PRINCÍPIOS RETORES DA DESAPROPRIAÇÃO

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

I — Conceito e importância dos princípios. II — A desapropriação e seus princípios norteadores. III — Supremacia do interesse público sobre o privado. IV — Legalidade. V — Finalidade. VI — Moralidade. VIII — Judicialidade. X — Publicidade. XI — Referências bibliográficas.

I — *Conceito e importância dos princípios*

É nota assente, no exame científico do Direito e dos seus institutos, o descortinar o sentido e alcance dos princípios. J. J. GOMES CANOTILHO[1], lente de Coimbra, analisando as linhas do constitucionalismo moderno, aponta para a necessidade de se proceder a uma classificação tipológica da estrutura normativa. Afirma que as normas constituem um gênero, do qual os princípios e regras são espécies.

A distinção entre ambos emerge de cinco critérios, quais sejam:

a) grau de abstração: os princípios são normas com elevado teor de abstração, enquanto as regras têm seu conteúdo abstrato reduzido;

b) grau de determinabilidade: as regras são de aplicação direta, ao invés dos princípios que, por virem quase sempre vazados em linguagem vaga e indeterminada, necessitam, frente aos casos concretos, da intervenção concretizante do legislador e do juiz;

c) caráter de fundamentalidade do sistema: os princípios exercem um papel de fundamento do ordenamento jurídico, em face de sua posição hierárquica no sistema das fontes ou de sua importância estruturante no sistema jurídico, de forma que as regras neles se sustentam;

d) proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* vinculantes e tradutores do ideal de justiça. A vinculação das regras advém de ponto de vista meramente formal;

e) natureza normogenética: representam a base ou alicerce das regras.

1 Direito Constitucional, pp. 172-3.

De maneira idêntica, EROS ROBERTO GRAU congrega, no gênero norma jurídica, as modalidades regras e princípios, dividindo estes últimos em princípios positivos de Direito e princípios gerais do Direito[2].

Distinguindo princípios e regras, com o auxílio no magistério de DWORKIN, acentua que: "*as regras jurídicas, não comportando exceções, são aplicáveis de modo completo ou não o são, de modo absoluto, não se passando o mesmo com os princípios; os princípios jurídicos possuem uma dimensão — a dimensão do peso ou importância — que não comparece nas regras jurídicas*"[3].

Pondo em relevo o caráter de fundamento do ordenamento, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define princípio como "*mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo*". Mais adiante, assevera que a violação a um princípio é bem mais gravosa do que a transgressão de uma regra qualquer. É bem claro ao dizer que tal afronta "*é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra*"[4].

Doutrinador peninsular, NORBERTO BOBBIO[5] enfrentou o tema ao cuidar da completude do ordenamento jurídico, afirmando que os princípios gerais são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema. Podem-se apresentar expressos ou implícitos, dividindo-se os primeiros em já aplicados e ainda não aplicados.

Tomada, ainda que de passagem, a idéia do que sejam princípios jurídicos, cabem ser apontadas as suas funções. A tarefa foi amplamente difundida doutrinariamente. O mestre de ultramar[6], J. J. GOMES CANOTILHO, ao ser indagado sobre o problema, adianta que aqueles são multifuncionais, podendo ora desempenhar uma função argumentativa, atuando como cânone interpretativo, ora servir de instrumento de revelação de normas não expressas nos enunciados legislativos.

Cativo no estudo do assunto, JOSÉ AUGUSTO DELGADO[7] formulou feliz síntese, consoante a qual os princípios possuem várias funções, sumariadas como:

2 Seguindo discrímen forjado por ANTOINE JEAMMAUD, os princípios positivos de Direito são as normas jurídicas ou princípios positivados, enquanto que os gerais são aqueles que, a despeito de não enunciados em norma explícita, vicejam em cada ordenamento em estado de latência, sendo suscetíveis de descoberta pelo labor do intérprete.

3 Ob. cit., p. 114.

4 Curso de Direito Administrativo, pp. 408-9.

5 Teoria do Ordenamento Jurídico, pp. 158-9.

6 Ob. cit., p. 173.

7 Perspectivas do Direito Administrativo para o século XXI, *in* Perspectivas do Direito Público, p. 92.

a) ordenadoras (fixam diretrizes para o aplicador do Direito na interpretação e integração de seus mandamentos); b) prospectivas (tendem a elaborar sugestões para a atualização do *ordo juris*).

Por sua vez, CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA[8] atribui-lhes conotações funcionais positiva e negativa. A primeira consiste em ditar o caminho dos subprincípios e das regras que se põem à observância da sociedade e do Estado (pontos de partida e de chegada da intelecção de todas as normas). O colorido negativo importa no alijamento do sistema jurídico de toda prescrição que àqueles se contraponha.

II — *A desapropriação e seus princípios norteadores*

Entende-se por expropriação a perda da propriedade particular, ou o seu esvaziamento (minoração da substância), para o Estado ou seus entes delegados, por uma razão de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, mediante o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro, excetuadas as situações excepcionais das reformas agrárias (art. 184, CF) e urbana (art. 182, 2º, CF), em cuja quitação são utilizados títulos públicos.

Constituindo o meio pelo qual a potestade estatal impõe a mais grave limitação à propriedade privada, a expropriação não fica a salvo da incidência de vários princípios jurídicos. Afastada qualquer pretensão exauriente, destacamos sete deles, quais sejam:

a) supremacia do interesse público sobre o privado;
b) legalidade;
c) finalidade;
d) moralidade;
e) proporcionalidade;
f) judicialidade;
g) publicidade.

III — *Supremacia do interesse público sobre o privado*

A hegemonia do interesse público sobre o particular configura dogma da mais alta relevância nas províncias dos direitos constitucional e administrativo. A sua importância avultou com as reações contra o individualismo, engendradas a partir da segunda metade do século XIX, tendo como eventos marcantes a Comuna de Paris e o Manifesto Comunista, ambos de 1848.

Apesar de não explicitado, às escâncaras, no recente texto constitucional, o cânon configura decorrência lógica do Estado Democrático de Direito. Fundando-se a democracia no interesse da maioria dos administrados, cuja modelação cabe à lei, expressão da *volonté générale*, cunhada pelo engenho do filósofo de Genebra,

8 Princípios Constitucionais da Administração Pública, pp. 27-8.

segue-se que o querer do conjunto deve prevalecer sobre o do proprietário, legitimando a supressão ou limitação aos atributos do domínio[9].

Ao conferir à Administração a competência para intervir no direito de propriedade, desapropriando, a ordem jurídica não confere apanágio a ser manifestado ilimitadamente. Exige que a postura administrativa se conforme ao interesse geral que, em nenhuma hipótese, deverá sucumbir ante caprichosos desígnios individuais do governante.

Já se foi a época, de triste memória, em que a expropriação guiava-se pela bússola do domínio eminente, titularizado pelo monarca, a forjar motivação para a extinção arbitrária do *jus proprietatis*.

Solapando, com laivos de definitividade, o arbítrio então reinante, defluente da fórmula absolutista *le roi ne peut mal faire*, o art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescreveu dever a privação da propriedade pautar-se na idéia de interesse público.

Na atualidade, manifestação do princípio é balizada com o alargamento da noção de utilidade pública, para abranger algo mais que o mero interesse na regular prestação dos serviços administrativos. A desapropriação se impõe também como meta dos integrantes da comunidade, consistente em exigências de desenvolvimento calcadas na justa distribuição da propriedade. É o interesse social[10], posto ao lado das tradicionais espécies necessidade ou utilidade públicas, a ensejar a ocorrência do fenômeno expropriatório.

