PARECERES

DESAPROPRIAÇÃO — DESVIO DE PODER — JURISDIÇÃO

— É nulo, por desvio de poder, decreto de declaração de interesse social, para reforma agrária, quando está sub judice *ação anulatória de reclassificação do imóvel, que é requisito essencial ao ato expropriatório.*

PARECER

CONSULTA

A consulta cogita do cabimento de mandado de segurança interposto contra ato expropriatório de propriedade rural, expedido a título de reforma agrária.

O bem declarado de interesse social, antes reconhecido como imóvel rural, foi recadastrado, à revelia do proprietário, como latifúndio em exploração.

Em verdade, o imóvel em causa atende a plano de reflorestamento a que, por lei, está obrigada a empresa controladora da consulente, sociedade metalúrgica consumidora de carvão vegetal.

Contra ato de reclassificação do bem rural em apreço, a consulente requereu, primeiramente, medida cautelar e, em seguida, propôs ação ordinária anulatória da alteração cadastral do imóvel.

Constituída a lide, com a contestação e ainda em curso a ação anulatória, sobreveio o Decreto nº 98.014, de 2 de agosto de 1989, declaratório do interesse social para fim de reforma agrária.

Sustenta a impetrante, como fundamento do mandado de segurança, que a superveniência do ato expropriatório no curso da lide importa desrespeito ao Poder Judiciário, tornando inócua a prestação jurisdicional que venha a ocorrer, anulando o recadastramento do bem e, conseqüentemente, restaurando sua classificação como imóvel rural, que é impeditiva da pretendida desapropriação.

Alega que, na hipótese, o ato declaratório tem finalidade ilícita, visto que, mediante a desapropriação, cuida-se de impedir a eficácia da proteção jurisdicional postulada na ação anulatória, diante da irretratabilidade do pretendido parcelamento como execução da reforma agrária.

Entende ainda que, dessa forma, está caracterizado o desvio de poder expropriatório, a importar em eiva de ilegalidade do ato.

Ademais, a perda da propriedade impedirá a empresa controladora de cumprir obrigação legal de manter reflorestamento, que é requisito essencial ao exercício regular da atividade econômica a que se dedica.

Diante destes fatos, formula os seguintes requisitos:

1º) em face do exposto, é válido o ato expropriatório, iniciado com a declaração de interesse social, emitida com apoio em reclassificação unilateral do imóvel rural que passou a ser cadastrado como latifúndio em exploração, quando esse ato administrativo é contestado em ação ordinária em curso, na qual se postula sua anulação?

2º) o exercício do poder expropriatório, tal como descrito, que visa elidir o objeto da lide (restauração da propriedade como imóvel rural) caracteriza modalidade de desvio de poder?

3º) estando o imóvel em causa utilizado para cumprimento de obrigação essencial, relativa ao reflorestamento que, por lei, incumbe à sociedade controladora da consulente, o ato expropriatório importa em obstáculo ao regular exercício da atividade econômica?

4º) qual a relação entre a sociedade controladora e sua subsidiária, no tocante à matéria?

5º) a via do mandado de segurança é idônea para a garantia da lide constituída na ação anulatória?

6º) a consulente é parte legítima para postular a anulação do ato expropriatório, sob o fundamento invocado?

PARECER

I

OBJETO DA CONSULTA

A consulta questiona a legalidade da declaração expropriatória de fazenda de propriedade da consulente, utilizada para atender a obrigação legal que empresa controladora, da qual é subsidiária, está sujeita a cumprir por motivo de consumo de carvão vegetal necessário à sua atividade como indústria de siderurgia.

A obrigação está prevista no art. 21 do Código Florestal (Lei nº 4.771/65), que assim dispõe:

"Art. 21. As empresas siderúrgicas, de transporte e outras, à base de carvão vegetal, lenha ou outra matéria-prima vegetal, são obrigadas a manter florestas próprias para exploração racional ou a formar, diretamente *ou por intermédio de empreendimentos dos quais participem*, florestas destinadas ao seu suprimento" (grifo nosso).

Mediante a exploração de floresta de propriedade da subsidiária (portanto, empresa de que participa) a sociedade controladora tem assegurada a continuidade de sua produção industrial, da qual o combustível vegetal é insumo indispensável.

Em virtude dessa vinculação, a floresta em causa tem como requisito funcional precípuo a permanência de sua classificação como imóvel rural, a ela atribuída, nos termos da lei própria.

