências de conteúdo jurídico:

a) de saber se é ou não competente a autoridade que lavrou ou assinou o ato-decreto expropriatório;

b) de saber se o ato-decreto, ou a declaração expropriatória, corresponde a um dos casos previstos;

c) de saber se não havendo apoio no art. 5º, vem o ato-decreto motivado por lei especial;

d) de saber se o bem desapropriado resulta de plano administrativo e está vinculado ao objeto da desapropriação.

Alhear o Poder Judiciário desse exame, quando a ilegitimidade ou a ilegalidade apresentam-se flagrantes, será o mesmo que aceitar a violação do direito de propriedade, permitindo à administração agir discricionariamente, fora dos pressupostos legais estabelecidos, distante das regras pertinentes que constituem um sistema no ordenamento jurídico positivo.

Todo e qualquer tipo de desapropriação, na sua categoria e em face do objeto, conduz aos *casos* exemplarmente capitulados. Jamais será lícito, nem legal, o poder administrativo exceder-se, quaisquer que sejam as circunstâncias. Não pode o Executivo ordenar uma desapropriação[7] "sem a existência de uma lei que o autorize de forma expressa".

Ação de caráter *real*[8] a desapropriação subordina o Estado a obrigações também reais, como sejam:

a) de acatamento dos princípios constitucionais no tocante à fixação dos valores ajustáveis ao objeto, isto é, dos valores que na realidade econômica refletem a posição da coisa expropriada;

b) de atendimento da legislação específica peculiar quando estabelece normas considerando a situação do bem afetado e os riscos que alcançam o expropriado com a perda da coisa;

c) de procedimento adequado aos fins nos aspectos processuais desde que a lei explicitou casos e precisou causas, não deixando às partes aberturas que fomentem violação das garantias.

É do nosso entendimento que nenhum outro tipo de administrativo merece tanta perfeição como aquele que declara a desapropriação,[9] bastando "sua natureza constitucional para que a atividade administrativa se desenvolva revestida de exata dimensão normativa, ou seja, sem discrepâncias entre a norma e os efeitos jurídicos".

Quando, por exemplo, a lei diz o que se pode desapropriar, *ipso fato* está também dizendo o que não é passível de desapropriação. Daí o relevo da letra *p* do art. 5º do Decreto-lei nº 3 365. Os limites permanecem no direito brasileiro, embora a providência da lei especial abra novas perspectivas no sentido de uma maior avaliação do interesse público.

O problema expropriatório, quer na Constituição ou quer na lei, é concreto e tangível. Não expõe o particular aos riscos do arbítrio e não permite

[7] Veja Silva Cimma. *Derecho administrativo chileno y comparado*. Santiago, 1962. v. 1, p. 49.
[8] Veja Villegas, A. Walter. op. cit. p. 56-69.
[9] Veja *Do mandato de segurança nas desapropriações*. São Paulo, 1976.

estravagâncias administrativas que gerem situações ilícitas, senão ilegítimas. Na lei, obediente à Constituição, reside o equilíbrio jurídico. Tornando a possível coação legal, na perda forçada da propriedade, em ato público legitimado.

A questão equacionada, ao que vemos, não consiste em construir teorias em torno do interesse público para nelas ou através delas justificar o ato administrativo declaratório equivocamente posto perante à lei. Para as questões de índole expropriatória, fundadas na legislação positiva, o fato-causal é que valida o ato de autoridade.

O erro e a ilegalidade, quando juntos ou não, conduzem aos complexos problemas de má e não de boa administração,[10] atingindo o princípio da responsabilidade que deve reger todas as relações éticas e jurídicas para a segurança das instituições.

Não se pode, em matéria expropriatória, destacar o "princípio da intangibilidade da obra pública",[11] esquecendo "princípios tão ou mais importantes, como sejam os da garantia da propriedade e o da legalidade na administração".

Desmerecendo os últimos, isto é, o da propriedade e o da legalidade,[12] "olvidados esses princípios e maximizado o da intangibilidade da obra pública, quebra-se a harmonia do sistema jurídico e passa-se a admitir como regular o que na verdade é esbulho, via de fato administrativa".