9 O íntimo liame com a desapropriação é encontradiço em várias passagens da doutrina patrial e alienígena. Imperioso, na oportunidade, o relato de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: *"Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público; o mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando a resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social. Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do poder público no funcionamento e na propriedade de empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional." (grifos não constantes do original, Direito Administrativo, p. 60)*

Idem GARRIDO FALLA: *"El hecho de que las diferentes potestades administrativas encuentren hoy día su fundamento en la genérica justificación de la situación de supremacía de la Administración pública frente a los particulares, no hace absolutamente inútil una discusión sobre el fundamento de la expropriación forzosa. Este se encuentra, de una parte, en la indudable necessidad que la Administración puede sentir, para satisfacción de necessidades públicas, de bienes concretos en manos de los particulares; de otra, en el mismo carácter subordinado y condicionado al interés público con que igualmente se configura el derecho de propriedad.".(Tratado de Derecho Administrativo, pp. 239-240).*

10 Para júbilo potiguar, narra CARLOS MEDEIROS SILVA (A Desapropriação por Interesse Social, RDA 29/05-06), que o ingresso, entre nós, do interesse social, como fundamento da expropriação, é tributado ao labor do Senador FERREIRA DE SOUZA, Professor de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito, através da apresentação da Emenda 3.068 à Constituinte de 1946.

A atual Constituição enfocou, de maneira mais reforçada, este aspecto, apontando, quer para a propriedade rural, quer para a urbana, uma função social, cujo descumprimento poderá dar azo à medida drástica[11].

IV — *Legalidade*

O princípio da legalidade representa noção capital do Estado de Direito, sendo bússola norteadora da Administração Pública.

O seu sentido histórico decorreu da necessidade de se subordinar o governante, irresponsável no fastígio do absolutismo, ao ordenamento jurídico, eliminando-se favoritismos e desejos pessoais. Substituiu-se a vontade individual do monarca pela vontade geral, materializada na lei, elaborada pelos representantes do povo, na condução dos negócios públicos.

Agasalha-o a nossa Lei Básica em vários dispositivos. Primeiramente, no art. 5º, II, ao dizer que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Noutro passo, eleva-o como ponto cardeal da Administração Pública no art. 37, *caput*. Está, igualmente, presente no art. 84, IV, *in fine*, ao condicionar o atributo regulamentar do Poder Executivo.

À legalidade, tomada a sua expressão como conformidade ao Direito, não é estranha a desapropriação. A esta restou fincada, historicamente, com o art. 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, no qual se assentou que a desapropriação somente é legítima quando voltada à satisfação de interesse público, legalmente comprovado. Daí recebera acolhida em nossa Carta Magna de 1824, cujo art. 179, § 22, ao depois de garantir a plenitude do direito de propriedade, prescrevia que se *"o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela"*, acrescentando caber à lei especificar os casos em que se teria por verificada tal exceção. Idêntica postura assumira a Constituição Belga, de 07 de fevereiro de 1831, responsável pela superação retórica das declarações de direito do Estado Liberal, proclamando no seu art. 11º: *"Ninguém pode ser privado da sua propriedade senão por causa de utilidade pública, nos casos e da maneira estabelecida pela lei e mediante uma justa e prévia indenização"*.

O postulado foi preservado na Emenda XIV, Seção I, à Constituição dos Estados Unidos da América, ratificada em 27 de julho de 1868, ao solenizar a vedação de se *"privar alguma pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem observância dos trâmites legais"*.

Na França, a reserva de competência legislativa sobre o tema foi assaz sacrali-

11 Sem embargo disso, o Estatuto Básico menciona genericamente a função social como um imperativo a quem detém a qualidade de senhor. A sua exigência de uma função social informa que o proprietário não conserva absolutos poderes sobre a coisa, cabendo dirigir o exercício do direito de acordo com as exigências da comunidade que integra (ver, a respeito, excelente artigo de ROGER RAUP RIOS, A Propriedade e sua Função Social, Revista Ajufe, 45, p. 49).

zada. O art. 34, da Constituição de 1958, ao enumerar as matérias sujeitas ao monopólio da lei em sentido estrito (formal e material), sustentou competir a esta estabelecer os princípios fundamentais do regime da propriedade, dos direitos reais e das obrigações civis e comerciais, de maneira que, em se tratando de tais assuntos, o regulamento deve ser visto como um intruso. Não se cuidando da disciplina dos princípios fundamentais do direito de propriedade, lícita a intervenção regulamentar. Salienta o Professor PIERRE BON, em artigo traduzido por CARLOS ARY SUNDFELD, que o Conselho Constitucional, através das Decisões 65-33 L, de 09-02-65, 69-53 L, de 27-02-69, 69-58 L, de 24-10-69, 77-101 L, de 03-11-77, e 88-157 L, de 10-05-88, fixou, no que concerne à expropriação, divisor de águas entre o que deve ser reputado princípio fundamental do direito de propriedade, monopolizado pelo legislador, e os assuntos pertinentes à competência regulamentar. Afirma o mestre: "*Em matéria, por exemplo, de desapropriação, o Conselho Constitucional entendeu integrarem os princípios constitucionais, enquadrando-se conseqüentemente na competência do legislador, as disposições relativas à composição dos órgãos jurisdicionais expropriatórios incumbidos da fixação do montante da indenização ou as que atribuam, a um magistrado da ordem judicial, competência para decretar a transferência da propriedade dos imóveis expropriados, ou ainda aquelas exigindo que a decisão expropriatória discrimine, na quantia deferida a cada interessado, a indenização principal e, quando for o caso, as verbas acessórias, esclarecendo as bases sobre as quais as diversas parcelas tiverem sido calculadas. Em contrapartida, são estranhas aos princípios fundamentais do regime da propriedade, ensejando, portanto, a competência regulamentar, as disposições seguintes, também relativas ao tema da desapropriação: disposições designando o órgão cujo parecer deve ser colhido previamente a certas desapropriações, disposições designando a autoridade administrativa competente para expedir a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação ou disposições fixando certos prazos em matéria de procedimento não penal*"[12].

Na Alemanha, o panorama não é diverso. Dispõe a Lei Fundamental de Bonn, de 1949 (art. 14, nº 3) que a manifestação expropriatória somente é admissível via legal ou mediante ato administrativo fundado na lei.

No direito pátrio, constata-se que é à Constituição, suporte de validade de todas as regras jurídicas, a quem toca o apanágio de gizar, em tom de genericidade, as hipóteses autorizativas da medida[13].

Remanesce à lei, por seu turno, o atributo exclusivo de tipificar, de maneira

12 Direito de Propriedade no Direito Constitucional Francês, Revista Trimestral de Direito Público 10, pp. 10-11.

13 Nossa Constituição prevê cinco situações em que a expropriação poderá ter lugar, divididas em duas categorias, quais sejam: a desapropriação ordinária (art. 5º, XXIV), que poderá ocorrer por necessidade ou utilidade pública e interesse social, e a desapropriação extraordinária ou desapropriação-sanção, na nomenclatura sugerida por JOSÉ AFONSO DA SILVA (Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 254), prevista nos arts. 182, § 4º, e 184, para fins de reformas urbana e agrária, respectivamente. A classificação da desapropriação em ordinária e extraordinária é tributada a ADILSON DE ABREU DALLARI (Desapropriação: conceito e preconceitos, Curso de Direito Administrativo, p. 34).

taxativa, as hipóteses de sua ocorrência em face dos permissivos constitucionais. A isto favorece o estatuído no art. 5º, XXIV, da CF, no sentido de que *"a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social,..."*[14].

Disso surgem duas importantes conseqüências. Uma, a de que as hipóteses supressivas do *jus proprietatis* resultam do consentimento do povo, através dos seus representantes nas assembléias. Em segundo lugar, garante-se o cidadão contra eventuais caprichos do gestor administrativo, em virtude das situações ensejadoras da providência deverem ser objetivamente demonstradas. Tal não ocorreria se o conceito de interesse público, por sua vagueza e indeterminação, pudesse, na prática, ser apontado pela Administração, à míngua de balizas legais.

Corolário lógico da tipicidade é a não admissibilidade de integração analógica a hipóteses fáticas similares às constantes da descrição legal. Impõe-se o *numerus clausus*. Este o pensar que preponderou no Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do RE 97693-MG[15].