Todavia, em ato unilateral a que o proprietário ficou alheio, o órgão de controle decidiu recadastrar o bem como latifúndio em exploração, embora o proprietário insistisse e demonstrasse o *animus* da exploração, como tal reconhecido em manifestações de órgão competente.

Opondo-se à reclassificação feita à sua revelia, a consulente ingressou em juízo com ação anulatória do ato de recadastramento e, contestada a inicial, consolidou-se a lide (art. 267, § 4º, e 303 do CPC), pendendo de julgamento, a que tem direito, o mérito da pretensão.

Nada obstante, foi expedido decreto declarando a utilidade social do bem — sobre o qual versa o litígio judicial — para efeito de reforma agrária que, a ser executada, tornará imprestável a propriedade para o uso a que está destinada pelo proprietário.

Inconformada, a consulente interpôs mandado de segurança no qual pleiteia a nulidade da declaração expropriatória, sob o fundamento de que a real finalidade do ato consiste em obstar a prestação jurisdicional requerida na ação ordinária anulatória.

O exercício do poder expropriatório, na hipótese, importa mudança substancial e irreversível na *situação de direito sub judice*, posto que, consumada a transferência do domínio, não mais se possibilita restaurar a correta classificação do bem, de que o autor terá perdido a propriedade. A utilização, que é elementar à atividade industrial da controladora, estará materialmente interditada pelo domínio público e, ainda, pelo uso que o ato expropriatório visa implantar, com o parcelamento de que se irá revestir a medida de reforma agrária.

A matéria da consulta e o atendimento aos quesitos propostos exigem, como premissas

necessárias, a prévia definição de questões essenciais, que passamos a examinar.

II

VINCULAÇÃO DO IMÓVEL À ATIVIDADE INDUSTRIAL DA EMPRESA CONTROLADORA

A fazenda em referência não é uma propriedade rural qualquer.

Destina-se, comprovadamente, a uma típica exploração agrícola que, por sua natureza permanente, se enquadra no conceito legal de *imóvel rural*, impeditivo da pretendida desapropriação.

A sua reclassificação como *latifúndio em exploração* (que abre margem à incidência da reforma agrária) é forma maliciosa e oblíqua de impedir o prosseguimento da lide, elidindo a pretensão, que é objeto da ação ordinária anulatória.

Não importa o juízo que a Administração Pública possa fazer quanto à legitimidade do recadastramento a que espontaneamente procedeu. A validade do ato administrativo de reclassificação está *sub judice* e à instância judicial competente caberá o exame da procedência, ou não, do pedido da autora.

Não se cuida, no mandado de segurança, de apreciar *matéria de fato* com respeito à adequação, ou inadequação do ato de transferência do imóvel para a categoria de latifúndio em exploração, sem o qual não poderá sobre ele recair a prática da reforma agrária e, portanto, a declaração de sua utilidade social para esse fim.

Até que se tenha exaurido a lide, constituída sobre essa questão, não poderá obviamente a Administração Pública exercitar poder expropriatório em modalidade que pressupõe a liberação do imóvel, submetida ao controle do Poder Judiciário.

Não se trata — insista-se — da *apreciação de matéria de fato* ou de *exame de provas*, a serem feitas no âmbito da ação ordinária anulatória.

O remédio mandamental é pedido precisamente para garantir a lide por essa forma constituída, de modo a que a jurisdição possa manifestar-se definitivamente sobre o pedido da autora. A desapropriação iniciada com a fase declaratória conduzirá, como assinalado, à transferência do domínio e, *a fortiori*, à extinção da ação.

Em suma: está em causa, no mandado de segurança, específica *matéria de direito*, pertinente à garantia do direito de ação.

III

CONCEITO DE DESVIO DE PODER

Os atos administrativos estão vinculados ao princípio de legalidade, mediante o qual se afirma, no estado de direito, a limitação do poder e a supremacia da lei. Tanto a Administração Pública como a particular, embora não se encontrem em plano de igualdade (o direito administrativo, na conhecida qualificação de Hauriou, é o direito de pessoas desiguais) estão condicionados, em sua conduta, pela imperatividade das normas jurídicas. Mesmo as prerrogativas da Administração, que lhe facultem processos unilaterais e compulsórios de ação, emanam sempre da lei, e no seu âmbito são exercidas.