Melhor clareando:

a) nas desapropriações, o fato e o ato, a vontade e o fim constituem uma mesma unidade substancial;

b) a utilidade pública ou o interesse social devem vir adequados ao fim legal qualificado.

Todos sabemos que só depois de "preenchidos os requisitos legais, o expropriante adquire domínio, no momento em que, supondo-se a declaração regular",[13] a indenização é cumprida e legitima-se a relação processual.

Do ato expropriatório, caracteristicamente administrativo na espécie, surte lesão quando:

a) vulnere a relação jurídico-constitucional com a violação formal da norma objetiva;

10 Veja Pereira, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no ato administrativo*. Lisboa, 1962.
11 Veja Lopes, Gilberto Siqueira. A desapropriação e as limitações do direito à propriedade privada. *RDA, 26*, 1964.
12 Veja Id. ibid.
13 Veja Cretela Júnior. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1972. v. 9, p. 113.

b) infringe a lei, tocado de incompetência, vício de forma ou defeituosa qualificação;

c) não respeite disposições administrativas com força legal levando a resultados ineficazes.

Não há como não entender que, num processo de desapropriação,[14] "se conforme a lei o Poder Judiciário limitar-se-á ao exame extrínseco e formal do ato expropriatório". A lei, contudo, é que dá sustentação à promoção judicial.

A via autônoma, da ação direta (art. 20), claro que envolve o controle da legalidade, não obstante o controle poder exercitar-se da propositura da ação nas hipóteses de impedimentos quanto aos fins, de competência ou de caducidade. Jamais o suporte constitucional originário poderá justificar o descumprimento das normas legais e processuais sem prejuízo da ordem jurídica constituída.

Entendo que é chegado o momento de dar unidade, uniformidade de sistema às leis expropriatórias, tantas e tão variadas são as hoje incorporadas ao direito brasileiro, a fim de que o instituto ganhe normatividade administrativa consentânea e adquira formas processuais de sentido finalístico, atendendo:

a) as transformações sofridas pelo direito público e em conseqüência pelo direito administrativo;

b) as novas práticas de processo civil no que dizem respeito com a natureza da ação expropriatória.

Estamos a conhecer que o direito público, em decorrência da ampla atividade estatal, consagrando o intervencionismo nos diversos planos da vida social, não pode deixar de armar a administração dos instrumentos capazes de realização do bem comum.

Todavia, as transformações alcançadas não alteram as posições de defesa dos direitos pessoais ou individuais. A experiência histórica demonstra[15] que as conotações refletem o problema de lei, o equilíbrio entre o público e o privado, a harmonia entre o social e o particular, situações jurídicas sensíveis que mandam proteger a propriedade.

Na problemática jurídica, a vontade expropriatória e a declaração administrativa, não correspondendo ao mandamento constitucional ou às reco-

14 Veja Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo, 1978. p. 561.
15 Veja *Do mandado de segurança nas desapropriações*. op. cit. cap. A fonte romana, p. 8-10.

mendações legais, produzem a ilegitimidade ou então a ilegalidade. A cautela reside, precisamente, nos sistemas jurídicos, em resguardar o direito do particular embora haja a premência do interesse público.

No tocante à matéria administrativa ou ao processo judicial, dois princípios de submissão continuam inatingíveis:

a) o princípio de submissão da administração à ordem jurídica ou ao direito;

b) o princípio de submissão do ato administrativo às determinações regradas na lei.

Já que a política marca os fins e a administração escolhe os meios,[16] os fins e os meios devem ser os *jurídicos*. O poder administrativo não age ao sabor de soluções públicas não programadas. Protege-se a si próprio ante a iminência do processo judicial ou em face do controle jurisdicional.

A tese discutida, do regramento nas desapropriações, é a da qualificação por lei. Funda-se na correta aplicação da norma legal. Na exação com respeito ao objetivo público pretendido, na legitimidade e na legalidade do ato declaratório. Do contrário falecem todos os sistemas jurídicos de asseguradas garantias constitucionais.

[16] Fos, Garcia Trevijano. Princípios jurídicos de organización. Madrid, 1957. p. 281.