14 Na desapropriação-sanção para reforma urbana, a área objeto da expropriação é definida em lei municipal específica, havendo ainda o concurso de lei federal definidora do modo como será exigido o aproveitamento dos imóveis. Na reforma agrária, embora a *fattisespecie* moldada no art. 184, *caput*, da CF, indispensável norma legal para estatuir o seu procedimento em juízo (lei complementar) e para dispor sobre as exceções contidas no art. 185, I e II. Relevante noticiar que o Supremo Tribunal Federal (Lex JSTF 181/140, 182/74, 184/132 e 188/161) entendeu constituir óbice intransponível para a edição da declaração de interesse social a não existência da legislação referida no art. 184, § 3º, e 185, ambos da CF, restando imprestável, por ausência de recepção, o Decreto-lei 554/69, ao contrário do deliberado pelos Tribunais Regionais Federais (TRF — 5ª Região, 2ª Turma, AC 0501991/91-AL, Rel. Juiz LÁZARO GUIMARÃES, .v.u., DJU-II de 20.03.92, p. 6.370; TRF — 3ª Reg., 2ª T., AG 03032944/92-MS, Rel. Juiz ROBERTO HADDAD, DJU-II de 15.02.95, p. 6.290).

15 O decisório foi assim ementado: *"1. Recurso extraordinário. 2. Decreto municipal que declarou de utilidade pública, para desapropriação, terrenos e benfeitorias, tidos como necessários à construção de via de acesso ferroviário entre estabelecimento particular e a Estrada de Ferro Central do Brasil. 3. Ação ordinária de nulidade do Decreto. Alegação de tratar-se de desapropriação, exclusivamente, em benefício e proveito de empresa privada, com fins lucrativos. 4. Ação julgada procedente em primeiro grau, mas improcedente no acórdão recorrido. 5. O decreto que declara um imóvel de utilidade pública, para fins de desapropriação, é ato administrativo e não ato normativo, cabendo contra ele a propositura de ação ordinária visando sua anulação e não ação direta de inconstitucionalidade. 6. Emenda Constitucional n.º 1/1969, art 153, § 22. 7. A simples construção de um acesso ligando o parque industrial de empresa particular à Estrada de Ferro, por si só, não indica ou induz existência de utilidade pública, mas, sim, de utilidade privada. Hipótese em que não há falar em abertura, conservação e melhoramento de via ou logradouro público, nem em meio de transporte ferroviário coletivo, como serviço à comunidade, eis que expresso, no próprio Decreto e sua motivação, que o ato expropriatório se destina 'a construção de uma via de acesso ferroviário entre a Companhia Mineira de Cimento Portland S.A. — Cominci e a Estrada de Ferro Central do Brasil'. 8. Ao Poder Executivo interdita-se considerar de utilidade pública, para fins de desapropriação, situações não definidas em formas legais ou que, nestas, não sejam de manifesta compreensão. Precedentes do STF. 9. No caso concreto, releva destacar que, após a imissão provisória na posse, desde logo, o uso dos bens expropriados se fez em favor da empresa privada, que, por sua iniciativa, neles principiou as obras de construção do ramal ferroviário, de seu exclusivo interesse. 10. Recurso extraordinário conhecido, por ofensa ao art. 153, § 22, da Emenda Constitucional n.º 1/1969, e provido para declarar a nulidade do Decreto n.º 454, de 7.3.1974, do Prefeito Municipal de Matozinhos, MG, restabelecendo-se assim, a sentença". (2ª T., mv, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJU-I de 08-11-96, p. 43.211).*

Sem embargo, há ordenamentos esposadores de ponto de vista contrário. Por exemplo, o Código de Expropriações de Portugal (art. 1º, n.º 1), aprovado pelo Decreto-lei 845, de 11-12-76, substituindo a sistemática da ab-rogada Lei 2.030, adotou a expressão vaga e indeterminada *utilidade pública*, conferindo ao administrador a valoração, em cada caso concreto, dos motivos oportunizadores da gravosa interveniência na propriedade privada.

V — *Finalidade*

É consabido demandar a validade do ato administrativo o perfazimento de determinados requisitos elencados pela doutrina. Um deles, quiçá o principal, é o da finalidade pública. Curando o interesse da sociedade, as manifestações da Administração devem sempre convergir para o atingimento dos objetivos idealizados pelo todo.

O fim de interesse coletivo a ser perseguido é, portanto, uma elementar indissociável de toda postura administrativa, pena de esta emergir inválida.

Essa tendência acentuou-se bastante com a norma do art. 37 da Lei Fundamental recém-promulgada, ao impor seja a conduta administrativa tisnada pela marca da impessoalidade[16]. Isto quer dizer que o administrador somente pode atuar visando ao interesse público, ou seja, a interesses gerais, não lhe sendo dado satisfazer pretensões de particulares, deduzidas por pessoas determinadas, quer para favorecer ou prejudicar indevidamente.

Cabe, por sua vez, ao ordenamento positivo, como expressão da soberania popular, apontar qual a finalidade a ser obtida com a prática do ato administrativo.

O fim público é aquele que a lei, explícita ou implicitamente, prevê como tal. Afastando-se o administrador do objetivo indicado em sede legal, ou elegendo outro de caráter particular, vem a lume a figura do desvio de poder, consoante definição do art. 2º, parágrafo único, *e*, da Lei n.º 4.717/65, de sorte a nulificar o comportamento praticado[17].

Constituindo a Administração atividade de quem não é dono, a vontade do agente público é serviente, não se podendo afastar do fim indigitado pela regra de

16 Associando finalidade com impessoalidade em sede de expropriação, conferir GERALDO APOLIANO (Desapropriação — Perfil Atual, p. 2).

17 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, abordando o tema com a percuciência que lhe é conatural, distingue duas modalidades do defeito em comento: uma genérica, quando o agente despreza, no seu atuar, todo e qualquer interesse coletivo; outra, quando desatende, no caso concreto, um fim específico do poder manejado. Ensina o mestre: *" O vício de desvio de poder, como assentam os doutos, pode apresentar-se sob dupla modalidade. Em uma delas, o agente administrativo, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público. Neste caso atua para alcançar um fim pessoal, que tanto pode ser de perseguição a alguém como de favoritismo ou mesmo para atender um interesse individual do próprio agente. Em outra modalidade, manejando também uma competência que em abstrato possui, busca atender uma finalidade pública que, entretanto, não é aquela própria, específica, da competência utilizada. Aí ter-se-á valido de uma competência inadequada, de direito, para o atingimento da finalidade almejada"* (Discricionariedade e Controle Jurisdicional, pp. 58-9).

direito. Lapidar a advertência de RUY CIRNE LIMA: "*o fim — e não a vontade, — domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito*" [18].

A desapropriação é, de fato, a mais onerosa medida de intervenção estatal na propriedade privada. Resulta da superioridade do interesse público sobre o individual e somente quando satisfaz aquele pode legitimar-se.

Intransponível, então, que a perda da propriedade, ou de utilidades substanciais desta, pelo cidadão, em prol do Estado, ou de seus delegados, somente ocorra se encontrar arrimo em situações de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, definidas em lei.

Em vista disso, se o administrador, ao desapropriar, não atender ao fim coletivo (necessidade ou utilidade pública, ou interesse social), cometerá arbítrio, sanável pelo Judiciário[19].

Regra geral, o desvio de finalidade em desapropriação acontece em dois casos. Primeiramente, emerge quando o Poder Público atua para privilegiar apaniguados, dando ao bem destino de interesse privado no lugar de público, como, *verbi gratia*, quando transfere a sua propriedade, ou simplesmente o seu uso, a particular.