Observei em trabalho anterior:

"Deve o administrador gozar de uma área de competência ampla, dentro da qual possa agir com desenvoltura. Ao controle de legalidade incumbe, porém, o patrulhamento das fronteiras, de modo a vedar as excursões abusivas e manter o poder discricionário em seus domínios legítimos. No plano jurídico, a administração funciona sob um regime de liberdade vigiada: tudo lhe é permitido fazer em benefício do interesse público, salvo aquilo que ofenda à lei. A noção de legalidade fiscaliza a atividade discricionária, sem nela interferir, a não ser quando exorbitante" (Tácito, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1975. p. 25).

A noção de legalidade abrange, primeiramente, a regra de competência, que atribui à autoridade um determinado poder ou capacidade de agir, em nome do Estado. A lei especifica o grau de competência, que não se presume, nem se concebe em termos absolutos. Não há, em matéria administrativa,

competência geral ou universal; por mais ampla que seja, ela é sempre qualificada e oriunda de uma previsão legal. Como dissemos, no já referido ensaio, "não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador" (op. cit., p. 26).

A competência é, em suma, o elemento da *capacidade* que, a par da licitude do *objeto* e da *forma*, completa a validade dos atos jurídicos em geral, tal como enunciado no art. 82 do Código Civil.

Não se esgota, porém, nesses elementos externos a noção de legalidade dos atos administrativos. O administrador não gere interesses próprios ou particulares; ele é titular de atribuições que lhe permitem cuidar de interesses coletivos e a sua conduta é determinada por antecedentes objetivos que a inspiram e condicionam. A autoridade competente não atua no vácuo: ela age em função de aspectos de fato ou de direito que determinam as suas deliberações. O ato administrativo mantém nexo de causalidade com os *motivos determinantes*, cuja efetiva existência se torna, assim, condição de legalidade.

"Não basta, porém, que a autoridade seja competente, o objeto lícito e os motivos adequados. A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não é lícito à autoridade valer-se de suas atribuições para satisfazer a interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado" (op. cit., p. 28).

A *finalidade*, que a lei designa, é, portanto, outro elemento essencial de legalidade de atos adiministrativos, conforme a lição comum dos doutrinadores no direito brasileiro, como no direito comparado.

Depõe Hely Lopes Meirelles no sentido de que "não se compreende ato administrativo sem fim público (...). A finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substtiuir a indicada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos. Nesse particular, nada resta para escolha do administrador, que fica vinculado integralmente à vontade legislativa" (Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. 1989. p. 128-9).

No mesmo diapasão opina Celso Antonio Bandeira de Mello:

"À lei não é indiferente que se use para perseguir dado escopo, uma ou outra competência. Cada qual tem seu destino certo. Cada "poder" — que uma competência administrativa exprime — nada mais é que a face reversa do dever específico de implementar certa finalidade legal. Mesmo quando se trata de buscar um objetivo juridicamente qualificado como prestável, cumpre fazê-lo pelo meio definido pela lei como a via idônea para chegar a tal fim" (*Revista de Direito Administrativo*, v. 172, p. 7).

A lição clássica de Roger Bonnard já adotava esse entendimento, quando assim fixava a vinculação do ato administrativo ao fim legal e obrigatório:

"En matière de but, il n'y a jamais pour l'administration un pouvoir discrétionnaire. Car il ne lui est jamais laissé pouvoir de libre appréciation quant au but à poursuivre. Le but est toujours imposé par les lois et règlement soit explicitement, soit implicitement" (*Précis de droit administratif*. 1935. p. 228).

A doutrina italiana assentou o princípio idêntico de que a *causa*, emanada da lei, integra e tipifica os atos administrativos, conforme elucida Cino Vitta:

"Poichè l'atto amministrativo è per sua natura unilaterale, genericamente esso si appogia sull'utile pubblico, ed è dottrina corrente che ciascuna categoria di atti amministrativi abbia poi la sua causa in quella particolare specie di utile pubblico che il legisllatore abbia per essa determinada" (*Direito administrativo*. 3. ed. 1948. v. 1, p. 376).

Não é outro, através das variações terminológicas, o sentido com que, no direito anglo-saxão, o poder discricionário tem como

um de seus balizamentos, o objeto (*purpose*) determinado pela lei.

Eis o depoimento autorizado de S. A. de Smith, quanto ao direito inglês:

"Discretionary powers mus be exercised for the purpose for which they were granted (...). In general, a discretion must be exercised only by the authority to which it is committed (...). It must act in good faith, must have regard to all relevant considerations, must not seek to promote purpose alien to the letter or to the spirit of the legislation that gives it power to act, and must not act arbitrarily or capriciously" (*Judicial Review of Administrative Action*. 1. ed. 1959. p. 61 e 72).

No mesmo sentido, Hood Phillip (*The Constitutionel Law of Great Britain and the Commonwealth*. 1952. p. 406).

Reaparece o mesmo conceito na literatura jurídica de língua espanhola, como — para referir um exemplo entre muitos — poder-se-á encontrar no trecho seguinte de Sayagués Laso:

"(...) los órganos de administración se encuentran en una situación de *deber*, para cumplir la cual el derecho les asigna determinados *poderes jurídicos*. Por lo tanto, al ejercer dichos poderes han de guiar-se por el *fin propio* del servicio a su cargo, prescindiendo de toda idea extraña que pueda desviarlos de su linea de conducta natural (...). (*Tratado de derecho administrativo*. 1953, v. 1, p. 449).

Seria interminável o rol de citações com que poderíamos abonar a compreensão universalmente aceita de que o respeito à finalidade legal — expressa ou implicitamente contida na norma de direito — é condição essencial de legalidade dos atos administrativos.

A doutrina, a jurisprudência e até mesmo a lei brasileira (Lei nº 4.717/66, art. 2º, alínea *e*) já incorporaram essa concepção, com que se aprimorou a garantia das pessoas privadas — naturais ou jurídicas — contra as formas mais sutis de deturpação da legalidade administrativa.

A inobservância, pelo agente administrativo, do fim específico a que a lei endereça o exercício de sua competência, é causa de nulidade do ato administrativo, a ser declarada na própria instância administrativa, ou pela via judicial.

O uso da competência para a prática de ato que não visa alcançar a finalidade legal, mas, sob a aparência de fazê-lo, pretende realmente servir a outro fim, caracteriza uma espécie peculiar de *vício* do ato administrativo. Como, nessa hipótese, a manifestação de controle jurisdicional, foi o famoso aresto reção diversa daquela que o legislador concebeu e, portanto, *se desvia* do alvo legal, a jurisprudência do Conselho de Estado da França — através da qual se construiu essa modalidade específica de recurso por excesso de poder — batizou-a com o nome, pelo qual se tornou conhecida, de *détournement de pouvoir*, ou, em vernáculo, *desvio de poder*, ou ainda, *desvio de finalidade*.

A primeira decisão do tribunal administrativo francês, homologada pelo Imperador, que se constitui como semente dessa figura de controle jurisdicional, foi o famoso aresto no caso Lesbats, emitido em 25 de fevereiro de 1864 e confirmado por outra decisão de 7 de junho de 1865. Anulando ato do prefeito de Fontainebleau que, no uso do poder de polícia, negara autorização ao recorrente para o ingresso de suas viaturas no pátio da estação de estrada de ferro, a fim de servir aos passageiros que desembarcavam, caracterizou a decisão judicial que o objetivo do ato administrativo não era, como devia ser, o fim daquela competência discricionária — o atendimento satisfatório dos usuários —, mas em verdade o de garantir a outro transportador, já autorizado, o monopólio do serviço (ver: Welter, Henri. *Le controle juridictionnel de la moralité administrative*. 1929. p. 161-4).

Henri Ebren, na monografia que dedicou ao tema, no início do século, assinalou a originalidade dessa criação do mais alto tribunal administrativo francês, que, penetrando na intimidade do ato administrativo, possibilitava o diagnóstico da ilegalidade subreptícia:

"Une théorie aussi ingénieuse permet d'atteindre dans l'acte administratif le vice

le plus caché et le plus imperceptible, et peut-être le plus dangereux, le détournement de pouvoir" (*Théorie du détournement de pouvoir.* 1901. p. 28).

No *détournement de pouvoir* ocorre "la substitution de la volonté personnelle de l'administrateur, à la volonté de la loi" (p. 30) e o ato intrinsecamente viciado guarda toda a aparência de regularidade, como uma fruta corrompida no seu cerne:

"Il faut donc chercher sous les *apparences* de l'acte, les causes déterminantes. Cella veut dire que l'acte *apparait* comme régulier et légalement pris; mais qu' *en realité* il est vicié par le but que se proposait l'administrateur en le prenant" (ibid. p. 36).