Interessante notar é quando a alienação do bem realiza-se em favor de pessoa jurídica de direito privado que tenha fins sociais. O Supremo Tribunal Federal, convocado a dar a sua opinião, traçou uma distinção entre entidades privadas com fins equiparados a interesse público e aquelas gestoras de interesse público típico. Na primeira hipótese, optou pela impossibilidade da desapropriação. Elucidativas as palavras do Min. ELOY DA ROCHA, ao votar no RE 64.559 — SP: "*Ocorre desvio de finalidade da desapropriação, se o expropriante aliena o bem, ou cede o uso, por qualquer título, a particular. Descaracteriza-se, então, a utilidade pública, prevista na Constituição e na lei. Visa a desapropriação, por necessidade ou utilidade pública, à utilização do bem pela entidade pública. Utilidade pública é a determinada na lei. Somente não há desvirtuamento do fim, naquela hipótese, na desapropriação por interesse social — arts. 13, § 22, e 161, da Emenda n.º 1, de 17.10.69. Pela própria natureza da desapropriação por interesse social, pode o Poder Público desapropriar bens para vendê-los ou locá-los 'a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista' — art. 4.º da L. 4.132, de 10.9.62. Ainda que a pessoa de direito privado tenha fins sociais — encontra-se, em alguns julgados, a valorização desses fins , não será possível, a meu ver, a destinação a seu serviço da coisa desapropriada, sem que se desnature a utilidade pública, prevista na lei de desapropriação, que corresponde ao interesse do Estado. Mesmo a entidade declarada de utilidade pública não é entidade pública*" [20]. No decorrer

18 Princípios de Direito Administrativo, p. 22.

19 Nossas Cortes têm censurado o *détournement du pouvoir* em sede expropriatória. Consultar: RTJ 57/53 e 72/479; RSTJ 13/272.

20 STF, 2ª T., v.u., DJ de 21.05.71, p. 301.

do seu voto, o em. julgador analisa, detidamente, os precedentes da Excelsa Corte sobre o assunto. Idêntica solução, mais recentemente, foi adotada no RE 88.699-1-SP[21]. Quando se tratar de entidade gestora de interesse público típico, de que foi caso líder a Fundação Getúlio Vargas, entendeu-se pela possibilidade[22].

Outra situação é aquela em que a Administração, devendo usar os bens expropriados por necessidade ou utilidade pública em obras e serviços e, no interesse social, na justa distribuição da propriedade, não os empregue em nenhum anelo coletivo, abandonando-os.

FERNANDO ALVES CORREIA[23], atento à práxis européia, acrescenta a hipótese em que a desapropriação é realizada com a finalidade de possibilitar uma vantagem financeira para o Estado, como na incidente sobre terrenos com o fim de mais tarde serem vendidos a preço mais elevado[24].

No Brasil, fenômeno semelhante ocorre na desapropriação por zona (art. 4º, Decreto-lei 3.365/41), não no que concerne às áreas necessárias às obras ou serviços, e ao desenvolvimento destes, mas àquelas que se valorizarem extraordinariamente em função do atuar estatal.

Não tolera a ordem jurídica que se proceda à expropriação com vistas a aumentar o patrimônio disponível do Poder Público, vez que o instituto em tela não pode configurar enriquecimento indevido para o Estado.

Pretendendo o expropriante angariar recursos para custear a desapropriação e as obras com esta realizadas, há de abeberar-se numa única fonte: a tributação. Há, desde o art. 30, I, da Constituição de 1946, tributo específico, denominado de contribuição de melhoria, para que os entes políticos possam ressarcir-se dos beneficiários de obras públicas o custo destas.

Pela inconstitucionalidade da desapropriação por zona, no ponto inerente às áreas reservadas para revenda, há fulgurante exposição de SEABRA FAGUNDES[25]. Em sentido contrário, ADILSON DE ABREU DALLARI[26] defende, ao lado da contribuição de melhoria, a desapropriação por zona como instrumento para o Estado

21 2ª Turma, v.u., Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, DJU de 20-11-76, p. 9.237.

22 RE 52.113, Rel. Min. CÂNDIDO MOTA FILHO, RDA 77/238.

23 As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública, p. 103.

24 Apontando desvirtuamento na desapropriação, com a sua utilização para objetivos-fins fiscais, OTTO MAYER ilustrara a literatura alemã com a seguinte ensinança: *"Cuando la ley dice 'expropriar' no quiere decir 'despojar' por el hecho de que esto beneficie al Estado o responda a un interés público general vagamente definido. Debe querer decir que el inmueble podrá tomarse para servir al interés público personificado en una empresa determinada que representa una parte de la administración pública. Por lo tanto, está excluída, en principio, toda clase de expropiación que no tenga por objeto emplear en este sentido la propriedad así adquirida. Este principio de interpretación tiene importancia en diferentes sentidos. Tiene como principal consecuencia la de impedir la expropiación en interés fiscal, aun cuando este interés pueda representar una empresa del Estado. Para las administraciones fiscales propiamente dichas, esto es evidente (t.I., p. 188). No puede, v. gr., aumentarse y completarse mediante la expropiación el domínio patrimonial del Estado. En este caso no se trata, en el modo alguno, de administración pública"* (*Derecho Administrativo Alemán, t. III*, pp. 17-18).

25 Desapropriação para Urbanização e Reurbanização. Validade da Revenda, RDA 128/31-4.

26 Ob. cit., p. 45.

apropriar-se da mais-valia, decorrente de obra pública, para a qual não contribuíra o proprietário.

Em sintonia com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez[27], assentou que o expropriante não pode, em detrimento do expropriado, cobrar-se do valor das obras, não se podendo deduzir do montante da indenização a importância da mais-valia imobiliária imposta à área remanescente. A fonte dos dispêndios estatais, para a realização de obras e serviços, há de ser a tributária, ora previamente através de impostos, ora *a posteriori* pela contribuição de melhoria. Inconcebível transformar o instituto da desapropriação, cuja excepcionalidade é ressaltada em face da garantia do *jus proprietatis*, em instrumento para o Estado angariar recursos financeiros.

Não se pode olvidar que a finalidade deve ser compreendida genericamente, tanto que um bem desapropriado com um objetivo pode ser empregado em outro, se também de interesse público, sem que haja desvio de poder administrativo. Assim, um terreno expropriado para a edificação de uma maternidade pode abrigar uma delegacia de polícia e vice-versa, mas jamais poderá receber uma construção particular.

A observância da finalidade pública impõe a necessidade de se motivar, objetiva e amplamente, o decreto expropriatório, tanto no que respeita à indicação do fim concreto da medida quanto na indicação dos bens objeto desta. A exigência é redobrada em ordenamentos, como o português, onde a lei não procede à enunciação taxativa das causas de interesse público, contentando-se com o uso do binômio utilidade pública.

Sem motivação, cerceia-se ao particular atingido a possibilidade de confrontar, no caso concreto, se foi atingido o ideal abstrato, plasmado normativamente.

VI — *Moralidade*

Também não se pode prescindir, no trato da temática aqui posta, do *standard* da moralidade. Nas primícias, com hábitat preponderante no direito privado, o princípio, nos dias atuais, exerce incontestável influência no direito público, traduzindo exigências do bem administrar.

Encontra-se, a partir de 05-10-88, previsto, às expressas, em nossa Lei das Leis, alargando o conceito de legalidade no que condiz com o controle jurisdicional dos atos administrativos.

O seu significado, e incontestável importância nos quadrantes de nosso *ordo juris*, foi, com precisão inexcedível, realçada por JOSÉ AUGUSTO DELGADO: *"A moralidade tem a função de limitar a atividade da administração. Exige-se, com base nos postulados, que a forma, que o atuar dos agentes públicos atenda a uma dupla necessidade: a de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria*

27 RTJ 69/222 e 64/551.

administração, a fim de que se consagrem os efeitos-fins do ato administrativo consagrados no alcance da imposição do bem comum"[28].

Adaptadas, ao plano expropriatório, a combinação harmônica entre eficiência e justeza, constata-se ser obrigatório ao Poder Público, quando expropriar, efetuar, em prol do proprietário atingido, contrapartida remuneratória. Se é certo que a desapropriação imponha-se pelo bem geral, não menos escorreito que o agente estatal, no manejo de tal competência, proscreva o enriquecimento sem causa, vedação secular que o direito hauriu da moral.

Realizando essa aspiração, o Constituinte não é omisso em prever a obrigação estatal de ressarcir o *dominus* (art. 5º, XXIV, 182, §§ 3º e 4º, 184, *caput*, todos da CF de 1988)[29]. E não é só. Tal compensação não pode ser tardia. Pelo contrário, necessita anteceder a perda definitiva da propriedade, embora não afete a imissão provisória[30]. Igualmente, descabe afastar-se de parâmetros de justiça. Deve fazer retornar ao patrimônio afetado não só o valor do bem perdido, mas eventuais despesas que a desapropriação acarretou ao particular, como a constituição de advogados e assistentes técnicos, a perda da potencialidade econômica do bem etc.

A perda da propriedade sem o adorno indenizatório é reputada como confisco, cuja liceidade somente é concebida nas hipóteses expressamente autorizadas pela Constituição. São elas a perda de bens como efeito civil das inflições criminais (art. 5º, XLVI) e a figura do art. 243, *caput* e parágrafo único, relacionada a glebas cultivadas com plantas psicotrópicas, fora dos casos de permissão legal, e a todos os bens auxiliadores do tráfico ilícito de entorpecentes.

28 O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988, Revista Forense 318/56.

29 A Constituição Portuguesa de 1976 explicitou, no seu art. 62, nº 2, que tanto a requisição quanto a expropriação exigem o pagamento de justa indenização. Os arts. 42 e 43 da Constituição da República Italiana não esqueceu a necessidade de ressarcimento ao proprietário, tendo a Lei Fundamental de Bonn de 1949, no seu art. 14º, nº 3, mencionado que as leis de expropriação, pena de inconstitucionalidade, devam regular o conteúdo e a extensão da indenização. Possuindo, na França hodierna, o art. 17 da Declaração de 1789, relativo ao direito de propriedade, valor constitucional (decisão do Conselho Constitucional 81-132 DC, de 16 de janeiro de 1982), a indenização pela sua privação deverá ser prévia e justa.

30 Secundando posição adotada quando da Constituição revogada, que também consagrava a precedência da indenização, o Supremo Tribunal Federal tem, de forma reiterada, deixado assente que a expressão constitucional *prévia* constitui anteparo a proteger o indivíduo contra a transferência definitiva do bem para o Estado, não impedindo que agentes deste se imitam provisoriamente na sua posse com a consignação judicial do valor da oferta. Eis, à guisa de exemplificação, o decidido no *RE 164186 — 0*: *" DESAPROPRIAÇÃO. IMÓVEL URBANO. JUSTA INDENIZAÇÃO. DECRETO-LEI Nº 1.075/70. IMISSÃO NA POSSE. DEPÓSITO PRÉVIO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de que a garantia constitucional da justa indenização, nas desapropriações, diz respeito ao pagamento do valor definitivo fixado — seja por acordo das partes, seja por decisão judicial — momento em que ocorre a transferência do domínio. O depósito prévio permite ao desapropriante a simples imissão na posse do imóvel. A norma do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.075/70, que permite ao desapropriante o pagamento da metade do valor arbitrado, para imitir-se provisoriamente na posse de imóvel urbano, já não era incompatível com a Carta precedente (RE 89.033 — RTJ 88/345 e RE 91.611 — RTJ 101/717) e nem o é com a atual. Recurso extraordinário não conhecido" (v.u.,, rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJU-I de 07-02-97).*

VII — *Proporcionalidade*

A despeito de remotas raízes históricas, a noção de proporcionalidade passou a freqüentar o ainda incipiente direito público com os revolucionários ingleses do Século XVII, a pregar, fortemente influenciados pelo jusnaturalismo, então elaborado à base da razão, que o poder de polícia, exercido pelo governante, somente poderia limitar direitos fundamentais do indivíduo com vistas à proteção do interesse coletivo, combatendo a sua ação desarrazoada.

Transplantada para a França, mesmo passado o fastígio do Iluminismo, a doutrina serviu de estuque para o controle dos atos administrativos através do *récours pour excès de pouvoir*, criação do *Conseil D'État* em 1806, desenvolvida, com contornos mais definidos, a partir do Segundo Império quando a Lei de 24.05.1872 legou a esse órgão feição jurisdicional.

A partir da segunda metade do atual século, passou a influenciar, mediante o aprofundamento de seu estudo na Alemanha, o direito constitucional no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos individuais.

Volvendo-se ao direito administrativo, o princípio da proporcionalidade, segundo evocação de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, " *enuncia a idéia — singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada — de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.*"[31]

Na mesma linha, texto produzido, em março de 1996, pelo Grupo de Estudos da Justiça Federal de Primeira Instância de Curitiba/PR, fornece noção lapidar: "*O princípio da proporcionalidade é um desenvolvimento do princípio do Estado de Direito. Significa ele, em termos simples, que o Estado, para atingir os seus fins, deve usar só dos meios adequados a esses fins e, dentre os meios adequados, só daqueles que sejam menos onerosos para o cidadão.*"[32]

Da dimensão estrutural do cânon extraem-se duas premissas. A primeira é a de que somente desapropriar-se-á quando tal providência for *necessária* e *adequada* à concretização do fim público visado. Em segundo lugar, ressaindo forçosa a utilização de tal competência, deve-se escolher o meio que menor ônus cause ao cidadão.

Consoante FERNANDO ALVES CORREIA[33] a vinculação do expropriante à proporcionalidade constou de preocupação expressa do Código das Expropriações de Portugal (art. 4º, nº 1), quando preconiza a contenção da desapropriação aos lindes estritamente necessários à satisfação do interesse público.

Propugna, contudo, a perfilhação de três temperamentos. O primeiro destes, do

31 Curso de Direito Administrativo, p. 56.

32 O Princípio da Proporcionalidade e Direito Administrativo, Revista AJUFE 49/63, p. 63.

33 Loc. cit., pp. 117-9.

qual não se esqueceu o art. 4º, nº 1º, do Código das Expropriações, em sua parte derradeira, centra-se em que a autoridade competente, ao determinar os bens indispensáveis à medida, deverá levar em conta o atendimento de necessidades futuras, desde que previsíveis. Exemplifica do seguinte modo: *"Se, por exemplo, na construção de um aeroporto for, desde logo, previsível que o desenvolvimento do tráfego aéreo virá a exigir a sua ampliação, é perfeitamente lícito que se proceda imediatamente à expropriação dos terrenos necessários a essa futura ampliação".*[34]

A segunda ressalva está nos casos em que a desapropriação, em proporções superiores ao necessário, faça-se no interesse ou por solicitação do particular. São os casos onde a expropriação atinge parte demasiado considerável do bem, de forma a prejudicar o seu uso normal. Poderá, então, o prejudicado requerer a desapropriação total. Identifica-se com o que, no nosso direito, é denominado direito de extensão.[35]

A última delas está na desapropriação-sanção, ocorrente quando o proprietário não dá aos bens a utilização compatível com a sua função social, não tendo a Administração que fundamentar o seu agir com a realização de obra ou serviço público, mas tão-só que entregar o bem a terceiros para que o empreguem no seu fim natural.

VIII — *Judicialidade*

O princípio da judicialidade, ou da reserva judicial, é corolário da exigência do devido processo legal para propiciar a perda da propriedade, outrora assentada no art. 39 da Magna Charta Libertatum, de 15 de junho de 1215, outorgada por João Sem-Terra aos seus barões.

Requer a interveniência do Judiciário para transferir ao Estado o domínio do bem expropriado caso haja discordância do proprietário. Denomina-o CARLOS ARY SUNDFELD de garantia adjetiva do expropriado, decorrente do art. 5º, LIV, da Constituição da República, ao reclamar, à privação da propriedade, o antecedente do devido processo legal, calcado em *"um processo judicial, onde se possa exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa".*[36]

Averbe-se que o *Conseil Constitutionnel*[37], ao oferecer compreensão exegética ao art. 66 da Constituição de 1958, legou à autoridade judicial comum o mister de cústode da propriedade privada, embora circunscrevendo a franquia à propriedade imobiliária, de maneira que nas nacionalizações das casas bancárias, ocorridas em 1982, as ações cotadas em bolsa tiveram seu valor mensurado por uma comissão

34 Loc. cit., p. 118.

35 O direito de extensão, a ser exercido quando da contestação, é previsto no Decreto 4.956 de 1903 (art. 12) e, no particular da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, pela Lei Complementar 76/93 (art. 4º), dele tendo cogitado o Estatuto da Terra (Lei 4.504/64, art. 19, 1º).

36 Desapropriação, p. 11.

37 Decisão 89-256 DC, de 25 julho de 1989, ratificadora das decisões 85-189 DC, de 17 de julho de 1985, e 85-198, de 13 de dezembro de 1985.

nacional de avaliação, organismo administrativo cujas deliberações estão submetidas à justiça administrativa.

Atormenta o direito brasileiro, principalmente depois da Lei Máxima de 1988, duas questões interessantíssimas, a saber: é possível ao particular descortinar a ocorrência do interesse público ensejador da medida? Em caso afirmativo, esta discussão pode ser travada nos autos da expropriação?[38]

Quanto à primeira, maiores dúvidas inexistem. Resulta expressa do mandamento constitucional contido no art. 5º, XXIV, garantidor da integridade do direito de propriedade, a premissa de que este somente pode ser suprimido mediante desapropriação fundada em interesse público. Ausente este, ilícita a atuação estatal supressora de tal direito.

A indagação da utilidade pública condiz com a própria finalidade da expropriação e, por isso, constitui elemento vinculante para o administrador. A sua não observância longe está do território da oportunidade ou conveniência, sendo, portanto, perscrutável judicialmente.

38 No direito francês, o juiz comum *juge judiciaire* apenas promove a operação necessária à transferência do domínio e da posse do bem à Administração. Cinge-se a verificar a regularidade formal do procedimento expropriatório, fixando a indenização devida. Caso o expropriado queira insurgir-se contra a desapropriação em si mesma, desnudando a presença de ilegalidades, é-lhe dado interpor recurso contencioso de anulação contra o ato declarativo de utilidade pública, cuja apreciação levará ao Conselho de Estado (*juge administratif*). Tal medida não possui eficácia suspensiva, permitindo que o juiz da desapropriação exare o *ordonnance* de mudança da propriedade e da posse dos bens. Na hipótese do recurso contencioso de anulação ainda não estiver julgado quando emitida a *ordonnance*, o expropriado poderá manejar recurso de anulação desta para a *Cour de Cassation*, também desprovido de efeito suspensivo. Não interposta irresignação contra a *ordonnance*, ou improvida esta, eventual decisão posterior desconstituidora da declaração expropriatória não mais possibilitará ao interessado a reaquisição de seus bens. Similar a sistemática adotada pelo direito lusitano, onde é admissível o ataque do ato declaratório mediante recurso contencioso de anulação, a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Administrativo, o qual também não possui, por si, o condão mirífico da suspensividade, embora tal circunstância ostente genérica previsão normativa (Lei Orgânica do STA, art. 15, nº 5; Regulamento do STA, art. 60º; Código Administrativo, art. 82º, parágrafo único, n. 60), restritivamente condicionada a que: a) a suspensão não provoque grave dano ao interesse público; b) a execução do ato impugnado seja capaz de acarretar prejuízo irreparável ou de penosa reparação ao interessado. Embora a suspensividade do recurso contencioso seja excepcional, há lúcido ponto de vista adotado por JOSÉ SERAFIM FERREIRA RITA, Procurador-Geral Adjunto perante o STA, quando de parecer no Proc. 371/96, defendendo, como regra, a suspensividade do procedimento da desapropriação sob o argumento de que o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 26-04-83, entendera que, uma vez anulada a declaração de utilidade pública, todos os atos processuais praticados, mesmo depois do trânsito em julgado, perdem sua validade e eficácia (Expropriação para ampliação do campo de tiro de Alcochete. Conseqüências da impugnação contenciosa do despacho expropriativo. Eficácia do caso julgado em contencioso de anulação. Inconstitucionalidade dos artigos 27º e 28º do Código das Expropriações de 1976). Na Espanha, pela *Ley de Expropriación Forzosa* de 16 de dezembro de 1954 cabe recurso contencioso-administrativo quando ocorrer, no procedimento expropriatório, vício substancial de forma ou violação dos preceitos legais regentes da matéria, salvo quanto ao acordo de necessidade de ocupação, o qual somente é impugnável mediante recurso de *alzada* junto ao ministério correspondente. Há, na hipótese do preço oferecido ser inferior ou superior, em um sexto, ao pretendido como justo, o recurso contencioso-administrativo de lesividade, a ser interposto, pela Administração, pelo beneficiário ou pelo proprietário. A singularidade do controle espanhol está em que tanto as controvérsias acerca da legalidade da expropriação, ou pertinentes à compensação do particular atingido, resolvem-se perante as cortes administrativas.

A nossa jurisprudência considera a finalidade do ato declaratório como integrante do *bloco da legalidade*, submetendo-se à censura judicial. Bem elucidativo o acórdão da 1ª Turma do STJ no REsp 1.225-ES: *"Administrativo. Desapropriação. Finalidade social. Inocorrência. I- Conquanto ao judiciário seja defeso incursionar sobre a oportunidade e conveniência de desapropriação, pode e deve ele escandir os elementos que indicam a legitimidade do ato bem como à finalidade pois, aí, reside o freio à discriminariedade, por isso que a declaração de utilidade pública terá de indicar, precisamente, o fim a que se destina a expropriação. II- Tendo em conta o interesse público, é vedada à administração desapropriar "para construção de imóveis" sem especificar a perseguição do interesse público, é dizer, a finalidade. III- Se a finalidade referida no decreto expropriatório é fraudada, desmerece-se, por si própria, a desapropriação. IV- Recurso provido e remessa dos autos ao Pretório Excelso"*[39]. No voto do relator é citado precedente do Supremo Tribunal Federal no RE 78.229-6[40].

Problema maior consiste em fazer-se tal perquirição nos próprios autos da expropriação. A LGD contém dispositivos desfavoráveis a tanta, a começar pelo seu art. 9º que dispõe: *"Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública"*. Depois vem o seu art. 20, afirmando: *"A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta"*.

Pelos preceitos citados, o expropriado, se quiser impugnar a existência de utilidade pública, terá de fazê-lo através do ajuizamento de outra demanda, não podendo servir-se da oportunidade para defesa no processo de desapropriação.

Os nossos Tribunais, a despeito de permitirem que o objetivo da expropriação seja impugnado, excluem tal exame dos próprios autos da desapropriação. À época da Constituição pretérita, deliberou o TFR: *"A lei não impede "a discussão judiciária em torno do fundamento da desapropriação, no caso de eventual abuso por parte do Poder Público; também não impede que qualquer alegação de violação de direito individual seja examinada pelo Poder Judiciário. Só que tais discussões deverão ocorrer em ação própria"*[41].

Tem-se, assim, admitido o mandado de segurança, quando visar à argüição de incompetência do expropriante, ou ilegalidade demonstrável de plano[42]. Na maioria das vezes, poderá ser preciso a realização duma maior investigação probatória e, com isso, indispensável a opção pelo uso do procedimento ordinário.

O ponto negativo da via de defesa apontada pelo legislador está no art. 35 do Decreto-lei 3.365/41, ao prever que, uma vez incorporados à fazenda pública, os bens expropriados não mais reverterão ao expropriado, conquanto reconhecida a nulidade da desapropriação. Qualquer pleito resolver-se-á em perdas e danos.

39 RSTJ 13/272.

40 RTJ 72/479, rel. Min. RODRIGUES ALCKIMN.

41 RTFR 120/94, maioria de votos.

42 Vide STF, 2ª T., ac. un., RE 99.593-5-GO, rel. Min. DJACI FALCÃO; LEX JSTF 65/207; STF, 2ª T., ac. un., RE 90.602-9-SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, LEX JSTF 56/108; STJ, 1ª T., ac. un., RE 93.308-5-PR, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, LEX JSTF 86/80.

Deve-se entender o significado da expressão incorporação à fazenda pública não como mera transferência dominial, mas sim diante do princípio da intangibilidade da obra pública, construção do *Conseil d'État* da França. Deste modo, somente quando, imitida provisoriamente na posse, a Administração edificar obra ou implantar serviço público, ou se encontrarem estes em adiantada fase de execução, não mais caberá o retorno do bem.

Para obviar tal inconveniente, a jurisprudência passou a admitir a propositura de medida cautelar, com vistas a sustar o andamento da desapropriação enquanto não decidido definitivamente o feito onde a sua nulidade é questionada[43].

O dogma da não discussão do interesse público na ação desapropriatória não mais deve prevalecer na atualidade. RUBEM R. NOGUEIRA[44], lente da Faculdade de Direito da Universidade Católica da Bahia, ainda sob o jugo da ordem constitucional pretérita, lançou mão de percuciente estudo sobre o assunto, principiando pela evolução histórica do nosso direito positivo, onde constatou que o Decreto 4.956, de 09-09-1903, continha preceituação que vedava tal verificação (art. 10). Referida norma sofreu vigorosa impugnação por parte de Rui Barbosa, fundado na jurisprudência das cortes norte-americanas, a advogar que, se o expropriado centra a sua contradita na Constituição, guardião tanto da intangibilidade da propriedade quanto do direito de desapropriar, caberia aos juízes e tribunais a sua averiguação, que deveria operar-se no mesmo processo por onde se desenrola a expropriação.

Conclui, assim, que o Decreto-lei 3.365/41, na parte em que remete o exame jurisdicional da utilidade pública a feito distinto, viola, a um só tempo, as garantias constitucionais da propriedade e do acesso ao Poder Judiciário[45].

Mais recentemente, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[46] e CARLOS ARY SUNDFELD[47] inclinaram-se pela possibilidade de tal apreciação ser feita na própria expropriação. O último dos autores, vale citar, foi mais além. Pôs a questão

43 TRF, 2ª Reg., mv. MS 89.02.02871, 1ª T., Rel. Juiz CÉLIO HERTHAL, DJU de 14-11-89; e TRF, 6ª T., ac. un., AI 56. 167-GO, Rel. Min. CARLOS MÁRIO VELLOSO, DJU de 23-06-88.

44 Controle Judicial das Desapropriações por Interesse Público, RDP 30/05.

45 Pontificou o mestre baiano: *"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"* . Mais adiante, assevera: *"9. Tal proibição expressa, taxativa, é duas vezes contraditória e ofensiva ao que o nosso ordenamento 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 a via de conhecimento de possível lesão de direito individual , o que tudo envolve manifesto desrespeito ao disposto no art. 153, § 4º." (Controle Judicial das Desapropriações por Interesse Público, RDP, n. 30, pp. 8 e 10).*

46 Curso de Direito Administrativo, p. 386.

47 Desapropriação, p. 30-2.

não somente quanto ao art. 5º, XXXV, da Lei Máxima vigente, porquanto, a princípio, a franquia da intervenção judiciária estaria satisfeita com a possibilidade de propositura de ação direta, mas em conformidade com o item LIV do mesmo artigo, ao condicionar a perda da propriedade ao devido processo legal, o qual, por inexoravelmente abarcar o contraditório e a ampla defesa, não mais admite que a lei sonegue ao expropriado a oportunidade de, no processo de supressão de bem ou direito, que é o expropriatório, questionar a existência da utilidade pública ou do interesse social[48].

Além do fator não positivo da perda material do bem antes do julgamento da ação direta de nulidade, esvaziadora do conteúdo desta, a não admissão da contestação do interesse público na própria desapropriação contribuirá para a multiplicação de processos perante o Judiciário, pois haverá a necessidade, na maioria dos casos, de serem intentadas uma ação ordinária e outra de natureza cautelar[49]. Cabe ainda mencionar que a utilidade do ajuizamento da ação direta ficou mais comprometida com a Lei 8.437, de 30-06-92, pelo fato das declarações de utilidade pública emanarem, de regra, dos chefes dos poderes Executivos Federal, Estadual e Municipal, possuidores de foro por prerrogativa de função[50].

48 Luminosa a lição ministrada pelo conspícuo professor: *"Não basta assegurar-se ao interessado a apreciação judicial de sua inconformidade. É preciso fazê-lo no bojo do processo expropriatório. A correção desta assertiva resulta, com toda evidência, do cotejo dos incs. XXXV e LIV do art. 5º do Texto Constitucional. O primeiro garante o exame judicial de qualquer lesão ou ameaça a direito; o segundo, como se expôs, exige o devido processo legal para a decretação da perda da propriedade. Em virtude daquele, qualquer lesão a direito provocada por uma desapropriação ilegal já seria suscetível de apreciação do Poder Judiciário. O segundo dispositivo quer mais do que isto: quer o exame judicial das eventuais lesões a direito do expropriando no processo de desapropriação. Desta maneira, não basta garantir-se a apreciação jurisdicional fora dele. Contudo, os arts. 9º e 20 do Dec. lei 3.365/41, dispõem que a contestação não pode versar senão sobre os vícios do processo judicial e o valor da indenização, sendo defeso ao Judiciário decidir, no processo de desapropriação, se se verificam os casos de utilidade pública. A jurisprudência já afirmara, à luz do ordenamento constitucional anterior, a possibilidade de exame dessas questões, desde que fora da ação expropriatória. A Constituição de 1988, porém, exige a alteração deste entendimento, para admitir-se, na própria ação de desapropriação, o exame da validade da declaração de utilidade pública ou interesse social e de qualquer outro tema que possa influir na improcedência da ação. Os referidos arts. 9º e 20º, se já não estavam em desconformidade com a Constituição anterior, sem qualquer dúvida não foram recepcionados pela Carta de 1988. Destarte a contestação pode abranger qualquer matéria útil à defesa do expropriando, inclusive a validade da declaração de utilidade pública ou interesse social". (Desapropriação, pp. 30-2).*

49 Por essa razão, FERNANDO ALVES CORREIA (*Loc. cit.*, p. 198, nota 340), critica os modelos francês e português, recomendando a unificação do procedimento expropriatório em prol das cortes administrativas, às quais competiriam tanto a apreciação de sua legalidade quanto as controvérsias sobre a indenização devida.

50 Cf. a ementa do ARMS 94.04.07644-RS, TRF-4ª Região, Rel. Juiz JOSÉ FERNANDO J. DE CAMARGO: *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. 1. Na cautelar, a agravante busca sustar os efeitos do decreto do Sr. Presidente da República que declarou de interesse social para fins de reforma agrária o imóvel denominado "Estância Farroupilha". Trata-se de decreto de efeitos concretos. E "não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, a competência originária de tribunal" (§ 1º, do art. 1º da Lei n. 8.437/92). 2. Agravo regimental improvido". (2ª T., DJU-II de 10-03-94).*

Ultimando este tópico, ressalto consistir a nota singularizadora do controle exercido pelo Conselho de Estado voltar-se à largueza de seu alcance. Procede referido órgão à análise da medida extrema também sob o ângulo do seu custo-benefício (*bilan-coût-avantages*), cotejando-a frente ao seu dispêndio financeiro, aos inconvenientes de ordem social que provoca e a outros interesses públicos. Operou como *arrêt de principe* (*leading case*) o *Arrêt Ville Nouvelle — Lille Est*, de 28-05-71, o qual foi seguido pelo *Arrêts Société Civile Sainte-Marie-de-l'Assomption e Sieur Grassin*, de 20-10-72 e 23-10-73. Graças ao acervo do Prof. RAIMUNDO NONATO FERNANDES, emérito titular da cátedra de Direito Administrativo da UFRN, podemos constatar dita orientação sendo ratificada nos arestos seguintes: *Arestos Guillet* (16.01.76), *Dumas* (10.03.76), *Pourtier* (decisão em Assembléia, 28.11.75), *Demoiselle Branc* (26.11.75), *Mangin* (12.12.75), *Legagneux* (28.01.76), *Hugon*(17.12.75) e *Époux Bigois* (07.01.76). Idem nos julgados *Groupement forestier de Murat* (22.07.77), *Dame Pothier* (01.07.77), *Comité de défense des intérêts saintais* (04.11.74), *Èpoux Willm* (01.07.77), *Gloeckler* (01.07.77), *Girard* (24.06.77), *Consorts Tacher* (18.11.77), *Syndicat des Palvdiers* (07.10.77), *Collin* (17.06.77), *Rezeau* (06.07.77) e *Ministre de l'Équipement c. Weber* (09.12.77), com a ressalva de não caber à autoridade do contencioso administrativo pronunciar-se sobre a escolha feita pelo administrador quando há mais de uma opção para ser realizada a utilidade pública. No último caso, salienta o em. jus-administrativista potiguar, que a desapropriação fora anulada por visar à construção de um conjunto habitacional em atentado ao meio ambiente, por tratar-se de um local pitoresco, situado próximo da antiga abadia e igreja de *Andlau*.

X — *Publicidade*

À derradeira, frise-se que a desapropriação, como atuação administrativa, não escapa, para a sua validade e eficácia, à publicidade, mecanismo indispensável ao Estado Democrático de Direito, para a satisfação do reclamo de transparência dos atos e negócios governamentais e seu controle pelos interessados[51]. Resulta invencível do art. 37, *caput*, da Lei Fundamental.

Em razão dela, segue-se que o ato declaratório do interesse coletivo, quer oriundo do Executivo ou do Legislativo, de qualquer das esferas políticas da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), deve ser publicado através de órgão oficial[52], ou ainda na imprensa local, se assim norma legal exigir.

Tratando-se de Município que não disponha de imprensa oficial ou periódico

51 O liame entre publicidade e expropriação é alvo de destaque por GERALDO APOLIANO (*Loc. cit.*, p. 2).

52 Dispõe, entre outras coisas, o art. 5º, I, da Lei Complementar 76/93: *"A petição inicial, além dos requisitos previstos no Código de Processo Civil, conterá a oferta do preço e será instruída com os seguintes documentos: I — texto do decreto declaratório de interesse social para fins de reforma agrária, publicado no Diário Oficial da União"*. Em Portugal, o Código das Expropriações (art. 14º, nº 1) determina a publicação da declaração de utilidade pública no Diário da República.

de circulação diária ou semanal, decidiu a jurisprudência[53] ser dispensável dita formalidade, suprida pela fixação de cópia da declaração no átrio do edifício do governo municipal.

Além da notícia genérica, a cientificação pessoal é vinculativa para toda e qualquer expropriação. A elevação constitucional conferida à publicidade, como adverte CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA[54], ostenta duas faces: uma primeira, de conhecimento para o público em geral e outra, de interesse específico do indivíduo, na maioria das vezes impondo a este um fazer ou uma abstenção. Nesta última hipótese, forçosa a notificação pessoal do comportamento público, excepcionando-se unicamente as hipóteses em que tal seja inviável, pela multiplicidade dos interessados, ou quando algum destes não seja suscetível de localização.

Assim caminha o Supremo Tribunal Federal, ao tornar indispensável a notificação pessoal do proprietário, ou de quem tenha poderes para representá-lo, para a vistoria prescrita pelo art. 2º, § 2º, da Lei Complementar 76/93[55].

XI — *Referências bibliográficas*

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Introdução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. 4 ed. Brasíla: Editora Universidade de Brasília, 1994.

_____. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BON, Pierre. Direito de propriedade no Direito Constitucional francês. Tradução de Carlos Ari Sundfeld. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n.º 10, pp. 7-21, 1996.

CANOTILHO, José Joquim Gomes. Direito Constitucional. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CORREIA, Fernando Alves. As garantias do particular na expropriação por utilidade pública. Coimbra, 1982.

DALLARI, Adilson Abreu. Desapropriação: conceitos e preconceitos. *In*: Curso de Direito Administrativo. Coordenação de Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: RT, 1986.

DELGADO, José Augusto. Perspectivas do Direito Administrativo para o século XXI. *In:* Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Coordenação de Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988. Revista Forense, Rio de Janeiro, n.º 318, p. 55, 1991.

53 Ver RJTJERGS 150/396.

54 Princípios Constitucionais da Administração Pública, p. 248.

55 Consultar: Pleno, MS 22.285-9, ac. un., rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJU-I de 17.05.96, p. 16.320/21; Pleno, MS 22.165-8, ac. un., rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJU-I de 07-12-95, p. 42.607.

DIAS, Francisco Geraldo Apoliano. Desapropriação: perfil atual. Revista Teia Jurídica. Editor Geral: Lázaro Guimarães. Recife, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 1990.

DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada. São Paulo: Saraiva, 1994.

FALLA, Fernando Garrido. Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II. 3 ed. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1966.

FRANÇA. Conselho de Estado. *Arestos Guillet*, 16.01.76; *Dumas*, 10.03.76; *Pourtier*, decisão em Assembléia, 28.11.75; *Demoiselle Branc*, 26.11.75; *Mangin*, 12.12.75; *Legagneux*, 28.01.76; *Hugon*(17.12.75) e *Époux Bigois*, 07.01.76; *Groupement forestier de Murat*, 22.07.77; *Dame Pothier*, 01.07.77; *Comité de défense des intérêts saintais*, 04.11.74; *Èpoux Willm*, 01.07.77; *Gloeckler*, 01.07.77; *Girard*, 24.06.77; *Consorts Tacher*, 18.11.77; *Syndicat des Palvdiers*, 07.10.77; *Collin*, 17.06.77; *Rezeau*, 06.07.77; e *Ministre de l'Équipement c. Weber*, 09.12.77 (Consulta realizada nos arquivos particulares do Advogado e Professor RAIMUNDO NONATO FERNANDES).

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo: RT, 1990.

MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 1992.

NOGUEIRA, Rubem R. Controle judicial das desapropriações por interesse público. Revista de Direito Público, São Paulo, n.º 30, jul-ago, 1974, p. 5/16.

Princípio da proporcionalidade e Direito Administrativo. Texto desenvolvido a partir de trabalho produzido, em março/96, pelo Grupo de Estudos da Justiça Federal de Primeira Instância de Curitiba/PR, de que participaram os seguintes juízes: Antônio Albino Ramos de Oliveira, relator; João Pedro Gebran, revisor; Nivaldo Bunoni e Leda de Oliveira, debatedores. Revista AJUFE, São Paulo, n.º 49, 1996.

RIOS, Roger Raupp. A propriedade e sua função social na Constituição da República de 1988. Revista AJUFE, São Paulo, n.º 45, 1995.

RITA, José Serafim Ferreira. Expropriação para ampliação do campo de tiro de Alcochete: conseqüências da impugnação contenciosa do despacho expropriativo; eficácia do caso julgado em contencioso de anulação; inconstitucionalidade dos arts. 27 e 28 do Código das Expropriações de 1976. Parecer emitido no processo n.º 371/6/95, do Tribunal da Relação de Lisboa, Portugal.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. Desapropriação. São Paulo: RT, 1990.



Ref. 0080
Brochura
230 págs.
Form. 14x21
1996

O DEVIDO PROCESSO LEGAL TRIBUTÁRIO

Alberto Nogueira

Este livro abrange a relevância da cláusula do devido processo legal no âmbito da tributação. O autor formulou uma fascinante teoria integrativa entre o processo, a organização judiciária e o juiz. O *due process of law* é examinado a partir de seu contexto histórico e logo localizado no plano da realidade tributária brasileira. O autor dedica-se ao exame dos aspectos instrumentais do devido processo legal, ao processo moderno em face da crise da justiça e à organização judiciária entre outros assuntos de relevância no Processo Legal Tributário.