Mostram Duez e Debeyre a importância de que, com a repulsa ao desvio de poder, se impossibilita a "mensonge administratif":

"Le détournement de pouvoir peut se masquer hypocritement sous les motifs d'apparence correcte, mais en réalite faussement affirmés" (*Traité de droit administratif.* 1952. p. 398).

Em livro sobre os recursos contra atos administrativos nos países da Comunidade Econômica Européia, J. M. Benoit e M. Fremont fizeram estudo comparativo dos sistemas vigentes na Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Holanda. Em todos, o vício do desvio de poder é consagrado expressamente em lei (Alemanha, Bélgica, Luxemburgo e Holanda) ou na jurisprudência (França e Itália), como fundamento da ação especial de anulação dos atos administrativos, em razão da inobservância do fim próprio (Benoit, J. M. & Fremont, M. *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Économique Européenne.* 1971).

Na Itália, o *sviamento di potere* é figura de excesso de poder, relacionado à violação da finalidade legal, que permite a anulação judicial do ato administrativo (op. cit. p. 318; Virga, Pietro. *La tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Aministrazione.* 1971. p. 261).

Julio A. Prat, em completa monografia sobre o desvio do poder, após o estudo aprofundado do sistema francês, demonstrou a acolhida do instituto tanto nos países de jurisdição administrativa autônoma — como Bélgica, Itália, Alemanha, Holanda, Portugal, Suécia, Grécia, Turquia, Egito e Colômbia — mas ainda, nos de tradição judiciarista unitária — Reino Unido e EUA (Prat, Julio A. *De la desviación de poder.* Montevidéu. 1957).

A Espanha, que, segundo este autor, não acolhia o recurso com base no desvio de poder (p. 336), arrolou-o expressamente na Lei Jurisprudencial do Contencioso Administrativo de 1956 e as decisões do Tribunal Supremo sobre o tema inspiram a elaboração doutrinária (ver: Useros, Martinez. *Desviación de poder.* Murcia. 1956; Baquer, S. M. Retortillo. "La desviación de poder en el derecho español". *Revista de Administración Publica.* n. 22, p. 129, 1957;Arévalo, M. F. Clavero. *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.* 1959. v. 30, p. 105; Peña, J. Trujillo. *La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo.* 1961. v. 35, p. 153; Garcia, J. A. & Fos, Trevijano. *Acotamento cualitativo de la pretensión contencioso administrativa y desviación de poder en el sistema español vigente.* 1962, v. 38, p. 9.

No direito norte-americano, a figura de *ultra vires* tem acolhido situações correspondentes às do *détournement de pouvoir*, enquadrando-as como formas abusivas do poder discricionário (*abuse of discretion*).

Apenas para referir dois exemplos, no caso Yich Wo. *vs.* Hopkins (118 US 356-1886), a Corte Suprema revogou a proibição de construir lavanderias porque, embora em princípio discricionário, o ato revelava o propósito de discriminação racial, visto que fora negada a 200 chineses e concedida a 79 não-chineses, apenas a um deles sendo recusada. Nos termos do acórdão, é irresistível a conclusão de que "nenhuma outra razão existe, a não ser a hostilidade à raça e à nacionalidade a que pertencem os demandantes, o que aos olhos da lei não se justifica" (ver: Tribe, Laurence. *American Constitutional Law.* 2. ed. 1988. p. 1.483).

Em decisão mais atual, a Corte Suprema, no caso Kennedy Park Homes Association *vs.* City of Lackaiwann (401 US 1.010, 1971) manteve decisão que declarara inconstitucional o indeferimento de ligação de um conjunto residencial à rede de esgotos da cidade, diante da prova de que a recusa apenas visava impedir a integração racial em zona exclusivamente branca do bairro (*The University of Chicago Law Review, 39*(3):616-7).

A lei norte-americana do processo administrativo (Federal Administrative Procedure Act. 1946) prevê, entre os casos de revisão judicial, a prática de ato administrativo que se revelar "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law" (§ 706, nº 2, alínea *B. Apud* Bernard Schwartz. *Administrative Law.* Casebook. 1988. p. 890).

IV

O DESVIO DE PODER NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Não se confina apenas ao campo doutrinário a naturalização, entre nós, do *détournement de pouvoir.*

Na jurisprudência de nossos tribunais afloram casos expressivos em que essa figura teórica lastreou a anulação de atos administrativos viciados pelo uso da competência legítima para obtenção de resultado que se não compadece com a finalidade legal específica.

A decisão mais clara e precisa na invocação da teoria do desvio de poder foi a que proferiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em 28 de julho de 1948, calcada com notável voto, denso de substância doutrinária, da lavra do então Desembargador Seabra Fagundes. O acórdão, que mereceu comentário de Victor Nunes Leal (*Revista de Direito Administrativo. 14*:52-82) é o *leading case*, na jurisprudência brasileira, na matéria e se aproxima, de forma singular, da hipótese do caso Lesbasts que, como vimos, é a decisão pioneira no direito francês. Tratava-se do julgamento da legalidade do ato da Inspetoria Estadual de Trânsito que estabelecera, no uso de poder discricionário, o horário de funcionamento de empresa de transporte coletivo entre a capital e cidades vizinhas. A anulação do ato fundou-se na prova de que, em verdade, a determinação dos horários visara favorecer outra empresa, assegurando-lhe a clientela nas horas nobres da locomoção de passageiros entre as localidades, em detrimento do concorrente.

Tive ocasião de arrolar outros precedentes judiciais, em tese à livre-docência em Direito Administrativo (1951), da qual se encontra publicado um excerto, como verbete, no *Dicionário enciclopédico de direito brasileiro* (v. 16, p. 93-107).

Em acórdão de 22 de fevereiro de 1946, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, invocando a teoria dos motivos determinantes, anulou ato de demissão de servidor público que comprovadamente atendera a fins pessoais de retaliação, e não à preservação de disciplina ou da moralidade administrativa. Através do exame dos motivos caracterizou-se, em suma, o desvio de finalidade do ato (*RDA. 9:*173-183).

O Tribunal Federal de Recursos, em acórdão de 25 de setembro de 1950, anulou pena disciplinar aplicada a servidor autárquico por motivos comprovadamente políticos (*RDA. 24*:153).

O conceito do desvio de finalidade surge, ainda, como razão de decidir, em voto vencido do Ministro Rocha Lagoa, em decisão de 24 de maio de 1950, do Tribunal Federal de Recursos (*DJ* de 21.1.1951, p. 182-3) e em longo e erudito voto do Ministro Philadelpho Azevedo, em acórdão de 16 de abril de 1945, do Supremo Tribunal Federal (*RDA. 3*:199-234, especialmente a partir da p. 225). Também João Coelho Branco, como 1º Subprocurador do antigo Distrito Federal sustentou a nulidade de ato administrativo por vício de desvio de poder (*RDA. 25*:429) e, como Desembargador-Relator, em acórdão de 22 de setembro de 1958, fundamentou a anulação de ato revocatório de licença de obras no fato de que sua finalidade visava efetivamente a solução de litígio privado en-

tre condôminos do imóvel (*DJ* de 5.3.1959, p. 998).

Em diversas outras oportunidades, a Justiça brasileira, ora manifestamente, ora pela substância dos julgados, concluiu pela anulação de atos administrativos em que o endereço da manifestação de vontade contemplava finalidade estranha à que a lei prestigiava.

Tivemos ensejo de emitir parecer sobre caso singular de desvio de poder expropriatório, em que foi declarada a utilidade pública de suntuosa propriedade particular em Salvador, estado da Bahia, a título de instalar, no local, escola-parque para crianças excepcionais.

A declaração expropriatória coincidia, porém, com a transferência do controle acionário do Banco da Bahia S.A. — do qual era presidente o proprietário do imóvel — a um estabelecimento bancário paulista, contrariando a vontade do Governo estadual que propugnava fosse feita a venda de ações a um grupo financeiro local.

Entendemos, diante da comprovada insinceridade da motivação do ato, que "o móvel oculto, porém verdadeiro, da desapropriação é o punir o proprietário pelo ato de gestão de pessoa jurídica privada e pela conduta como acionista majoritário, desatendendo à solução desejada pelo Governo".

Assim caracterizado o desvio de poder, era imperativa a anulação do decreto expropriatório contaminado de vício de legalidade.

Sobre o mesmo caso e com igual conclusão opinou Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Revista de Direito Administrativo, 118*:425-37).

V

NULIDADE DA DECLARAÇÃO EXPROPRIATÓRIA

A extensa demonstração a que nos propusemos quanto ao conceito do desvio de poder como espécie de vício de legalidade dos atos administrativos e, sobretudo, o da plena recepção do instituto no direito brasileiro, autoriza-nos a concluir pela nulidade do decreto que declarou de interesse social o imóvel objeto da consulta e, por via de conseqüência, da execução do ato expropriatório.

Em verdade, a iniciativa da Administração Pública, traduzida no ato declaratório, apenas aparentemente visa o fim legítimo de implantar um programa de reforma agrária.

O efeito imediato da pretendida passagem do bem ao domínio público atinge diretamente a situação *sub judice* em que se encontra o imóvel, com o real objetivo de impedir o controle judicial do abusivo ato de recadastramento da propriedade particular.

A manutenção do processo expropriatório tem, em suma, como finalidade formalmente oculta, mas materialmente evidente, subtrair o direito da parte ao exame jurisdicional, ou seja, por via oblíqua, ofende e viola o princípio consttiucional de que não se excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, nº XXXV).

A prova da existência do desvio de poder expropriatório está manifesta na intenção implicitamente revelada pela utilização do instrumental expropriatório na pendência da lide, cujo desfecho — se favorável ao autor — tornará impossível a desapropriação do *imóvel rural*, que a lei expressamente preserva da incidência de reforma agrária.

VI

RESPOSTA AOS QUESITOS

Por todo o exposto, oferecemos as seguintes respostas aos quesitos formulados:

1º) em face do exposto, é válido o ato expropriatório iniciado com a declaração de interesse social, emitida com apoio em reclassificação unilateral do imóvel rural que passou a ser cadastrado como latifúndio em exploração, quando esse ato administrativo é contestado em ação ordinária em curso, na qual se postula sua anulação?

Resposta — A nosso ver, é nulo de pleno direito o ato declaratório de utilidade pú-

blica para fins de reforma agrária do imóvel objeto da consulta, que tem como pressuposto a definitividade do recadastramento do bem como latifúndio em exploração, sem a qual não poderá ser exercido, no caso, o poder expropriatório.

2º) o exercício do poder expropriatório, tal como descrito, que visa elidir o objeto da lide (restauração da propriedade como imóvel rural) caracteriza modalidade de desvio de poder?

Resposta — Entendemos que, no caso da consulta, está evidenciado e manifesto o propósito de elidir o objeto da lide, impedindo a livre apreciação da questão litigiosa por parte do Poder Judiciário.

A hipótese caracteriza, tipicamente, a existência de vício de desvio de poder ou vício de desvio de finalidade no procedimento expropriatório.

3º) estando o imóvel em causa utilizado para cumprimento de obrigação essencial, relativa ao reflorestamento que, por lei, incumbe à sociedade controladora da consulente, o ato expropriatório importa em obstáculo ao regular exercício da atividade econômica?

Resposta — O ato viciado por ilegalidade não apenas lesa direito próprio do impetrante, como igualmente ofende direito da sociedade controladora, que fica impedida de atender, pela forma indicada, a obrigação legal essencial à continuidade de sua atividade econômica.

4º) qual a relação entre a sociedade controladora e sua subsidiária, no tocante à matéria?

Resposta — A consulente, como subsidiária da sociedade siderúrgica, que a controla, é agente executivo da obrigação legal prevista no art. 21 do Código Florestal, que permite atribuir a execução do reflorestamento à empresa da qual participe o sujeito da obrigação.

5º) a via do mandado de segurança é idônea para a garantia da lide constituída na ação anulatória?

Resposta — O mandado de segurança é a via processual adequada e expedita para a contenção do abuso de direito praticado pela Administração, com o ato declaratório em causa.

Trata-se de típica *matéria de direito*, e não de *matéria de fato*, a ser contraditada pela via do atentado, como pretende o Ministério Público.

6º) a consulente é parte legítima para postular a anulação do ato expropriatório, sob o fundamento invocado?

Resposta — A consulente é parte legítima para postular a medida de segurança, de modo a garantir o prosseguimento da ação anulatória, na qual pleiteia prestação jurisdicional contra ato lesivo a direito seu, a saber, o correto cadastramento de imóvel de sua propriedade.

É nosso parecer,, s.m.j.

Caio Tácito, Advogado. Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ.