Manoel De Oliveira
Franco Sobrinho

Do Mandado De Segurança Nas Desapropriações

GENESIS EDITORA

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

Ex-Parlamentar e Magistrado Federal – Grande Oficial da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho – Professor Honorário da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Mendoza, na Argentina – Professor Honorário da Faculdade de Jurisprudência do Colégio Maior de Nossa Senhora do Rosário, de Bogotá, na Colômbia – Professor Honorário da Universidade Nacional Maior de São Marcos, de Lima, no Peru – Catedrático de Direito Administrativo e Professor Emérito da Universidade Federal do Paraná. Presidente do Conselho de Orientação Científica da GENESIS – Revista de Direito Administrativo Aplicado.

Do Mandado de Segurança nas Desapropriações

Curitiba

GENESIS EDITORA

1995

Ficha catalográfica preparada por
INDEX Consultoria em Informação e Serviços S/C Ltda.

Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira
F825 Do mandado de segurança nas desapropriações / Manoel de Oliveira Franco Sobrinho.--
Curitiba : Genesis, 1995.
110 p.

1. Desapropriação. 2. Mandado de Segurança. I. Título.

CDU (2. ed.) 347.234
CDD (20. ed.) 343.0252

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Do Mandado de Segurança nas Desapropriações
(MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO)

NOVA EDIÇÃO – 1995

Arte e Diagramação: Adilson Rodrigues Bonan
Composição: GENESIS Editora
Impressão: Apta – Gráfica e Editora Ltda. Rua Piauí, 2010
80630-300 – Curitiba - PR
Capa: José Humberto Boguszewski

Direitos desta edição reservados por

GENESIS EDITORA

(Furtado, Benedet & Luchtemberg Ltda.)
Rua Alferes Ângelo Sampaio, 345 – Água Verde
80250-120 – Curitiba - PR
Fone: (041) 242-7568 - Fax: (041) 342-3912

Constituição da República Federativa do Brasil – de 5 de outubro de 1988

Mandado de Segurança
- concessão: art. 5°., LXIX
- em recurso ordinário; processo e julgamento: art. 102, II, a
- julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça: art. 105, II, b
- processo e julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça: art. 105, I, b
- processo e julgamento; competência dos Tribunais Regionais Federais: art. 108, I, c

Mandado de Segurança Coletivo
- impetração: art. 5°., LXX

Desapropriação
- competência para legislar sobre: art. 22, II
- de glebas com culturas ilegais: art. 243
- indenização de benfeitorias: art. 184, § 1°
- isenção de impostos: art. 184, § 5°
- processo judicial: art. 184, § 3°
- não-sujeição: art. 185
- pelo Município: art. 182, § 4°, III
- por interesse social: art. 184 e §§ 1° a 5°
- procedimento: art. 5°., XXIV

SUMÁRIO

- Prefácio
- Da Desapropriação no Direito Comparado
- Do Mandado de Segurança e do Ato Expropriatório
- Da Desapropriação e dos Direitos Constitucionalizados
- Do Mandado de Segurança na Ordem Jurídica Positiva e Constitucional
- Do Direito Líquido e Certo nas Desapropriações
- Índice Geral Analítico

Índice

Prefácio 09

Capítulo I – DA DESAPROPRIAÇÃO DO
DIREITO COMPARADO 13
1. O método comparado 13
2. A sociedade e o indivíduo 14
3. Funções e finalidades 14
4. As iguais normas e princípios 15
5. As diversas diferenciadas legislações 16
6. A fonte romana 17
7. Natureza do instituto expropriatório 18
8. O motivo-causa no direito comparado 19
9. Dois documentos históricos 20
10. Nas repúblicas socialistas 22
11. A Carta da Alemanha Federal 23
12. A noção causal na lei 24
13. Os dados imediatos na desapropriação 25
14. A fase administrativa no direito comparado 26
15. A indenização no direito estrangeiro 27
16. No direito chileno 29
17. O homem e o direito 31
18. Problemática não diferente 34
19. A origem romanística 36
20. Limites do poder administrativo 37

Capítulo II – DO MANDADO DE SEGURANÇA
E DO ATO EXPROPRIETÁRIO 39
1. A posição de legitimidade constitucional 39
2. Composição do ato expropriatório 40
3. O fundamento constitucional 40
4. A que vem o mandado de segurança 40
5. A intervenção do Judiciário 41
6. O mandado de segurança no seu objeto 41
7. Discricionariedade e arbitrariedade 42
8. Legalidade formal e de fim 43
9. Regime jurídico próprio e peculiar 43
10. Ação de caráter real 44

11. O requisito da motivação 45
12. O ato na afetação do bem 46
13. Interesse legítimo e proteção jurisdicional 46
14. Os direitos implícitos 47
15. O ato lesivo 47
16. O direito constitucionalizado 48
17. Rigor constitucional 48
18. Direito e Constituição 49
19. O que a segurança visa proteger 49
20. Eficácia contra a Constituição 50

Capítulo III – DA DESAPROPRIAÇÃO
DOS DIREITOS CONSTITUCIONALIZADOS 51

1. As normas programáticas 51
2. Situações vinculadas 52
3. Disposições de princípio constitucional 52
4. Harmonia na exteriorização da vontade 53
5. Função administrativa e Constituição 53
6. O fim legal na Constituição 54
7. O valor das normas programáticas 55
8. Inciso XXIV do Art 5º da Constituição 55
9. Exegese do Art 184 56
10. Obrigações políticas e legalidade formal 57
11. Legalidade e normas programáticas 57
12. A lesão de direito individual 58
13. Ato administrativo e força executória 58
14. Direito condicionado 59
15. O ato expropriatório como gênero do ato jurídico 60
16. A defesa no processo judicial 60
17. Validade e eficácia 61
18. Validade do ato expropriatório 62
19. Eficácia do ato administrativo expropriatório 62
20. O erro gerando a ilegalidade 63

Capítulo IV – DO MANDADO DE SEGURANÇA NA ORDEM
JURÍDICA POSITIVA E CONSTITUCIONAL 65

1. Defesa da ordem jurídica consagrada 65
2. A hipótese da inconstitucionalidade 66
3. A questão da legalidade 67
4. O problema do abuso de poder 68
5. O excesso e o desvio como formas de abuso de poder 69
6. Duas posições de legalidade substancial 72
7. O sistema constitucional brasileiro 73
8. Aplicação do instituto da segurança 73

9. A posição do Ministério Público 74
10. A defesa do ato 75
11. A prova com suporte na garantia 76
12. A forma da norma no ato público 77
13. A vontade administrativa e a lei 78
14. Aplicação ilegal de norma constitucional 80
15. Agravo direto ao direito individual 81
16. Direito de categoria constitucional 82
17. A segurança no processo civil 82
18. Admissibilidade da segurança 83
19. Ação ordinária ou mandado de segurança 84
20. Sutileza de comportamento do legislador 85

Capítulo V – DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO NAS DESAPROPRIAÇÕES 87
1. Procedimento, formas ou formalidade 87
2. Os casos que a lei regula e protege 88
3. O fim público qualificado 89
4. A posição das partes na relação 90
5. A verdade jurídica na lei expropriatória 91
6. A segurança como instrumento protetor de direitos fundamentais 92
7. O que dizem as leis expropriatórias 94
8. Implicações de processo judicial 95
9. O mandado de segurança como ação 96
10. O mandado como ação direta 97
11. Os pressupostos subjetivos da segurança 99
12. Elementos que levam à nulidade do ato administrativo 100
13. Omissão da administração 101
14. O problema da lei é concreto e tangível 103
15. Forma e finalidade 104
16. Fatos e prova preconstituída 105
17. Deveres de submissão e direitos categorizados 106
18. Os condicionamentos jurídicos inafastáveis 107
19. A justa motivação legal 108
20. Conclusão geral na tese de cabimento da segurança 109

Prefácio

1. O professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho vem a ser, sem favor intelectual de qualquer ordem, um dos mais lúcidos e expressivos administrativistas latino-americanos.

A posição conquistada e desfrutada, em especial no plano do Direito Administrativo, é conseqüência inevitável da publicação constante de obras de real valor, tais como ***Introdução ao Direito Processual Administrativo***, ***Fundação e Empresas Públicas***, ***Desapropriação***, ***A Prova Administrativa***, ***O Controle da Moralidade Administrativa***, ***Manual dos Municípios e Empresas Públicas no Brasil***.

Essas obras, na realidade, acabaram por se constituir em acervo preciosíssimo, àqueles que se dedicam aos problemas nelas enfrentados e debatidos, tendo em vista a conjugação de virtudes que não correspondem a *numerus clausus*, mas que podem ser catalogadas, em síntese, a partir do reconhecimento de três vertentes: rigor científico, clareza cartesiana e beleza formal.

2. Neste volume o mestre aborda questão nova, através de ponte jurídica em relação à qual examina dois institutos conhecidos, isto é, o mandado de segurança e a desapropriação, apontando caminhos sequer espreitados, juridicamente, a partir de análises de indiscutível exercício hermenêutico, em que nenhum aspecto relevante é posto à margem.

O desenvolvimento científico do trabalho revela a utilização de uma metodologia correta, demonstradora de fartos conhecimentos do autor, também nesse particular.

3. Inicia o estudo, com riqueza de detalhes, no âmbito do **direito comparado**, anotando a desapropriação desde o Direito Romano, como fonte básica e viva, até a exegese de ligações contemporâneas, confrontando-as com a nacional para assinalar mais as sintonias, coincidências, semelhanças ou analogias, onde se destacam, entre outros, os itens pertinentes à natureza do instituto expropriatório e aos requisitos de motivo-causa.

4. No capítulo II são valiosíssimas as observações de Oliveira Franco no que tange ao estudo do mandado de segurança como **instituto**

constitucional, sendo minucioso ao tratá-lo em consonância com o ato expropriatório (composição jurídica) para dirimir questões de natureza subjetiva e objetiva.

Aliás, atendendo ao fundamento constitucional, ensina com precisão, ao se referir às questões contenciosas expropriatórias, inexistir embaraço que obste o exercício da tutela do controle jurisdicional, ocorrendo os motivos e hipóteses legais.

Daí a razão por que, reconhecendo com Cretella Júnior que da **declaração expropriatória** decorrem efeitos implícitos e explícitos, e, por isso, estes são passíveis ou não de controle jurisdicional, segue por admitir, com todas as letras, ser legítimo o mandado de segurança quando se caracterizar lesão a direito dos expropriados, como remédio insubstituível.

Tal direito, é certo, inscrito na Carta Magna, comparece como **constitucionalizado** (adiante tocaremos nesse assunto), pois, segundo a lição irrebatível de Oliveira Franco, no direito nacional são lesivos os atos que conflitam com os mandamentos constitucionais, ou contrariem, subjetiva ou objetivamente, no plano da forma e do conteúdo, as normas dele emanadas.

Assim, se presente lesão a direito líquido e certo, resultante de ato expropriatório (cujos aspectos são filtrados *ab ovo* à consumação declaratória) viciado, desviado ou praticado com excesso de poder, o *writ* é a medida judicial adequada como amparo e proteção para corrigir tais anomalias de origem e procedimento.

5. Importante demonstração de cultura geral e específica é a retratada pelo exame de desapropriação e dos direitos constitucionalizados (cap. III). A primeira observação saliente, aqui, é que o instituto da desapropriação apenas possui fundamentos positivos irrecusáveis em virtude do fato de estar integrado nas constituições, malgrado o curso histórico de sua projeção dentro dos respectivos sistemas jurídicos.

Decorrência lógica é a consideração segundo a qual, **protegendo a propriedade**, mediante justa e prévia indenização, a proteção não atinge o altiplano dos interesses do Estado, mas alberga, também, em seu alcance, **a pessoa**, na esfera própria dos seus interesses e bens, resguardados por força das situações subjetivas (vinculadas) e das posições que o autor batiza como singularizadas.

Esquematizando disposições de princípio constitucional (a norma como expressão da vontade estatal e a obediência à finalidade do mandamento), Oliveira Franco faz, ao lado de construções doutrinárias densas, exegese perfeita de artigos da constituição para, ao final do capítulo, após argumentar em torno da eficácia do ato administrativo expropriatório, demonstrar que, se viciado e falho de elementos, torna-se o mesmo ineficaz, e, ainda mais, pra reenfatizar que **o erro** (primeiro motivo de anulação) é gerador de ilegalidade.

6. Nos capítulos seguintes (IV e V), o Catedrático de Direito Administrativo do Paraná constrói excelentes ensaios a respeito do mandado de segurança na ordem jurídica positiva constitucional, afunilando com a análise do direito líquido e certo nas desapropriações.

Em atenção ao alvo primordial do livro, este último merece relevo mais significativo, mesmo porque contém a conclusão geral da tese sustentada, ou seja, a de que o *mandamus* é ação especialíssima ou recurso singular nas hipóteses das desapropriações, pois o nosso sistema jurídico-constitucional abrange, através do controle jurisdicional, todos os conflitos, uma vez violados direitos e garantias (por ilegalidade ou abuso de poder) consagrados no texto maior e nas leis do País. *Rectius*: objetivando o ato administrativo expropriatório que se opuser ao conteúdo e à forma, expresso pelas normas, onde o particular ataca a "lisura" ofendida, ao invés de, propriamente, a utilidade pública ou o interesse social.

O livro, excepcional sob todos os ângulos, vem enriquecido por toda a legislação regente no tocante aos casos de desapropriação, dado vital para facilitar o aperfeiçoamento dos interessados (Juízes, advogados, professores, alunos, etc.) nesse campo fértil do Direito Constitucional e Administrativo.

Remetemos o leitor inteligente ao prazer do conhecimento de uma tese renovadora escrita por um mestre qualificadíssimo, cuja cultura mais uma vez serve à literatura jurídica especializada.

O livro não se basta a si mesmo, tão logo é escrito. Qualquer tese, por mais brilhante que seja, eclipsa-se no anonimato, se não for divulgada mediante publicação.

PÉRICLES PRADE
Ex-Magistrado Federal – Advogado – Professor de Direito
Secretário de Justiça e da Cidadania do Estado de Santa Catarina

Capítulo I

DA DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

SUMÁRIO: *O método comparado. A sociedade e o indivíduo. Funções e finalidades. As iguais normas e princípios. As diversas diferenciadas legislações. A fonte romana. A natureza do instituto expropriatório. O motivo-causa no direito comparado. Dois documentos históricos. Nas repúblicas socialistas. A Carta da Alemanha Federal. A noção causal na lei. Os dados imediatos na desapropriação. A fase administrativa no direito comparado. A indenização no direito estrangeiro. No direito chileno. O homem e o direito. Problemática não diferente. A origem romanística. Limites do poder administrativo.*

1. O Método Comparado

A expressão **comparada** é de há muito um conceito jurídico-científico. Torna-se válida para a explicação de certos fenômenos que são afins nos sistemas legais e nos direitos nacionais. Traz para a hermenêutica, no tocante ao conhecimento, elementos comuns às diferentes legislações naquilo em que elas se harmonizam ou identificam qualificativamente.

Para alguns juristas, como BRUTAU, a aplicação do método comparativo no estudo do direito, leva a doutrina a captar na **finalidade** uma mesma unidade de propósito ou as mesmas faculdades jurídicas concedidas com objetivos semelhantes.(1)

Ao estudar-se dados jurídicos chamados fundamentais, na área da investigação, de imediato, se encontram liames que aproximam tendências ou

(1) JOSÉ PUIG BRUTAU – *Estudios De Derecho Comparado – La doctrina de los Actos Propios* – Barcelona, 1951 – pág. 19.

regras, princípios ou normas. Não é só o pensamento propriamente jurídico que interessa, mas as implicações que surgem da história, do conteúdo e forma das instituições.(2)

2. A Sociedade e o Indivíduo

Num instituto, no entanto, como o da desapropriação, para onde originariamente incidem princípios políticos, normas civis e regras administrativas, maiores devem ser os cuidados de análise crítica. E isto porque, jamais se pretendeu, através do direito expropriatório, ou sob a proteção dele, atentar-se contra os direitos privados.

Cabe aqui, analisando-se os diferentes textos legislativos, verificar que o sacrifício do administrado não é nem um sacrifício e nem uma perda de posição no quadro geral das garantias jurídicas.

Os abusos de poder administrativo é que, quase na constância, transformam o instituto num instrumento unilateral de opressão do particular com a descaracterização do interesse público e o desvirtuamento do mandamento constitucional.

Em todas as legislações, no direito e frente ao pensamento doutrinário, os sistemas adotam critérios harmônicos que conduzem a uma exata figuração do interesse maior público, e em razão da própria ordem jurídica privada e constituída.

Nos textos e contextos legais, o Estado não tende para o desmerecimento do direito do particular, como jamais se inclina institucionalmente no sentido de violentar preceitos asseguradores dos regimes políticos marcados pelo equilíbrio entre os dois elementos reais: a sociedade e o indivíduo.

3. Funções e Finalidades

Evidentemente que não se pode fugir de uma verdade elementar no tocante ao fenômeno expropriatório: definir funções e finalidades é o escopo do

(2) Vena na tese exposta: ROSCOE POUND – *An Introduction To The Philosophy Of Law* – New Haven, 1946; H. C. GUTTERIDGE – *Comparative Law* – Cambridge, 1946; RENÉ DAVID – *Les Grands Systémes de Droit Contemporaines* – Paris, 1971; JEAN RIVERO – *Cours de Droit Administratif Comparé* – notas de aula – Paris, 1954/55; quanto à GUTTERIDGE – *El Derecho Comparado* – trad. esp. – Barcelona, 1954. Consultar: J. CADART – *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel* – 2 vols – Paris, 1980; M. ANCEL – *Utilité et Méthodes du Droit Comparé* – Paris, 1971; I. J. CONSTANTINESCO – *Traité de Droit Comparé* – trad. franc. – Ts. I e II – Paris, 1972/1983.

instituto no direito comparado, tal e qual em linhas gerais ficou entendido desde o Congresso, celebrado em Paris, no ano de 1900.[3]

Num ensaio bastante preciso pela clareza da orientação dogmática, J. CRETELLA JÚNIOR, enfatizando, afirma que os sistemas trazem traços dominantes de confronto, inclusive o sistema administrativo quando assinala as conotações dos institutos, tipificando-os.[4]

Exato isso em termos de processo jurídico-histórico. A desapropriação, por motivo público qualificado em lei, ou por motivo de uma lei que a autorize em forma expressa, não aparece nunca no direito comparado distante da norma ordenativa que regula ou regular pode qualquer tipo de atividade de direito público.[5]

Sucede assim que, nas atividades gerais de serviço público, a permissibilidade parte de faculdades legais assentadas em normas de direito público e que se constituem como leis imperativas e proibitivas.[6] Não se dando ao Estado, destarte livres condições de simplesmente se movimentar somente em torno de seu interesse.

Não há quem não saiba que o direito privado está intimamente ligado às realidades do direito público, como o direito público assentado em regras de ação pertinentes ao direito privado.

A existência do direito jamais se limita somente pelos seus fins, mas sobretudo no atendimento de situações que se entrelaçando correspondem à Administração (Estado) e ao administrado (indivíduo).

4. As Iguais Normas e Princípios

Dispensável, hoje em dia, como o fez MARIO SARFATTI, buscar-se em longo escorço histórico, a justificação científica para a

(3) Congresso Internacional de Direito Comparado, onde foram enormes as contribuições de SALEILLES e LAMBERT. O primeiro, sobre a influência de STAMMLER, procurando os pontos comuns nos sistemas jurídicos para aferimento dos princípios universais. O segundo, dentro de uma concepção universalista do direito mais capaz de alcançar as regras comuns a todos os sistemas (ver GUTTERIDGE – ob. cit. – pág. 15/16).

(4) CRETELLA JÚNIOR – ***Direito Administrativo Comparado*** – São Paulo, 1972 – pág. 51. Não obstante a importância do debate a que se propõe, impropriamente usa o ilustre professor paulista de expressão "direitos administrativos locais", com a qual não concordamos (ob. cit. – pág. 229). Não traz a citada expressão vocabular, também não necessariamente adotada por alguns outros juristas de renome, nem o sabor do científico e nem o sentido exato da realidade. Falar de **administração local** sim, está certo! Não, porém, de Direito Administrativo **local**, pois as duas posições, que são jurídicas, não se antagonizam. É de lembrar a contribuição de GUIDO ZANABINI – ***L'amministrazione Locale*** – Padova, 1936 – ***l'amministrazione locale governativa*** – págs. 35/71.

(5) ENRIQUE SILVA CIMMA – ***Derecho Administrativo Chileno Y Comparado*** – Santiago, 1962 – Tomo I – págs. 35/49.

(6) SILVA CIMMA – ob. cit. – T. I. – pág. 50.

conceituação apropriada e positiva do direito comparado.(7)

Inclusive, sobretudo, no Direito Administrativo, como o sabemos, onde inúmeros são os institutos já consagrados e que se vitalizam nos sistemas nacionais de maneira a dar significação de conjunto para conceitos anteriormente sem conexão.(8)

Não só, como veremos, resume-se a importância comparativa no estudo dos atos e fatos administrativos. O mesmo acontece nos contratos e nos serviços públicos. No processo e na análise dos órgãos como pessoas jurídicas. Eis que, para relevo, entre as categorias institucionais administrativas, está a desapropriação com todos os elementos que lhe dão figuração concreta, casuística ou de caráter universal.

Analisando-se, por isso, os vários sistemas jurídicos, confrontando-os, é de se verificar que, no que diz com a desapropriação, a maioria desses elementos são comuns, semelhantes, senão iguais quanto aos fins, e sem qualquer subordinação ideológica, política, ou mesmo, de estrutura jurídica. São idênticas quase as regras normativas. São iguais, além de tudo, os princípios originários reguladores.

5. As Diversas Diferenciadas Legislações

O que importa, todavia, está no método de estudo do direito comparado abrangente das diversas legislações, e método que, sem dúvida, como expõe SARFATTI, não vai somente à origem histórica das instituições, mas ao exame investigatório dos direitos nacionais.(9)

Precisamente, desse exame, deflui toda a problemática relacional e de conteúdo programático jurídico-processual. O mesmo trabalho de sistematização elaborado pelos civilistas serve de suporte para os sistemas de Direito Administrativo. Com maior relevância ainda no tocante à desapropriação em virtude das impostas prerrogativas públicas.

Bem analisadas, as legislações, comparadas nos seus textos, não se contradizem. Partindo da notável lei italiana nº 2.359, de 25 de junho de 1865, a índole do instituto extroverte, de certa forma, as mesmas premissas ou, casuisticamente, quase os mesmos objetivos.

É de lembrar de passagem, para ilustrar, a assertiva de SARFATTI, quando aconselha nas investigações das leis o que chama de "ambiente

(7) Ver ***Introduccioón Al Derecho Comparado*** – trad. esp. – México, 1945.
(8) CRETELLA JÚNOR – ob. cit. – ***Institutos do Direito Administrativo – Regimes Jurídicos do Direito Administrativo Comparado*** – págs. 213/216.
(9) MARIO SARFATTI – ob. cit. – Cap. IV – págs. 199/213.

jurídico" e de "estado de direito", e isso num determinado momento de vida e de desenvolvimento social.(10)

Está claro, no entanto, que os conjuntos jurídicos isolados podem apresentar dessemelhanças, conquanto leis que integram esse conjunto apresentem analogias onde a indagação comparativa torna-se mais explícita, como, *in casu*, nas desapropriações.

6. A Fonte Romana

A experiência demonstra que o direito comparado, seja público ou o privado, mantém íntimas correlações que são positivas. Basta, para isso, querendo o hermeneuta, a análise de certos textos particulares que conduzem a um espírito interpretativo comum de certas metas públicas. Como produto do tempo histórico, a fonte **romana** ainda se faz viva.(11)

A herança, que chega de um longínquo passado político-social, consolidou instituições, aglutinou princípios e normas, causas, casos e efeitos, colocando o poder administrativo a serviço do direito legal e o Estado em função das imponderáveis necessidades públicas.

Com respeito à fonte **romana**, ou às origens romanas, não há como entender a participação do cidadão-administrado. Não são os direitos individuais que se subrogam por força de um interesse maior. Nem o indivíduo que se deixa limitar na sua ação de vontade pessoal. É o Estado, na sua expressão coletiva, procurando a satisfação das necessidades sociais.(12)

O fundamento romanista está no direito que construiu as legislações modernas. Leia-se, para melhor conhecimento, a lei francesa consubstanciada no Decreto nº 58.997 de 23 de outubro de 1958 e a lei espanhola de 16 de dezembro de 1954, ambos os diplomas não impondo sequer divergências doutrinárias ou traços obrigacionais não condizentes com a linha histórica do instituto.

(10) SARFATTI – ob. cit. – págs. 201/2.

(11) Teoricamente, em razão da história, a força da origem romana não está na legenda, mas de certa forma nas instituições. Praticamente, no seu direito, apurado por gerações contínuas de grandes juristas, que o adotaram como fonte principal dos sistemas jurídicos do mundo ocidental. Como informação: V. ARANCIO – RUIZ – ***Instituciones de Derecho Romano*** – Madrid, 1986.

(12) Transmitindo valores, o direito romano, sem dúvida também transmitiu mesmo após a decadência do Império, o seu espírito de organização administrativa. Jamais esqueceram os romanos a importância do Estado econômico e social e não só político. Assim, simplesmente, Roma não desapareceu até hoje. Nas suas instituições buscamos ainda o melhor conceito do **bem comum** ou a melhor definição de **princípios humanos**.

As conotações refletem, não obstante, face à realidade do tempo, o equilíbrio entre o público e o privado, a harmonia entre o social e o particular, mantendo, para os dogmas jurídicos, influências que não chegam a conflitos quanto ao fim e aos meios, às necessidades e aos interesses, tudo em razão de fatores que sempre foram e são jurídicos.(13)

Continua atual o trabalho de pesquisa realizado por ALVAREZ GENDÍN, ainda em 1928, em torno de problemas expropriatórios clássicos e com respeito àquilo que o jurista espanhol denominou de "introdução à doutrina da necessidade e utilidade pública na legislação", cujo fundamento se encontra depois assentado na Declaração dos Direitos do Homem, proclamada pela Revolução Francesa em 1789.(14)

Das origens romanas até a formação do pensamento doutrinário francês, os graus na evolução do instituto da desapropriação como direito, lei e processo, marcam situações jurídicas sensíveis que mandam respeitar a propriedade, salvo razões **ex justa causa**.(15) Quanto à doutrina, na sua evolução, apenas intimidou-se ante o conceito relativo do *jus politiae* ou, quem sabe, até hoje, do *plenitudo potestatis*.

7. Natureza do Instituto Expropriatório

Atente-se para as legislações modernas, e com maior atenção, para a francesa. O que se verifica com tal propósito? É que ela, na sua construção expositiva, possui inúmeros pontos comuns com a espanhola e a portuguesa. Pontos que, não obstante as maneiras de proceder, encaminham o intérprete para soluções idênticas nos objetivos públicos.

As diferenças acaso existentes e que de pronto se anotam nas leis citadas, outras não são que aquelas de estrutura de regime político ou de mecânica relativa à organização do Estado. No fundo e no conteúdo, como no tocante aos fins, as leis se assemelham e até se igualam. Apresentam-se, ao comparativista, como instrumentos de uma mesma ação administrativa.

Nenhuma delas, inclusive a argentina e a brasileira, deixam de atender, no fenômeno expropriatório, à posição do Estado e à situação do indivíduo. Administração e administrado confrontam-se por motivo de um direito e de um interesse, de uma garantia jurídica e de uma necessidade pública.

(13) Ver: SABINO ALVARES GENDÍN – *Expropiacion Forzosa – El Derecho Romano* – Madrid, 1928 – Cap. I – págs. 5/6.
(14) SABINO ALVAREZ GENDÍN – ob. cit. – pág. 15.
(15) ALVAREZ GENDÍN – ob. cit. – *Derecho Extranjero – Derecho Nacional* – págs. 15/21; SARFATTI – ob. cit. – *Origem do Direito Comprado* – págs. 1/8; GUTTRIDGE – ob. cit. – *Origem e Desenvolvimento do Direito Comparado* – Cap. II – págs. 25/44.

Em falando de terminologia, os vocábulos conceituais jurídicos, produzem um mesmo resultado qualificativo e gramatical. Não há destaques a fazer que leve a contradições quanto à natureza do instituto. Na sua pureza, o instituto, não somente no aspecto histórico, mantém-se inatingível dentro de um sistema legal de garantias jurídicas nominadas.

Não há qualquer passagem nos referidos diplomas de lei, de medidas que possam infringir o direito do administrado. A cautela está, em precisamente, resguardar a posição do particular, não obstante a premência do direito público estatal. Saliente-se, portanto, duas figurações legais como preocupação do legislador nas desapropriações:

a) a de submissão da Administração ao direito;

b) a de submissão do ato expropriatório às demais determinações da lei ou do processo legal.(16)

Tudo o mais daí decorre ou deflui. Os instrumentos de direito privado não se diferenciam nem por influência de atuação do direito público. Preferentemente se inclinam ante o que é reconhecido como do indivíduo, do administrado, ou do particular.

8. O Motivo-Causa no Direito Comparado

Já a lei italiana de 1865, dispondo sobre as desapropriações por necessidade ou utilidade públicas, impunha duas condições, explícitas juridicamente, com referência:

a) aos atos que devem proceder a declaração de utilidade pública;

b) à forma da declaração de utilidade pública.

A mesma é a orientação da lei francesa de 1958 com respeito à declaração ou ao ato declaratório. Alterada, posteriormente, em 1959, ou então completada, estabelece condições para as operações de procedimento expropriatório e para a transferência forçada da propriedade.

A lei portuguesa, no seu contexto, não difere das demais. Ela se executa, como diz o Decreto nº 43.587, com a intenção de garantir, em termos adequados, *"a defesa dos legítimos interesses do proprietário"*. E se faz

(16) São inúmeros os pontos comuns, conforme adiante examinaremos cuidadosamente, entre as legislações estrangeiras. E pontos que oferecem melhor compreensão aos intérpretes das leis brasileiras. O problema de manter o instituto nos seus limites harmoniosos não é só do nosso tempo, tudo vale para o Estado quando em dificuldades para o cumprimento dos seus fins públicos. Mas as leis, quando bem analisadas, dão ampla liberdade de iniciativa à Administração. Sem prejuízo, no entanto, dos direitos individuais, ou melhor, dos valores que, em contrapartida, correspondem a esses direitos. Na literatira: R. SANCHEZ FERRIZ - ***Introduccion al Estado Constitucional***, Madrid, 1993.

mediante declaração conforme o artigo 12° da lei n° 2.030, fixando as competências e a responsabilidade.

Na Espanha, os requisitos de motivo-causa, são prévios. De uma maneira formal diferente afirma o que as outras leis afirmam. Mas na **declaração** reside, tempestivamente, a finalização do procedimento administrativo anterior. Não há, por assim dizer, uma vontade que não seja a **legal**. Como não prevalece um **fim** que não se imponha como legítimo.(17)

O motivo-causa nas desapropriações, em qualquer dos sistemas jurídicos, antigos, contemporâneos ou modernos, como também nas leis brasileiras a partir da lei de 9 de setembro de 1826, torna-se imperativo e não somente finalístico, eis que, sem essa **razão** de fundamento social e ético, não cabe ao poder público abrir exceções contra o direito de propriedade.(18)

Nunca será demais, portanto, na análise comparada observarmos que, em todas as legislações permanece a preocupação do Estado legal, em oposição ao arbítrio. Nos limites da lei, ou das leis expropriatórias, a amplitude não coíbe a vontade pública quando se manifesta na sua legitimidade. A lei precede o ato, como o motivo-causa também.

9. Dois Documentos Históricos

Na comparatividade de espaço-tempo, dois documentos históricos deram conteúdo definitivo ao poder de expropriar:

a) a Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão;

b) o Código de Napoleão.

De lá para cá, as legislações se fizeram mais cuidadosas, em atenção ao direito do administrado. Anteciparam ambos esses documentos uma posição irreversível. Sem nenhum prejuízo para a atividade administrativa

(17) A lição vem de Roma e do direito romano. A desapropriação ao atempo considerada como um direito **especial**. Passando pelos glosadores e atingindo a Idade Média. Uma relação contratual obrigava o Príncipe a respeitar a propriedade individual, salvo razões **ex justa causa**. A tese de Bartulo ainda merece compreensão, pois o poder político não é um *dominius mundi*. Em linha reta foi essa herança do direito ocidental. Chegando o instituto ao nosso tempo para definir situações excepcionais (ALVAREZ GENDÍN ob. cit. – Cap. I – págs. 5/14; MARIO SARFATTI – ob. cit. – a influência romana – págs. 1/10; e consultar: EDGARDO BERTOLUCCI – ***Espropriazione per Causa di Pubblica Utilitá*** – Milano, 1945; GARSONNET – ***Traité de L'expropriation*** – Paris, 1900; FERNANDO LEGÓN – ***Tratado Integral de la Expropiación Pública*** – Buenos Aires, 1934; J. CRETELLA JUNIOR – Histórico da Desapropriação – TRATADO – Vol. IX – págs. 25/31.

(18) A lei brasileira de 1826, bastante avançada para a época, desdobrou-se entre a necessidade e a utilidade públicas. Os motivos-causa seriam, portanto, dois tal e qual estavam enunciados. Como necessidade, considerava-se: a defesa do Estado, a segurança pública, socorro público e salubridade pública. Como **utilidade**: instituições de caridade, fundação de casas de instrução da mocidade, comodidade geral e decoração pública. O interesse social veio bem depois como sabemos, completando quadro constitucional das premissas constitucionais.

estatal. Mas em favor da ordem jurídica e da harmonia social.[19]

Quanto ao processo jurídico, acompanhou o processo político. Não devendo o Estado, salvo por motivos excepcionais, relevantes, indeclináveis, fugir das suas obrigações tutelares para com o administrado, ou, exercitar faculdades não legais que afetem as garantias individuais.

A herança, ao que vemos, consolidou-se pelos tempos ganhando substância material nas legislações que depois vieram sob a inspiração do Código Civil francês.[20] Com respeito ao instituto expropriatório, o princípio da excepcionalidade, jamais conseguiu derrogar a norma jurídica, que daí passou a ser inscrita formalmente nas cartas constitucionais.

No século vinte, muito apesar dos movimentos políticos ideológicos, a Declaração Universal do Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, manteve com o mesmo espírito e as mesmas reservas, duas reais imposições:

a) toda a pessoa tem direito à propriedade, individual e coletiva:

b) ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.[21]

Como a propriedade é um conceito universal, tanto na linha **vertical** da história como na linha **horizontal** das sociedades humanas, onde quer que apareça ou sob que aspecto se apresente, mantém características inalienáveis de poder psicológico aliado a profundo sentimento fisiológico.

Eis porque é aqui que a explicação materialista no sentido político contrasta com os dados da história. No subsolo do fenômeno econômico reside a noção de posse e do direito de propriedade. Resulta pois, assim, que a evolução social pode entender-se pelo fenômeno econômico direta ou indiretamente ligado aos interesses materiais.[22]

Com isso, no entanto, não se vá dizer que o Estado **político** possa, sem maiores compromissos, romper com o que é natural na tradição. Não que o impulso econômico seja uma condição exclusiva, mas porque com o concurso

---

(19) "*As transformações radicais operadas pela Revolução Francesa, principalmente na proclamação dos direitos do homem, assinalam o fim de uma época e o início de novos tempos com reflexos fundamentais no campo jurídico. Os direitos individuais passam a ser solenemente proclamados e juridicamente garantidos. Firmaram-se de maneira plena os princípios do liberalismo, na política e na economia, refletindo-se no ordenamento jurídico, mas assim como na economia, refletindo-se no ordenamento jurídico, mas assim como o indivíduo é desde então o ocupante do primeiro lugar e o Estado é apenas o instrumento das garantias individuais, a desapropriação não pode ser senão um instituto excepcional de que se lança mão para os casos não de simples utilidade, mas de necessidade pública e mediante depósito preventivo de indenização*" (J. CRETELLA JÚNIOR – ***Tratado*** – Vol. IX – pág. 29).

(20) Promulgado o Código Civil, em 21 de março de 1804, novamente é consagrado o princípio expropriatório, ressalvando o direito do expropriado à indenização prévia. Artigo 545: "*Ninguém pode ser constrangido a ceder sua propriedade, a não ser em caso de utilidade pública e mediante justa e prévia indenização*" (CRETELLA – ob. cit. – Vol. IX – pág. 30).

(21) Artigo XVII da Declaração. Ver: MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO – ***O Homem na Comunidade Política Internacional*** – Curitiba, 1964 – pág. 50.

(22) ICILIO VANNI – ***Filosofia del Derecho*** – Tr. de RAFAEL URBANO – Madrid, 1941 – págs. 223/4.

de outras forças, torna o indivíduo-pessoa, sujeito de direitos. A questão não é só de forma legal, mas de conteúdo de vida social.

10. Nas Repúblicas Socialistas

Por muito paradoxal que pareça, contudo, as transformações históricas sofridas pelo direito, pouco atingiram o instituto da desapropriação, a não ser num sentido puramente formal.

Guardou o instituto, nas suas origens, premissas e fins, caracteres pelos quais os princípios estabeleceram critérios, ou relações que os sistemas jurídicos reconhecem como de status social-econômico.

Jamais substituiu-se a tutela do Estado para a proteção da propriedade. Basta dizer que as cartas constitucionais de repúblicas socialistas, como, por exemplo, a mais recente da Bulgária, reconhece, na propriedade, diferentes formas, como a estatal, a cooperativa, de organizações sociais e a da pessoa.[23]

E é assim que o Estado pode expropriar com fins estatais e sociais *"os bens dos cidadãos, das cooperativas e organizações sociais, contra o pagamento da devida indenização"*. Quanto ao sistema expropriatório e seu processo e a fixação indenizatória, são os determinados por lei.[24]

Uma das mais importantes **cartas**, a da República Federal da Alemanha, consubstancia algumas determinações que, levadas ao exame de análise jurídica, não surpreendem e nem inovam em matéria de expropriação, como não deixam de marcar um passo a frente no trato de fim processual.[25]

Entretanto, na lei, está não a explicação do instituto na sua milenar história, mas o modo pelo qual o Estado se ativa e procede em termos de equilíbrio ou de comportamento social e político. Não há, de plano, outra maneira de entender o fenômeno de desapropriação, e isso nem com a diferença conjuntural que preexiste nos regimes constitucionais.

(23) Constituição da Bulgária de 16 de maio de 1971. Quase de igual teor é o artigo 36 da Constituição da Rumânia, de 13 de março de 1969 e que manda a *"lei proteger o direito de propriedade pessoal"*.
(24) Art. 28 da Constituição da Bulgária de 1971.
(25) Diz, na sua primeira parte, o Art. 14 da Constituição da RFA: *"A propriedade e o direito de herança são garantidos. Seu conteúdo e seus limites são aqueles determinados através de lei. A propriedade traz obrigações. Seu uso deve servir simultaneamente ao bem-estar geral"*.

11. A Carta da Alemanha Federal

A Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, liberal apesar de nascida de uma situação revolucionária na Europa central e oriental depois de 1918, antecipou a regra da Carta atualmente vigorante, assegurando pressupostos garantidores da propriedade na vida econômica e também disposições legislativas adequadas ao procedimento expropriatório.(26)

A mesma tendência, sem dúvida, alcançou projeção no futuro, hoje **presente**, repetindo-se na posição estatal em face do indivíduo e da propriedade, a mesma linha de conduta um tanto mais adiantada quanto aos conceitos de interesse geral ou de bem-estar geral.

O Art. 14, no seu nº 3, textua que a desapropriação só pode ser admitida no interesse geral. E que só pode efetuar-se através de lei ou em virtude de uma lei, que regule a espécie e o montante da indenização.(27)

Há que lembrar, todavia, o fim chamado de **socialização**, por onde as finalidades se tornam diversificadas, e a propriedade passível de ser convertida em propriedade coletiva.(28)

Certas peculiaridades, contudo, ressaltam uma posição jurídica totalmente diferente no seu conteúdo de expressão jurídica, não obstante o direito do Estado derivar do expresso disposto constitucional. Não existe, porém, uma lei que vigore para todos os casos de desapropriação.(29)

O que se torna claro, aparecendo como evidente, é que na República Federal da Alemanha, comparados os textos legislativos com os textos das repúblicas populares socialistas, a desapropriação mantém inatingíveis as suas

(26) B. MIRKINE-GUETZEVITCH – ***Las Nuevas Constituciones del Mundo*** – Trad. esp. – Madrid, 1931 – Constitución del Reich Aleman – págs. 87/8

(27) Art. 14, nº 3: *"A desapropriação só é admitida no interesse geral. Ela só pode se efetuar através de uma lei ou em virtude de uma lei que regule a espécie e o montante da indenização. Esta indenização deve ser determinada sob a ponderação justa dos interesses da coletividade e do particular afetado. Em caso de discordância no que toca ao montante da indenização, ficará aberta a via judicial ante os tribunais ordinários"*.

(28) Possui a seguinte redação o Art. 15 cuja inteligência é bastante avançada: *"Com o fim de socialização e através de lei que regule a espécie e o montante da indenização, poderão ser convertidos em propriedade coletiva ou em outra forma de economia coletiva, a terra e o solo, as riquezas naturais e os meios de produção. Para a indenização aplicar-se-á o disposto no Art. 14"*.

(29) *"Não há na República Federal da Alemanha uma lei geral de desapropriação que vigore para todos os casos e regule de modo geral o processo. Ademais existe um grande número de regulamentos especiais tanto no âmbito federal como no dos Estados federados. O direito do Estado à desapropriação provém dos Arts. 14 e 15 da Constituição. Podem ser objeto de desapropriação todos os direitos patrimoniais privados. As leis especiais, que regulam a matéria em setores importantes, são a lei federal de construção e a lei do fornecimento. Ao lado dessas, existem leis que somente prevêem a possibilidade da desapropriação, sem estabelecer o respectivo processo. Como o direito expropriatório pertence só à competência legislativa da União, figuram ao lado das leis federais, também leis dos Estados federados em particular"*. (Fonte: Professor R. BERNHARDT – ***Instituto Max-Planck – Direito Público Estrangeiro*** e ***Direito Internacional*** – HEIBELBERG, 1972).

regras processuais, as suas normas indicativas, os seus princípios institucionais e as obrigatórias implicações de exata natureza legal.

12. A Noção-Causal na Lei

Aceita a Administração pública, quando delimitada no seu objeto científico, nada mais é que *"um conjunto de fenômenos sociais"*,[30] ou melhor, fenômenos de vida coletiva e de interesse social.

Bem sentindo o Estado na sua evolução, auxiliado hoje pelos instrumentos da técnica e da ciência, a posição do poder público, e portanto, do poder administrativo, assume projeção que exige, no direito, o resguardo do administrado. Não pode mais a Administração, como fenômeno-fato, manter-se alheiada de problemas que são necessariamente de funcionamento, de estrutura e de organização.[31]

A noção **finalista**, de que fala M. MARTINEZ GONZALEZ, com respeito à atividade administrativa, não é, por exemplo, para o instituto da desapropriação, a mais aceitável na prática ou na doutrina.[32]

Peca pela base quando pretende que esse tipo singular de atividade esteja alheio ao mundo do direito. Admitir tal hipótese, e isso para justificar atos de gestão, será quase o mesmo que negar *a priori* qualquer medida cujo suporte assente na realidade das garantias jurídicas.

Quanto ao conceito **função-finalidade**, como elemento constitutivo essencial de cada manifestação concreta de ação administrativa, assenta ele em três condições: uma de natureza política, a segunda de individualização do fim e a outra pública de lei ou de legalidade.

Evidentemente que a política pode marcar os fins conquanto a administração possa escolher os meios, conforme lembra com sutileza GARCIA TREVIJANO FOS em tratando do princípio jurídico da organização administrativa na sua melhor compreensão como fenômeno-fato-político.[33]

A noção causal não se faz nova no Direito Administrativo. É categoria de valor para o conceito relativo ou absoluto de interesse público, ou

(30) Ver Mariano Baena de Alcazar – PERSPECTIVAS Y TENDENCIAS DE LOS ESTUDIOS SOBRE LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACION – in PERSPECTIVAS DEL DERECHO PÚBLICO EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX – Madrid, 1969 – Tomo IV – pág. 27.

(31) Anote-se, para mais ampla análise, as contribuições de: GIUSEPPE CATALDI – ***L'organizzazione Della Amministrazione Pubblica E La Scienza Della Amministrazione***; HENRY PUGET – ***L'adaptation de L'administration Publique à L'évolution Sociale***; HECTOR GIORGI – ***Administración: Instrumento de Desarrolo*** (*in* ***Perspectivas*** – ob. cit. parágrafos 98, 100 e 101 – págs. 51, 137 e 149).

(32) Ver ***La Individualización De Cada Una De Las Diversas Manifestaciones Del Actuar Administrativo*** – *in* ***Perspectivas*** – ob. cit. – Tomo IV – pág. 512.

(33) *"A política marca os fins e a Administração escolhe os meios"* (GARCIA TREVIJANO FOS – ***Principios Jurídicos De Organización*** – Madrid, 1957 – pág. 281).

de serviço público. Identifica-se, naturalmente, com o fim e o objeto do ato. E com significado, quem sabe, tanto psicológico como jurídico-subjetivo.(34)

Por sua significação política, a desapropriação na história e na atualidade, no direito comparado é possível afirmar, aproxima a noção finalista e causal da lei e da regra jurídica, harmonizando sistemas ou integrando princípios numa mesma esfera de condicionamentos compulsórios.

Basta a simples análise da legislação comparada e das cartas constitucionais para, numa evidência que se torna flagrante, chegar-se a uma mesma conclusão: o instituto, em que pesem os regimes, protege a propriedade e assegura ao indivíduo o direito daquilo que é seu, respeitando o patrimônio de cada um mesmo em conflito com o interesse coletivo.

13. Os Dados Imediatos na Desapropriação

Indubitavelmente, dados imediatos modelam o instituto da desapropriação no direito comparado. Nos seus aspectos exteriores não prevalecem elementos comparativos que não sejam afins e não conflitantes. No conteúdo vingam os elementos de substância histórica. Quanto ao processo, aproximados os textos legais, as regras são as comuns ao direito privado.

A lei italiana, por exemplo, de 25 de junho de 1865, muito tem de semelhança com a francesa de 23 de outubro de 1958. De igual maneira a lei portuguesa de 22 de junho de 1948 e a espanhola de 16 de dezembro de 1954.(35)

Na doutrina, não acontece diferente. O pensamento se inclina para uma mesma situação relacional-jurídica. Após a fase administrativa, todo o processo é montado, e em torno da compensação indenizatória. No seu exercício, o poder de expropriar, nada mais é que um poder legal. Entrosado num sistema de garantias. Manifestamente constitucional.

Aliás, basta considerar, no que tange à orientação doutrinária, a identidade dos conceitos, ou então, para melhor entendimento, a semelhança

(34) P. BODDA – ***Opinioni Sulla Causa Dell'atto Amministrativo – Scritti in Onore di Santi Romano*** – Vol. II – Padova, 1940; GEORGES VEDEL – ***Essai sur la notion de Cause Dans le Droit Administratif*** – Paris, 1934; PIETRO GASPARRI – ***La causa Degli Atti Amministrativi*** – Milano, 1966 – págs. 314 e segts. A noção-causa, ou causal, sem dúvida, continua um dos temas mais fascinantes, e por vezes, controvertidos, no estudo do ato administrativo. Sem uma causa, sem um motivo-causa, sem uma motivação, qualquer ato perde o seu valor jurídico, e com isso, sua eficácia.

(35) Recomenda-se a análise dos textos legais estrangeiros. Levam todos eles a uma mesma conclusão: a de que as leis expropriatórias jamais pretendem dar supremacia ao poder público. E que o ato de declaração, declaratório, não foge de princípios que são normas legais explícitas. Cada lei, na matéria, traz para o observador ou para o hermeneuta, a convicção da igualdade entre as partes. Na literatura: EROS ROBERTO GRAU – ***Direito, Conceitos e Normas*** – São Paulo, 1988.

das posições assumidas, a similitude dos textos legislativos com suporte na evolução sem distorções do conhecimento histórico.

Todos os juristas, é possível dizer, que se preocuparam com a problemática expropriatória em nossa época, continuam mantendo nas suas áreas geográficas de influência nacional, as mesmas tônicas preceituais tanto com respeito à formação da vontade pública como também com as resultantes que se impõem ao que pode ser chamado de **direito do administrado**.(36)

Na Alemanha, todavia, a a perda da propriedade pela desapropriação, segundo a definição dominante para as diversas expressões expropriatórias, conduz a doutrina a aceitar uma possível desigualdade de tratamento legal, não somente em relação ao regime político-federativo, mas também com respeito ao processo nas esferas da atividade administrativa federada.(37)

No entanto, é na lei fundamental, que os propósitos públicos se concretizam, tomam forma inicial, e apresentam, nas variadas manifestações volitivas, uma mesma fonte de defesa da propriedade privada. Assim não fosse, inócuas se tornariam as garantias individuais qualificadas. Como inúteis os mandamentos constitucionais e o que eles exatamente representam.

14. A Fase Administrativa no Direito Comparado

É a mais importante, por assim dizer. Preparatória do ato declaratório e do fato-causal. Além do mais, enquadrador dos planos públicos, fixador da finalidade essencial. Por onde se afasta, no interesse das leis fundamentais, o possível antagonismo entre a Administração e a legalidade.

(36) Consultar para concluir: PIETRO VIRGA, ALAIN LETARNEC, JOSÉ PINTO LOUREIRO, GARCIA DE ENTERRIA, FERNANDO LEGÓN e SEABRA FAGUNDES, e isto na Itália, na França, em Portugal, na Espanha, na Argentina e no Brasil.

(37) A contribuição informativa que recebemos do Instituto MAX PLANCK recomenda obras que merecem menção para uma pesquisa de maiores proporções pelo simples motivo de não haver na Alemanha federal uma única lei unitária em matéria de desapropriação. A contribuição recebida através do Professor R. BERNHARDT à título de valiosa colaboração, é a seguinte: RUDOLF REINHRD e ULRICH SCHEUNER *Verfassungsschatz des Eigentums* – MOHR-VERLAG – Tübinge, 1954; HERBERT KROENER – *Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes* – HEYMANN-VERLAG – Köln-Berlim-München-Bonn, 1961; HORTS LUDWIG SIEBER – *Die junktin In-Klausel in Artikel 14 des Grungesetzes* – SCHÖN-VERLAG-MÜCHEN, 1968; FRIEDERICH KREFT – *Aufopgerung und Enteignung – Bergiffe und grundsatzliches in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes* – MÜLLER-VERLAG-KARLSRUHE, 1968; WERNER POHL *Die Rechtschung des Bundesgerichtshofes Zur Klassischenenteignung* – DOMUS-VERLAG-BONN, 1969; Recomenda-se, ainda, face a indicação recebida, o Vol. 34 da *"Beiträge zum Ausländischen Öffentlichen Recht und Völkerecht"*, publicado por este Instituto, sob o título *"Staat – Un Privateigentum, Öffentlich – Rechtliche Gewährleistung, Beschränkung Und Inanspruchnahme Privaten Eigentums In Sechs Staaten Rechtsvergleichend Dargestellt (Bundesrepublick Deutschland*, SCHWEIZ, FRANKREICH, GROBBRITANNIEN, VEREINIGTE STAATEN VON AMERIKA UND AUSTRALIEN)".

A autoridade administrativa pode até possuir o poder de não executar uma lei. Não possui, no entanto, o privilégio-poder de ignorá-la ou de não cumpri-la na exata proporção do que ordena e regula. Em matéria administrativa, nos regimes constitucionais, o arbítrio é exceção; não basta por si mesmo, violenta a aplicação efetiva da lei.

Na velha e clássica lei italiana, ainda agora na sua atualização a mais realista, o anterior procedimento administrativo obriga a uma série de trâmites antes e depois da declaração, eis que o ato declaratório por si mesmo não conduz ao pronunciamento definitivo expropriatório.(38)

Em Portugal, a prévia documentação, a qualificação e a identificação do que se pretende expropriar, constitui na sua forma um **plano particularizado** inclusive contendo a descrição pormenorizada do que pretende o ato declaratório e nas suas necessárias e permitidas manifestações.(39)

Ainda que a lei não diga, em qualquer legislação fica subentendido a existência de um processo anterior de planos ou de obras que na fase subseqüente litigiosa encareça a responsabilidade da Administração e também justifique as possíveis medidas urgentes de exceção.(40)

Verifica-se do exame dos textos legislativos que o poder expropriante há sempre de ter um **plano**. Ou que o poder administrativo não age ao sabor de soluções coletivas não programadas. Mas ao contrário, resguarda-se a si próprio, ante a iminência do processo judicial.

O que se faz, na fase preliminar, a administrativa, não é mais que atender o fim causa-legal, e isto antes que seja decretada definitivamente a desapropriação, pois os critérios são os estabelecidos e os pressupostos, só aqueles permitidos por determinação expressa de lei.

15. A Indenização no Direito Estrangeiro

Está regulada de maneira positiva e adequada. Para refletir, na sua expressão de valor, o que se tira forçadamente do particular. Limitando o poder público e a vontade administrativa. Impedindo que o arbítrio ou a discricionariedade intervenham para distorcer a norma legal ou o

(38) Arts. 5º e 5º da Lei de 1865 – EDGARDO BERTOLUCCI – *Legge Fondamentali* – Com os comentários opostos à evolução do texto legal e sua aplicabilidade no tempo aos casos concretos. Na Argentina, consultar: H. J. ESCOLA – *El Interés Publico Como Fundamento del Derecho Administrativo* – Buenos Aires, 1989.

(39) Arts. 2º e 3º do Decreto nº 43.587 (Regulamento das Expropriações) de 8 de abril de 1961.

(40) A lição é do clássico F. WHITAKER – *Desapropriação* – Capítulo I – Processo Administrativo – págs. 35/39. E DE ROGER BONNARD – *Précis – La Procedure de l'expropriation – La phase administrative* – pág. 453.

mandamento constitucional.

A indenização, ou melhor, a compensação indenizatória, não é apenas um critério de parte, mas uma imposição compulsória que obriga a Administração. De mais a mais, pagar o justo-preço, não constitui jamais uma liberalidade administrativa, pois na fixação dos valores que se apreciam está o Estado vinculado à ordem das garantias que ele mesmo assegura e protege.

A indenização e o modo de determiná-la mereceu da lei italiana de 1865 a melhor consideração de natureza jurídica e conceitual. Com o tempo, a experiência havida na Itália, deu ao particular ou ao expropriado, a orientação de que a propriedade se faz valor patrimonial mesmo que sobre ela recaiam quaisquer **ônus** de interesse público, social ou coletivo.(41)

No direito francês, o símbolo da integralidade compensatória na indenização, é o que vale para os efeitos expropriatórios. Não precisou a lei dizer além do indispensável. Eis que as indenizações concedidas devem cobrir integralmente o dano direto, material e certo causado pela desapropriação.(42)

Em Portugal, estabelecendo a lei a premissa de que a utilidade pública só poderá ser declarada se o expropriante tiver capacidade financeira para o pagamento das indenizações, não se precisou outras regras que não aquelas consubstanciadas indiretamente no sistema que, depois de adotado, marcou uma situação jurídica relacional positiva e induvidosa.(43)

Na Espanha, a determinação do justo-preço, até o pagamento e a tomada de posse, e nas diferentes espécies permitidas, alcança na sua globalidade níveis que passam necessariamente a corresponder a todos os direitos reconhecidos. Tais direitos, sejam quais forem, se fazem numa soma que nada exclui e tudo computa na aferição dos valores patrimoniais.(44)

A Argentina, com uma lei simples de poucos artigos, no todo 34, dedicou grande parte à indenização, não obstante o caráter discricionário que influi na elaboração legislativa, deixando o expropriado, o que não acontece nos outros direitos, numa situação de limitação que não se coaduna com qualquer sistema ajustado de garantias jurídicas.(45)

Não é só o mandamento, inscrito nas cartas constitucionais, que faz da compensação indenizatória uma unidade substancial de valores reais e

(41) Capítulo IV, do Art. 24 até o Art. 46, da Lei de 1865.

(42) Capítulo II, do Art. 10 até o Art. 26, da Lei de 1958.

(43) Art. 13°, da Lei de 1948. As regras estão contidas no Art. 14 e incisos.

(44) Capítulo II, da Lei de 1954. Do Art. 24 até o Art. 47.

(45) A tendência de FERNANDO LEGON é para um sistema complexo na fixação jurídica da indenização, imposta por comissões especiais arbitrais, ou formadas por peritos árbitros, ou ainda por magistrados peritos, reflete a imprecisão do direito argentino. Há na atitude aprobatória, porém, uma profunda indecisão com respeito à natureza da instituição. Indecisão, no entanto, que felizmente, não atinge a obra do jurista. AGUSTIN A. GORDILLO é bem mais preciso nas suas considerações. Claro e exato na síntese objetiva de um bom trabalho (Ver ***Expropriation in the Americas*** – Argentina – Comparative Law Study – University Press of Cambridge – New York, 1971 – págs. 29/37).

correspondentes ao desapossamento, mas também a natureza do instituto gravada historicamente através de garantias que permanecem atuais para o necessário equilíbrio na ordem jurídica, social e humana.

16. No Direito Chileno

Não importa, para o direito comparado, como na prática de procedimento o instituto se apresente. As variações não alteram a substância do motivo expropriatório. Nada há de impróprio em leis que não sejam maneirosamente autônomas, eis que a desapropriação é uma só nas dimensões de fim.

O exemplo do Chile é correto e flagrante. No caminho de uma socialização forçada, a matéria expropriatória ficou regulada com exceção, no *Código de Procedimiento Civil*, marcando-se através de alguns poucos artigos que dizem o que precisa ser dito e normatizado.(46)

O fundamento, como nas demais legislações, porém, assenta no Art. nº 10, da Constituição. A autorização é a constitucional. As premissas correspondem à tradição dos direitos, na história universal do instituto, assim devidamente expressadas:

a) *inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna;*

b) *nadie puede ser privado de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviera, sino en virtud de sentencia judicial o de expropación por razón de utilidad pública, calificada por una ley.*(47)

Quanto ao processo é sumário e não se prevê o anterior procedimento administrativo. Uma vez autorizada vai à peritagem. Os bens são avaliados globalmente somando os danos e os prejuízos causados ao proprietário. Para o resultado da indenização, não havendo concordância entre os peritos, passam a valer os laudos que estejam "conformes".(48)

---

(46) República do Chile – ***Código de Procedimiento Civil*** – Edição Oficial – Decreto nº 1.093 de 9 de julho de 1970 - Santigo, 1970.

(47) Constituição Política da República do Chile – Promulgada em 18 de setembro de 1925 e modificada pela lei nº 7.727 de 23 de novembro de 1943. Embora, hoje o Chile, **passe por regime de fato**, os princípios continuam os mesmos, nada se havendo alterado com respeito às tradições histórico-constitucionais.

(48) CODIGO PROC. CIVIL – Libro IV – Título XV – ***De la expropiación por causa de utilidad pública*** – "*Art. 915 - Autorizada la expropiación en la forma que dispone el número 10 del artículo de Constitución, el juez letrado dentro de cuya jurisdición se encontrarem los bienes que han de expropiarse, a solicitud escrita del pida la expropiación, citará a éste y al propietario de los bienes a un comparendo, con el fin de nombrar peritos que hagan el justiprecio ordenado por dicho artículo*". "*Art. 916 – El comparendo tendrá lugar aun cuando sólo concurra el que pide la expropiación. Cada parte nombrará un perito, y de común acuerdo al que debar hacer las veces de tercero en discordia. No habiendo acuerdo para este nombramiento, lo hará el juez, al cual corresponderá también designar perito a nombre del propietario de los bienes, si éste no concurre al comparendo*". "Art. 917 - *Reunidos los peritos y el tercero en el dia y hora que designe el*

As apelações possuem só o efeito devolutivo. Mas em segunda instância, como fica taxativo, poder-se-ão fazer novas estimações periciais, caso necessário. Os trâmites incidentais são rápidos e simples, como explícitas são as normas reguladoras. No seu cumprimento, a desapropriação no direito chileno, via de regra não apresenta complexidades processuais.

O conceito e o fundamento se identificam com o pensamento argentino clássico.[49] Isso provando que, mesmo nos regimes que se pretendem socializar, o instituto não se corrompeu. Mantendo, na sua especialidade, as mesmas premissas e os mesmos fins. Idênticas regras e quase iguais normas, não obstante a **política** dando figuração nova à propriedade.

Dimensionando a desapropriação na sua problemática histórica até hoje, a bem dizer, manteve no seu espírito jurídico:

a) a origem de mandamento político;

b) o interesse imediato maior e público;

c) a compensação indenizatória;

---

tribunal, bajo una multa de cuarenta escudos en caso de inasistencia, harán un avalúo circunstanciado de los bienes que se trata de expropiar y de los daños y prejuicios que con la expropiación se causen al propietario. No se tomará en cuenta pra esta avalúo el mayor valor que pueden obtener los bientes expropiados a consecuencia de las obras a que esté destinada la expropiación". "Art. 918 – Si la estimación de los peritos es edéntica, o si lo es la de un de los peritos y la del tercero, se aceptará como valor de los bienes el que estabelezcan los dos avaluaciones conformes. No existiendo esta conformidad, se tendrá como valor de los bienes el tercio de la suma de las tres operaciones; pero si entre ellas hay notable diferencia, podrá el tribunal modificar prudencialmente ese valor". "Art. 919 Declarado por el tribunal el valor de los bienes y prejuicios con arreglo al artículo anterior, se mandará publicar esta declaración por medio de cinco avisos que se insertarán de tres en tres dás, a lo menos, en un periódico del departamento, si lo hay, o de la provincia, en caso contrario, a fin de que los terceros a que se refieren los artículos 923 y 924 puedan solicitar las medidas precautorias que en dichos artículos se mencionan. Transcurridos tres días después del último aviso y no habiendo oposición de terceros, el tribunal ordenará que el precio de la expropiación se entregue al proprietario, o si está él ausente de departamento o se niega a recibir que se consigne dicho valor en un establecimiento de crédito. Verificado el pago o la consignación, se mandará poner inmediatamente al interessado en posesión de los bienes expropiados, si son muebles, y si son raíces, se ordenará el otorgamiento dentro del segundo día de la respectiva escritura, la cual será firmada por el juez a nombre del vendedor, si éste se niega a hacerlo o está ausente del departamento". "Art. 920 – Las notificaciones en esta gestión se harán en la forma que establece el artículo 48". "Art. 921 – Las apelaciones se interpongan se concederán sólo en el afecto devolutivo". "Art. 922 – En segundo instancia podrá hacerce nueva estimación pericial en la forma dispuesta por los artículos 915 a 918 inclusive, si el tribunal lo juzga necesario". "Art. 923 – Los juicios pendientes sobre la cosa expropiada no impedirán el procedimiento que este Título establece. En este caso, el valor de la expropiación se consignará a la orden del tribunal, para que sobre él se hagan valer los derechos de los litigantes. Aun cuando el actual poseedor de los bienes expropiados resulte vencido en el juicio de propiedad, se considerará firme la enajenación a favor del expropiante, pudiendo el que se declarado dueño ejercer los derechos a que se refiere, el inciso anterior y las demás acciones que le correspondan". "Art. 924 – Tampoco será obstáculo para la expropiación la existencia de hipotecas o otros gravámenes que afecten a la cosa expropiada; sin perjuicio de los derechos que sobre el precio puedan hacer valer los interesados. Las gestiones a que dé lugar el ejercicio de estos derechos se tramitarán como incidentes en ramo separado y no entorpecerán el cumplimiento de la expropiación". "Art. 925 – Las gestiones para reclamar la expropiación deberán iniciarse dentro de los seis meses subsiguientes a la ley que la autorice, salvo que la misma ley fije un plazo diverso".

(49) MIGUEL, S. MARIENHOFF – ***Expropiación – Justa Indemnización: concepto y fundamento – Jurisprudencia argentina "– Vol. II*** Buenos Aires, 1956.

d) o respeito pela natureza da propriedade;

e) o procedimento processual adequado.

Não há regime, em política, inclusive das Repúblicas Soviéticas, pelo menos entre os mais importantes, que não resguarde plenamente a propriedade, pois o Art. 10 da Carta russa, abrindo regras limitativas, não desfaz o que o processo econômico na sua evolução atribui ao indivíduo como resultado do seu trabalho pessoal.(50)

Até certo ponto, a legislação brasileira é das mais avançadas, sobretudo para fins de reforma agrária. Quanto às leis do Brasil, basta que as comparemos, para concluir com respeito à ilimitada capacidade normativa expropriatória estatal. Não se permitindo, no entanto, ao poder administrativo excessos que contrariem o imperativo constitucional, isto é, político.

17. O Homem e o Direito

Convém não esquecer que a vasta bibliografia argentina em matéria expropriatória, fruto natural e lógico de origem institucional no conhecimento histórico, chega para demonstrar com exuberância de trabalhos que a desapropriação não é um fenômeno dos nossos tempos, mas uma imposição de todas as épocas de progresso social e de desenvolvimento econômico.

Não são os autores argentinos apenas nacionais, mas senhores de um profundo sentimento universal de origem e formação jurídicas. A eles não bastaram, como no que diz com a literatura brasileira, estudos legislativos e de doutrina da desapropriação no direito peculiar. Foram muito mais longe, tal e qual aconteceu na Espanha, inovando posições e dirimindo controvérsias, equacionando tendências e possibilitando soluções viáveis.

Assim o fazendo, a contribuição existente tornou-se abundante e valiosa. Com menção certa nas obras que se pretendem completas e científicas, ou que objetivaram o equilíbrio no mundo dos fenômenos jurídicos. E dentro de uma filosofia melhor condizente com o homem e a sua natureza humana. Com o indivíduo relativamente à sua participação na sociedade.(51)

---

(50) "*La ley protege el derecho de los ciudadanos a la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes de su trabajo, sobre la vivienda y la hacienda doméstica auxiliar, sobre los objetos de uso doméstico y sobre los objetos de consumo y comodidad personal, lo mismo que el derecho de herancia de la propiedad personal de los ciudadanos*" (***Constitución – Ley Fundamental*** – trad. esp. – pág. 13 – Moscú, 1965).

(51) Bibliografia sobre EXPROPRIAÇÃO, na Argentina: JORGE CANASI – ***Tratado Teórico Práctico de la Expropiación Pública*** – Buenos Aires, La Ley año 1967; Dario COLOMBES UGARTE – ***La Indemnización y su Justiprecio en la ley Nacional*** Nº 13.264, publicado en Rta. Universidad Nacional de Córdoba – año 1950; FERNANDO LEGÓN – ***Como evitar normativamente que se dervitúe la expropiación (Examen Crítico De La Constitución Y La Ley Nacional)***, publicado en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba – año 1950; FRANCISCO MANCUSO – ***Ley general de expropiaciones de la pcia. De Buenos***

A referência à Espanha também serve de suporte à pesquisa jurídica ou à investigação de caráter legislativo e doutrinário. As fontes espanholas doutrinárias são numerosas nas diversas formas por que se anuncia a desapropriação. Dificilmente um jurista espanhol deixou de considerar o instituto no plano dos interesses privados e individuais.

E isto porque, sem dúvida, no homem, em princípio, está o direito. Não como uma simples manifestação do Estado. mas na sua tônica histórica e natural. Esse direito, o da propriedade, a que aludimos como fisiológico nas suas conseqüências jurídicas. Aparecendo a tutela na sua força de autotutela pública das leis que o próprio Estado edita e faz respeitar.

Analisando, em termos concretos, o direito expropriatório espanhol, as sem número de contribuições dão ao estudioso a segurança de que o instituto continua vivo na sua conceituação clássica, mas todavia sofrido na adaptação ao tempo com o aparecimento de outras formas para outros casos emergentes nascidos não do progresso jurídico, mas da evolução social.[52]

Aires – Anotada y comentada y corcordada con la ley nacional nº 13.264 – Buenos Aires, 1963; ROGELIO GALARCE – ***La Expropiación en el Código Civil Argentino*** – Ed. Faculdad de Derecho – Buenos Aires. 1963; RAFAEL BIELSA – ***Caracteres Y Extensión Del Derecho De Propiedad*** – Ed. Revista de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales – Buenos Aires; RAFAEL BIELSA – ***Régimen Jurídico de la expropiación. La dogmática constitucional*** – Revista Jurídica La Ley – abril-junio 1965 – Buenos Aires; MIGUEL MARIENHOFF – ***Expropiación Por Las Provincias De Bienes Del Dominio Público De La Nación, Situados En El Territorio De Aquellas*** – Revista Argentina de Ciencias Políticas – Buenos Aires, 1965; MIGUEL MARIENHOFF – ***Expropiación: Justa Indemnización: Concepto Y Fundamento*** – Jurisprudencia Argentina – 1956; VI – Buenos Aires; JOSÉ CANASI – ***El Concepto De Urgencia En La Expropiación Pública*** – Public. Jurisprudencia Argentian – año 1970; JOSÉ CANASI – ***La Retrocesión En La Expropiación Pública*** – Buenos Aires, 1964 – Comentada por RAFAEL BIELSA en Rev. Jurídica La Ley – t. – 115, pág. 1161; ROMÁN GARRIGA – ***Expropiación – Public. En Jurispurdencia Argentian***, 1960 – II; HÉCTOR RAVINOVICH – ***la desvalorización de la moneda en la expropiación*** – Jurispurdencia Argentina, 1959-V – Secc. Doctrina Contemporánea; JOSÉ CANASI – ***La No Actualización De Valores En La Retrocesión Del Bien Expropiado*** – Revista de Jurisprudencia Argentina – Sección Doctrina – pág. 723 – año 1970; ALBERTO D. SCHOO – ***La Expropiación Por Causa De Utilidad Pública Y La Depreciación Monetaria*** – Revista de Jurispurdencia Argentina, 1965-V; JOSÉ R. DROMI – ***El Juicio de Expropiación y la Procedencia de la Perención de Instancia*** – Revista de Jurisprudencia Argentina – Secc. Doctrina, 1969; MIGUEL MARIENHOFF – ***Expropiación*** – Public. en Jurispurdencia Argentina – Buenos Aires, 1959; DANTE BARRIOS DE ANGELIS – ***El Juicio de Expropiación*** – Montevideo – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1951; RAFAEL BIELSA – ***Consideraciones sumarias sobre el carater jurídico de la expropiación por utilidad pública. La cuestion de urgencia*** – Ed. Revista Jurídica La Ley – t. XLII; FERNANDO GARCIA OLANO – ***Acerca de la expropiación de empresas de servicios públicos*** – Revista Jurídica La Ley – t. XL – EXPROPIACIÓN – Referencia legislativas: – Primeira ley sobre expropiación: Ley nº 189 – Promulgada el 13 de nov. de 1866 – Título: ***Régimen de Expropiación***; en seu artigo 1º expressava: *"Están sujetos a expropiación aquellos bienes del dominio provincial o de particulares cuya ocupación se requiera para ejecutar obras de utilidad nacional"*; Ley nacional básica: Ley 13.264/48 sobre Régimen de Expropiación; Ley de la Provincia de Buenos Aires nº 5114. Em especial: AGUSTIN A. GORDILLO – ***Expropriation in the Americas*** – Comparative Law Study – New York, 1971.

(52) Referência Bibliográficas sobre ***"Expropiación Forzosa" Existentes en la Biblioteca del Ministerio de Justicia***, na Espanha: – ***Acción Asistencial Sindical y Expropiación***, por La Organización Sindical Española. Servicios Jurídicos. Nº 8. Edit.: Sucessores de Rivadenera. Edic.: 1965. Ciu. imp.: Madrid; ***Los Caracteres de la Indemnización Expropiatoria y los Criterios para Valorarla***, por JUAN ANTONIO TAMAYO – Isasi-Isamendi. Revista General de Derecho, nº 248 y 250-51. Edic.: 1965. Ciu. imp.: Valencia;

Flagram-se, sem dúvida, não como situações opostas, as posições da Administração e do administrado. Não precisando que a lei diga o que diz pormenorizadamente. Nos litígios entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, a lei recomenda, obriga e prevê. Não força situações equivocas, desigualando as partes no desentendimento por falta de acordo.

Quanto às **figuras**, já definidas no direito comparado expropriatório, quando aparecem, trazem no seu bojo os requisitos legais ordenados compulsoriamente. Sem que se permita ao Estado exorbitar, exceder-se no seu poder, ou então, criar o que legalmente previsto não é. Nisso vai a proteção que o poder público deve ao administrado-particular.

Los Criterios de Valoración Regulados en la Legislación Especial de Colonización, por JUAN ANTONIO TAMAYO ISASI-ISAMENDI. Revista General de Derecho. nº 265 y 266-67. Edic.: 1966. Ciu. imp.: Valencia; ***Declaración de utilidad pública de los Fines de las Obras e Instituciones Asistenciales de la Organización Sindical a los Efectos de la ley de Expropiación Forzosa*** (Véase: Aeci'n Asistencial Sindical y Expropiación) nº 8, por J. SOLIS RUIZ. Edit.: Sucessores de Rivadenera. Edic.: 1965. Ciu. imp.: Madrid; ***las excepciones a la ley de expropiación fozosa***, por MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR. Revista de Administración Pública. nº 59. Edit.: Instituto de Estudios Políticos. Edic.: mayo-agosto 1969. Ciu. imp.: Madird; ***Expropiación y Derecho Sindical*** (Véase: Acción Asistencial Sindical y Expropiación), por LÓPEZ MEDEL. Edit.: Sucessores de Rivadenera. Edic.: 1965. Ciu. imp.: Madird; ***Expropiación Forzosa***, por FRANCISCO PERA VEDAGUER. Edit.: Colección Nereo. Edic.: 1963. Ciu. imp.: Barcelona; ***Expropiación Fozosa para Minas*** *"Dictamen de la Abogacía del Estado de Barcelona a petición del Distrito Minero de esta Región"*, por J. E. LUQUE. Revista Jurídica de Cataluña. nº3. Edit.: Imprenta Altés. Edic.: julio-septiembre 1969. Ciu. imp.: Barcelona; ***La expropiación forzosa por razones urbanísticas***, por JOSÉ MARTÍN BLANCO. "Pretor" nº 54. Edic.: noviembro-diciembre. 1969. Ciu. imp.: Madrid; ***Expropiaciones Urbanísticas***, por ALBERTO MARTÍN GAMERO. Edit.: Montecorvo. Edic.: 1967. Ciu. imp.: Madrid; ***Expropiaciones Urbanisticas***, por J. A. MANZANERO MATEOS. Revista de Administración Pública, nº 60. Edit.: Instituto de Estudios Políticos. Edic.: septiembre-diciembre 1969. Ciu imp.: Madrid; ***la reversión en materia de expropiación forzosa***, por ALFONSO PÉREZ MORENO. Edit.: Universidad de Sevilla. Edic.: 1967. Ciu imp.: Sevilla; ***La Propiedad Mercantil Y La Expropiación Forzosa***, por JAIME ALGARRA, Revista Critica de Derecho inmobiliario. Edic.: 1929; ***La Expropiación Forzosa En Las Entidades Locales***, por CARRO MARTINEZ, Revista de Estudios de la Vida Loca. nº 89. Edic.: septiembre-octubre 1956; ***el delito expropiación ilegal y la formación del tipo***, por JAIME CASTRO GARCÍA, Revista General de legislación y Jurisprudencia. Edic.: abril de 1964; ***Notas Sobre La Evolución Doctrinal De La Expropiación Forzosa Por Causa De Utilidad Pública***, por FELIPE CLEMENTE DE DIEGO. Revista de Derecho Privado, nº 9 – 10. Edic.: 1922-1923; ***Potestad Expropiatoria Y Garantia Patrimonial En La Nueva Ley De Expropiación Forzosa***, por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. Anuario de Derecho Civil. T. 8. Fasc.: IV. Edic.: octubre-diciembre 1955; ***los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*** por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. Edic.: 1965. Ciu. imp.: Madrid; ***El Supuesto Derecho De Reversión En Las Expropiaciones Urbanisticas***, por J. L. GONZÁLEZ BERENGUER. Revista de Administración Pública. Edic.: 1963. mayo-agosto; ***parecela sobrantes de via pública y partes sobrantes de expropiación***, por J. L. GONZÁLEZ BERENGUER. Revista de Administración Pública. Edic.: mayo-agosto, 1965; ***La Expropiación Por Razon De Urbanismo***, por JESÚS GONZÁLES PÉREZ. Revista de Administración Pública. Edic.: septiembre-diciembre, 1964; ***Doctrina Administrativa Del Tribunal Supremo (Expropiación Forzosa)*** por FACUNDO GARCIA GIL. Ciu. imp.: Madrid; ***La Determinación Del Justíprecio De Los Terrenos Expropiados Y Su Posible Impugnación Contenciosa***, por N. GÓMEZ DE ENTERRÍA. Revista de Administración Pública, nº 43. Edic.: 1964 enero-abri; ***Responsabilidad Por Demora En La Ley De Expropiaci'n Forzosa***, por J. GONZÁLEZ PÉREZ. Revista de Administración Pública. nº 33. Edic.: septiembre-deciembre, 1960; ***La Utilidad Pública Y El Interes Social En La Nueva Ley De Expropiación Forzosa***, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. Revista Critica de Derecho Inmobiliario. Edic.: 1955; ***la expropiación como medio hacia la justicia social***, por LUIS JARAMILLO PÉREZ, *"Estudios del Derecho del Trabajo y Seguridad Social"* en homenaje al Professor

18. Problemática não Diferente

Sabemos que a Administração **ativa**, não em poucas situações, desenvolve um controle, sempre imbuída de um zelo excessivamente formalista e resultando inevitável que, em conseqüência, se multiplique o repúdio de atos administrativos por circunstâncias das mais variadas naturezas.(53)

Nem por isso, em se tratando de desapropriação, é possível falar

---

ALBERTO KROTISCHIN; ***Los depósitos en la expropiación forzosa***, por AURELIO JOANIQUET, Revista de Derecho Privado. Vol. 16. – Edic.: 1929; ***El justiprecio en los expedientes municipales de expropiación forzosa***, por C. MARÍN TERJERIZO, Revista de Estudios de la Vida Loca, nº 85. Edic.: enero-febrero, 1956; ***Especialidades De La Expropiación Forzosa En Materia Agraria***, por J. Mª MARTÍN OVIEDO, Revista de Administración Pública. Edic.: mayo-agosto, 1965; ***Declaracioón De Lesividad De Justiprecio Acordado Por El Jurado Provincial De Expropiación***, por C. MARTÍN RETORTILLO, Revista de Administración Pública. Edic.: 1959, ***La Expropiación Forzosa Segun La Constitución***, por C. MARTÍN RETORTILLO, Revista de Derecho Privado. Vol. 19. Edic.: 1932; ***La Expropiación Por Causa De Interes Social En La Agricultura***, por JAIME MONTERO DE GARCÍA DE VALDIVIA, Anuario de Derecho Civil. T. V. Fasc. IV Edic.: octubre-diciembre, 1952; ***Evolución Expansiva Del Concepto De Expropiación Forzosa***, por A. NIETO, Revista de Administración Pública Edic.: mayo-agosto, 1962; ***Lesividad y Expropiación***, por ALEJANDOR NIETO, Revista de Administración Pública, nº 36. Edic.: septimebre-diciembre, 1961; ***La Iniciación Del Expediente De Expropiación, Una Anomalia Acusada Por La Reciente Jurisprudencia***, por SALVADOR ORTOLA NAVARRO, Revista de Administración Pública, nº 36. Edic.: septiembre-diciembre, 1961; ***Consideraciones Sobre Los Fundamentos Económicos De La Valoración En Regimenes Expropiatorios***, por P. G. P. – Documentación Administrativa. Edic.: mayo-junio, 1966; ***Fundamentación Del Derecho De Reversión En Materia De Expropiación Forzosa***, por A. PÉREZ MORENO, Revista de Administración Pública. Edic.: septiembre-diciembre, 1967; ***Compatibilidad De Intereses Concurrentes En El Proceso Expropiatorio***, por TOMAS POU VIVER, Revista de Administración Pública. Edic.: mayo-agosto, 1963; ***Expropiación Forzosa (Procedimentos Comunes)***, Praxis (Administrativo, nº 7; ***Expropiación Forzosa*** (Procedimientos especiales) Praxis (Administrativo) nº 8; ***Expropiación Urbanística***, por JOAQUIM REGUERA SEVILLA, Anuario de Derecho Civil. Edic.: octubre-diciembre, 1963; ***Propiedad Y Expropiación***, por FELIPE REVIDIEGO GUZMÁN, Revista de Legislación y Jurisprudencia Vol. IV. Edic.: abril, 1961; ***Mas Sobre El Problema De Las Normas Aplicables En El Procedimiento Expropiatorio Por Las Entidades Locales***, por f. Rodrigues haro,Revista de Estudios de la Vida Local, nº 106. Edic.: julio-agosto, 1960; ***Puede La Administración Expropiante Ocupar El Inmuemble Si El Precio Que Fijo El Jurado Ha Sido Imugnado Por El Expropiado?***, por N. RODRIGUEZ MORO, Revista de Administración Pública. Edic.: 1959; ***Expropiación Forzosa Y Política Del Suelo***, por J. M. ROMAY BECCARIA, Revista de Administración Pública. Edic.: mayo-agosto, 1962; ***Concepto Y Fundamento De La Expropiación Forzosa Por Causa De Interes Social***, por RICARDO RUIZ SERRAMADERA, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Edic.: 1958; ***Planes, Proyetos Y Expropiación Forzosa***, por ANGEL SEVILLANO MARTÍNEZ, Documentación Administrativa. Edic.: julio. 1966; ***La Conision De Expropiación De Bienes De Valor Artistico y Arqueológico***, por J. A. TAMAYO ISASI-ISAMENDI, Revista de Administración Pública. Edix.: mayo-agosto, 1965; ***Procedimientos Para La Percepción Del Precio En La Expropiación De Bienes Administrados Por Quienes No Pueden Enajenar Sin Permisso O Resolución Judicial***, por J. TOME PAULE, Revista de Derecho Procesa, nº1. Edic.: 1964; ***El Justiprecio En La Expropiación Y Su Impugnación Jurisdiccional***, por JOSÉ TRUJILLO PEÑA, Revista de Derecho Judicial. Edic.: julio-septiembre, 1962; ***La Translación Del "Justum Pretum" A La Esfera De La Expropiación Forzosa***, por J. L. VILLAR PALASI, Revista de Administración Pública, nº 43. Edic.: enero-abril, 1964; ***Compatibilidad De Intereses Concurrentes En El Derecho Expropiatorio***, por T. O. VIVAR, Revista de Administración Pública. Edic.: mayo-agosto, 1963.

(53) ENRIQUE SILVA CIMMA – ***Panorama y Perspectivas de la Crisis Institucional Chilena*** – in Perspectivas – ob. cit. – Vol. IV – pág. 545.

de **crise institucional**, como o faz SILVA CIMMA.[54] O fato da Administração sair dos limites legais é que torna polêmica a visão do direito aplicado. Várias são as implicações que surgem do ato administrativo declaratório. Todas elas, porém, fundadas:

a) na dúvida quanto à correta aplicação da lei;

b) no justo pagamento indenizatório;

c) na exação com respeito ao fim-legal;

d) na legalidade ou na legitimidade do ato.

As distorções não pertencem a qualquer direito em particular. Podem ser analisadas no amplo quadro do direito comparado da desapropriação. Eis o motivo porque sempre será válido ao hermeneuta recorrer ao pensamento estrangeiro para justificar pontos conflitantes no tocante a conceitos que são comuns a todas as legislações na espécie.

Isto por que a problemática não difere de legislação para legislação, nem nos direitos nacionais. Se há crise, a crise é de evolução no conhecimento jurídico dos conceitos. Principalmente no que diz com o fenômeno expropriatório, bastante sensível nos regimes legais ou de realidade normativa conjuntural.

A chamada faculdade expropriatória, quando derivada da lei, assinala-se por objetivos próprios limitados na prática por disposições de normatividade jurídica cujo alcance não permite alterar ou modificar a relação de direito, ou o vínculo relacional que se afirma do ato que levou o Estado a buscar do indivíduo a sua propriedade particular.

Duas situações ficam sempre atuais e presentes:

a) a da extensão exata da lei;

b) a da limitação imposta pelas Constituições.

No tocante as Cartas Constitucionais, todas elas, sem reservas, regulam originariamente a matéria estabelecendo pressupostos concretos da maior nitidez de interpretação jurídica e doutrinária:

a) de finalidade ou de objeto, sem forçar a natureza da instituição;

b) de meio ou de processo, sem violentar o regime jurídico estabelecido;

c) de emergência econômica condicionada a leis que são permanentes.

Em especial, a nominada situação de privilégio da Administração não é senão aquela nascida dos atos que realiza o poder público levado à atividade formal e normativa na jurisdição e dentro da garantia dos direitos, como princípio e como regra que se afirma pela legitimidade ou legalidade.

(54) in *Perspectivas* – ob. cit. Vol. IV – pág. 545.

19. A Origem Romanística

A ação e efeito de desapropriar, a privação da propriedade, o ato da Administração pública, ou das entidades a que tenha sido delegado esse poder, não é uma atitude meramente formal para o direito comparado.

Reflete essa **atitude** o motivo proponderante causal. Como sistema de base romanística passou a todas as legislações não obstante os vários modelos conservando técnica, processos e instrumentos adequados.

Por esse motivo, na verdade, sempre o instituto procurou o equilíbrio entre o que é público e o que é privado, não admitindo nas suas origens a predominância da Administração sobre o direito do particular.

Não se venha a afirmar que, com isso, possa haver caracterizada influência privatística. Avaliar as instituições desde o seu nascimento e nas suas fontes, constitui trabalho de alta indagação científica.

Prevalece, contudo, em qualquer hipótese, a assertiva de FLEINER, quando afirma ser a desapropriação fato e um ato de direito público com efeitos de direito privado.(55)

Não se quer com tal afirmação dizer que o sujeito passivo se veja impedido de contestar o ato, ou que os casos não possam ser apreciados, pois somente através da correta aplicação da lei se podem extinguir todos os direitos reais anteriormente incorporados ao domínio efetivo do expropriado.

Impossível desconhecer que os princípios de Direito Administrativo resultam na sua expressão das mesmas fontes de demais normas jurídicas.(56) Fontes que estão necessariamente na lei, no costume e nas correspondentes práticas peculiares aos institutos básicos.

Demonstra o **direito comparado expropriatório** que não é de hoje o respeito pelo patrimônio particular. Ou que as legislações atuais nada mais fizeram que naturalmente manter uma herança que se explica pela influência do direito **romano** e mantida no entendimento histórico da legalidade.

Em linhas gerais, todavia, as regras herdadas sofreram a influência das transformações sociais. Mas, contudo, nas fontes, nas origens, as instituições apresentam traços comuns. E preservaram o patrimônio do homem intacto nas suas formas mais elementares de convencimento natural.(57)

Basta a leitura das leis expropriatórias para uma conclusão: **o direito de expropriar não é ilimitado**. Titularizando os interesses da

(55) FRITZ FLEINER – *Instituciones De Dere.*

(56) FLENER – *Les Principes Généraux Du Droit Administratif Alleman* – Paris, 1933 – pág. 48.

(57) O direito de expropriar precisa da justificação de uma causa. A tese é de BARTULO na lembrança s.A. GENDÍN. Não é tão certo, para GENDÍN, que o princípio da soberania do Estado estivesse arraigado na consciência de Roma (Ver *Expropiación Forzosa* – ob. cit. – pág. 5).

Administração, o Estado não acolhe a ilegalidade, pois é sempre, a cada passo, como a pessoa jurídica maior, o responsável pela tutela dos direitos.

Não transpondo o direito individual na desapropriação o poder público se realiza dentro da lei e da ordem jurídica. Confrontando legislações e sistemas, verifica-se uma única preocupação que é aquela de assegurar garantias aos administrados. E garantias para aqueles direitos que o Estado, ao outorgar, reconhece como naturais, legítimos e até inalienáveis.

20. Limites do Poder Administrativo

Qualificada em lei, eis a expressão para a figura jurídica da desapropriação na sua conceituação institucional.[58] Neste ponto é que as legislações se identificam e o direito comparado atua para determinar as situações de relacionamento jurídico.

Mas **qualificada** como? A resposta é uma só: pelos fins e não pelos meios de procedimento. Mesmo na esfera do direito público, a Administração e os órgãos estatais hão de atuar quando expressamente permitidos ou facultados por lei. Jamais será lícito ao poder administrativo exceder-se quaisquer que sejam as circunstâncias.

O exemplo é de SILVA CIMMA: *"no puede el Ejecutivo ordenar una expropiación por causa de utilidad pública, sin la existencia de una ley que lo autorice en forma expressa".*[59] As condições são, portanto, duas, uma de lei anterior e outra de forma exata, inequívoca, taxativa, expressa.

No Brasil, onde as leis são várias, os pressupostos ordenativos são os mesmos. Não importa, todavia, que a regra de atividade de direito público seja distinta da regra de direito privado. Resulta perfeitamente explicável porque a Administração e Estado de direito se confundem.

Na França, a tradição é a legalista, de respeito à lei e não simplesmente de processo. Todo o direito privado francês vem intimamente ligado ao direito público. Como na Itália, também o direito privado, descansa sobre princípios de direito público que fazem a ordem jurídica constituída.[60]

A própria noção do direito positivo, nascida da força das prescrições obrigatórias, não esquecendo, inclusive, no direito comparado civil e administrativo, a verdade das regras jurídicas que internacionalmente se

(58) ENRIQUE SILVA CIMMA - ob. cit. - Vol. I - pág. 35.

(59) SILVA CIMMA - ob. cit. - Vol. I - pág. 49.

(60) Consultar: J. M. AUBYER, DUCOS ADER - ***L'Expropiation*** - Paris, 1967; ALAIN LE TARNEC - ***Manuel De L'exrpopiation*** - Paris, 1961; MICHELE ROSSANO - ***L'espropriazione Per Pubblica Utilitá*** - Turim, 1964; PIETRO VIRGA - ***L'espropriazione*** - Palermo, 1962; BARTOLOMEI FRANCO - ***L'esproprazione nel Diritto Publico*** - Milano, 1965.

igualam com idêntico objetivo: o do equilíbrio entre o público e o privado. Equilíbrio praticamente inamovível nas sociedades políticas naturais organizadas.

No ato de função administrativa, pois, ordem pública e legalidade se confundem. Quanto à função administrativa é aquela que, por excelência, garante a ordem jurídico-pública. Não se pode, assim, dar à desapropriação, nos direitos nacionais, uma conceituação **teoremática.** E nela, as relações jurídicas, não surpreendem como relações hipotéticas.(61)

Avaliar, através do direito universal, os traços comuns no instituto da desapropriação, não é simplesmente procurar a uniformidade nos textos legais, mas estabelecer nas diferenças acaso existentes, quais os elementos que se tornaram permanentes e respeitáveis.(62)

Finalizando este primeiro capítulo, uma conclusão se impõe. Há na natureza constitucional do Estado mais funções ou órgãos do que poderes. A sociedade só existe pela multiplicidade dos elementos individuais de que é a soma final. No homem, portanto, está o direito. Na sociedade, a regra de ordem, de harmonia no desacordo, e, assim, portanto, a instituição jurídica.

O poder administrativo não fica acima da lei ou da norma legal. É um poder limitado pelas funções. Sujeito à finalidades sempre qualificadas. Dependente da ordem jurídica e dos sistemas de direito. Regrado, por excelência. Motivado sobretudo pelo interesse público *in casu* determinante.

---

(61) Na doutrina: AURELIO GUAITA – ***El Proceso de Lesivida*** – Barcelona, 1953; Julio A. Prat – ***La Desviacion De Poder*** – Montevideo, 1976.

(62) Para consulta: E. GONZALEZ SALINAS – ***Proceso Administrativo Para La Proteccion De Los Derechos Fundamentales*** – Madrid, 1994.

Capítulo II

DO MANDADO DE SEGURANÇA E DO ATO EXPROPRIATÓRIO

SUMÁRIO: *A posição de legitimidade constitucional. Composição do ato expropriatório. O fundamento constitucional. A que vem o mandado de segurança. A intervenção do Judiciário. O mandado de segurança no seu objeto. Discricionariedade e arbitrariedade. Legalidade formal e de fim. Regime jurídico própiro e peculiar. Ação de caráter real. O requisito da motivação. O ato na afetação do bem. Interesse legítimo e proteção jurisdicional. Os direitos implícitos. O ato lesivo. O direito constitucionalizado. Rigor constitucional. Direito e Constituição. O que a segurança visa proteger. Eficácia contra a Constituição.*

1. A Posição da Legitimidade Constitucional

Evidentemente, o tema a que nos atemos não é pacífico porque envolve uma série de questões da mais alta indagação, umas de natureza objetiva e outras subjetivas, algumas incidentais e outra que dizem com a perfeição na composição jurídica do ato expropriatório.

Trabalhando matéria tão complexa, já tentamos explicar as premissas doutrinárias capazes de levar a adequadas soluções judiciais.(1) Embora polêmica a nossa posição, não deixa de ser uma posição de legitimidade constitucional. Na vida dos direitos, o que mais interessa são as garantias jurídicas, sem as quais inexistem os sistemas legais positivos ou consagrados.

(1) N/Livro – ***Desapropriação*** – 2ª Parte – Cap. V – nº 20.

2. Composição do Ato Expropriatório

Quando falamos em composição do ato expropriatório, estamos a nos referir à natureza específica do ato administrativo peculiar, ou seja, do ato que declara a desapropriação ou daquele ato marcado de **condições** nos seus elementos de forma, conteúdo e fins.

Não é porque o Estado tenha privilégios que a Administração possa alargar o seu poder de ação e decisão, poder esse subordinado à ordem político-constitucional, isto é, a uma ordem jurídica dimensionada nas suas causas e efeitos quanto ao administrado.

3. O Fundamento Constitucional

Não há, pelo próprio fundamento constitucional, nas questões contenciosas expropriatórias, nada que não permita a tutela do controle jurisdicional em razão dos motivos e das hipóteses legais.

Importa e muito, para o direito na sua aplicação, o aspecto vinculado do ato declaratório,(2) quando do mesmo resulta provado de plano a existência clara de vícios de nulidade.

Por certo, o Decreto-lei nº 3365, não é um diploma que admita subterfúgios **anormativos**. Assinale-se que, na sua espécie orgânica, dá ao Estado faculdades próprias de ação antes e no momento do ato, **faculdades** não aparentes porque reais, **faculdades** que não aconselham e nem permitem o abuso e o desvio de poder.

4. A que Vem o Mandado de Segurança

Na verdade, o mandado de segurança é um instrumento qualificador de direito, de direitos protegidos ou nominados na ordem jurídica positiva e constitucional.

Quando CRETELLA JÚNIOR afirma que da **declaração expropriatória** decorrem efeitos implícitos e explícitos,(3) está a afirmar que tais efeitos podem ser passíveis ou não de apreciação jurisdicional.

---

(2) MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO – *Desapropriação. Declaração de Utilidade Pública, Desvio de Poder, Mandado de Segurança – Parecer – RDA*, Vol. 118/425.

(3) V. *Comentários nºs Leis de Desapropriação* – São Paulo, 1973 – pág. 130.

Esse é um ponto de toque da mais alta relevância para o entendimento de questões que envolvem o poder desapropriante no exercício da vontade discricionária. O momento exato de avaliação do ato nos seus propósitos legais e de exação administrativa.

Sobretudo, o instante indicado, para se saber até onde pode ir ou não a ação de expropriar e quais os seus limites. Ou para se indagar, como o faz MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO,[4] se as hipóteses legais, exemplarmente previstas em lei, foram respeitadas, em obediência da finalidade definida e obrigatória.

Desde que existe uma finalidade definida e obrigatória, consubstanciando **maneiras** corretas e comportamento administrativo, no direito brasileiro não possui o administrado outro amparo para a lesão do seu direito,[5] que não leve à reparação através da segurança.

5. A Intervenção do Judiciário

Lembrando que a autoridade administrativa não goza da faculdade de decidir, livremente, se em determinada circunstância, "*deve o direito individual ceder à preeminência do interesse público*", CAIO TÁCITO[6] assume uma posição virtual quanto à competência do Poder Executivo e a possível intervenção do Poder Judiciário.

Acaso não sirva, o mandado de segurança, para resguardar e preservar direitos individuais atingidos frontalmente contra as formas legais, sobretudo nas desapropriações onde o ato expropriatório é tipicamente administrativo, os sistemas positivos estarão subvertidos deixando ao desamparo situações relacionais que se originam não só do mandamento constitucional, mas "e uma relação jurídica vinculada a uma finalidade concreta e determinada.

6. O Mandado de Segurança no Seu Objeto

Tanto a doutrina estrangeira, como a brasileira, já dimensionaram o mandado de segurança nas suas essenciais características de alcance e

(4) *Parecer* – loc. cit. – Vol. 118/429

(5) M.SEABRA FAGUNDES - *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário* – Rio de janeiro, 1967 – págs. 311/5.

(6) *RDA – Revista de Direito Administrativo* – Vol. 26/224. No sentido da posição histórico-institucional do mandado de segurança no Brasil, é de apreciável valor na temática, o livro de J.CRETELLA JÚNIOR. *V. Do Mandado de Segurança* – São Paulo, 1974.

profundidade jurídica.(7) Recomendando, todavia, que da sua aplicação não surjam dúvidas de conteúdo ou mesmo uma aplicabilidade duvidosa.

No entanto, o pensamento tornou-se comum, universal nos chamados direitos internos, harmônico diante da doutrina e da legislação comparadas, quando a lesão afeta situações líquidas e certas.

Importa aqui, para a avaliação da liquidez e da certeza, a determinação característica do objeto, ou melhor, do fim a que se propõe a Administração, ou então, do que a segurança pretende atingir na esfera de proteção dos direitos individuais.

7. Discricionariedade e Arbitrariedade

Poder discricionário não significa poder arbitrário. São coisas diferentes na fenomenologia jurídica. Quando a lei existe formal e adequada aos fatos, clara e precisa nos seus pressupostos, a relação jurídica adquire plenitude subjetiva,(8) cabendo destarte a quem tutela o direito de dizer da natureza do ato acusado de ilegal ou ilegítimo.

Evidentemente que, o que visa a segurança, por força do seu instrumento processual próprio, não é a defesa imediata ou direta de razões em busca de provas concretas, mas uma situação real resultante de preceito-norma assegurador de direito definido, concedido e incorporado ao patrimônio do administrado, um **direito,** por assim dizer, que já venha comprovado de plano nos seus aspectos legais e não duvidosos.

Duas situações, portanto, afiguram-se **jurídicas** à qualquer análise de lógica hermenêutica:

a) uma que diz, nas desapropriações, com a formação do ato administrativo expropriatório, na sua origem e pressupostos;

---

(7) CASTRO NUNES – ***Do Mandado de Segurança*** – Rio de janeiro, 1946; LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL – ***Do Mandado de Segurança*** – Rio de Janeiro, 1957; ARNOLD WALD – ***Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária*** – Rio de Janeiro, 1968; OTHON SIDOU – ***Do Mandado de Segurança*** – Rio de Janeiro, 1959; CELSO AGRÍCOLA BARBI – ***Do mandado de Segurança*** – Rio de Janeiro, 1960; HELY LOPES MEIRELLES – ***Mandado de Segurança e Ação Popular*** – São paulo, 1975; RAFAEL BIELSA – ***El Recurso de Amparo*** – Buenos Aires, 1965; GERMÁN J. BIDART CAMPOS – ***Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo*** – Buenos Aires, 1968; JOSÉ LUIS LAZZARINI – ***El Juicio de Amparo*** – Buenos Aires, 1967; IGNÁCIO BURGOA – ***El Juicio de Amparo*** – México, 1957; ABEL HOUSSAY – ***Amparo Judicial*** – Buenos Aires, 1961; ROMEU LEÓN ORANTES – ***El Juicio de Amparo*** – México, 1957; CARLOS R. ARIGÓS – ***La Competencia en la Accion de Amparo*** – Buenos Aires, 1970; GENARO R. CARRIÓ – ***Recurso de Amparo y Técnica Judicial*** – Buenos Aires, 1959; LINARES QUINTANA – ***Accion de Amparo*** – Buenos Aires, 1960.

(8)MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO – ***Comentários e Reforma Administrativa Federal – Da Obrigatoriedade das Leis Adnuinistrativas – 1ª Parte*** – São Paulo, 1975. Na doutrina: E.GONZALEZ SALINAS – ***Processo Administrativo para La Proteccion de Los Derechos Fundamentales*** – Madrid, 1994.

b) outra que decorre, necessariamente, da forma da norma aplicável, isto é, da harmonia do ato com a licitude dos objetivos legais.

É isto que se quer: que nas seguranças se aprecie em termos de exata adequação legal, em função da relação e da finalidade – objeto e para efeito da regra não sofrer ranhuras de inconstitucionalidade, ilegalidade, anormatividade ou frontal discricionariedade.

8. Legalidade Formal e de Fim

Não basta apenas para o não exame de controle jurisdicional que o ato expropriatório exista surgido de um interesse público tão somente declarado ou simplesmente informado nominalmente.

A questão é de profundidade jurídica, não de simples imposições administrativas que se invalidam ante o rigor da norma escrita e claramente formalizada nos seus efeitos materiais.

Com respeito ao ato administrativo expropriatório, como também com os demais atos oriundos da Administração, deve ser ele o quanto possível **perfeito** na unidade de sua estrutura, exteriorizando-se **legal** na sua forma e **legal** em função do fim.

Tal **perfeição** não parece impossível em virtude do geral conhecimento que hoje dá conceito próprio ao ato administrativo, qualificando-o, na espécie, através de elementos materiais que se transformam em elementos somados de valor jurídico.

Tanto a assertiva é verdadeira que, ao estudar teoricamente o problema, JUAN CARLOS CASSAGNE,[9] não esquece da existência de um **regime jurídico peculiar**, ou seja, daquele regime informador de uma categoria especial, sobretudo manifesta em todas as áreas onde se ative ou possa ativar a vontade pública administrativa.

9. Regime Jurídico Próprio e Peculiar

Nesse importante fenômeno não polêmico, não há como não aceitar o pensamento doutrinário harmonioso assentado em elementos capazes, por si sós, de definirem o ato administrativo na sua evidência real, efetiva e,

(9) *EL ACTO ADMINISTRATIVO* – Buenos Aires, 1974 – págs. 181/231; *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo* – Buenos Aires, 1971 – págs. 95/98

além do mais, marcada de essencial relação jurídica.

GIANNINI,[10] de incontestável autoridade, sustentado que todo o ato administrativo como todo o ato jurídico se individualiza através de um conjunto de articulações lógicas a que chama de elementos, atinge a situação relacional que se cria e, ao mesmo tempo, explica uma condição de postura diante da legalidade formal.

É, portanto, pelos elementos, que se constrói o regime jurídico do ato administrativo e a conseqüente invalidez do mesmo quando falho nos seus requisitos de unidade por motivo de origem e de fim. Não se pense, porque essa não é a verdade jurídica, que o ato administrativo possa, nos seus naturais efeitos, **desnaturar** o direito ou os sistemas positivos de asseguradas garantias individuais.

Com muito maior sentido, nas desapropriações, onde o ato aparece manifesto na intenção, evidenciado nos propósitos, desdobrado nos procedimentos aconselhados, qualificado na extensão[11] e, sem dúvida, limitado quanto ao objeto na medida do **interesse** anteriormente apontado como **interesse público**.

10. Ação de Caráter Real

Haja vista que a problemática do ato administrativo expropriatório não se coloca simplesmente na esfera restrita própria às faculdade administrativas, porque é uma problemática que decorre da aplicação respeitosa da regra constitucional imperativa.

Ação de **caráter real**,[12] a desapropriação leva o Estado a obrigações também reais, como sejam:

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

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

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

(10) MASSIMO SEVERO GIANNINI – *Lezione di Diritto Amministrativo* – Milão, 1950, pág. 294.
(11) A.WALTER VILLEGAS – *Régimen Jurídico de la Expropiación* – Buenos Aires, 1973 – Cap. IV – págs. 56/69.
(12) A.W.VILLEGAS – ob. cit. – pág. 107.

Informada a problemática expropriatória pelos textos constitucionais, não é pelo fato da desapropriação ser instituto público e de natureza administrativa, que as pessoas nela envolvidas se desigualem na ação, no interesse legítimo e na capacidade de contestar.

11. O Requisito da Motivação

Embora o ato expropriatório possa resultar perfeito quanto à forma, a faculdade da autoridade administrativa, como **faculdade** e não como **poder**, não se permite ir além do que diz a lei quando marca os casos passíveis e possíveis de desapropriação.

A questão se coloca no que podemos chamar de **atividade administrativa legitimada** e que tem preocupado a boa doutrina.[13] No Brasil, a legitimação que torna legal o ato encontra limite na própria vontade declarada do legislador.[14]

Evidentemente que, na motivação, estão implícitos os casos permitidos.[15] Os demais, se acontecerem, não acautelados pela ampla regra determinada, têm amparo formal e legal, desde que o expropriante busque resguardar-se declarando a excepcionalidade necessária.

O que quer dizer que tudo se pode desapropriar, mas nas exemplificadas condições legais previstas e recomendadas. Cabendo à Administração exercitar o ato declaratório dentro e nos limites das premissas de exato procedimento normado pelo motivo-causa.

Jamais entendemos que o poder expropriante, a não ser estendendo o direito de expropriar, tenha na lei apoio para exteriorizar ato contrário à norma regrada, ou então, ato que pelo seu conteúdo infrinja disposições reguladoras decorrentes da finalidade a atingir.

---

(13) Acompanhamento no pensamento doutrinário: DARIO FOLIGNO – *L'Attività Amministrativa* – Milão, 1966; BARTOLOMÉ A FIORINI – *Teoria Jurídica del Acto Administrativo* – Buenos Aires, 1969; JUSSO RAFFAELE – *Motivo e Motivazione nel Provvedimento Amministrativo* – Milão, 1963; MARIA RIVALTA – *La Motivazione Degli Atti Amministrativi* – Milão, 1960; JUAN CARLOS CASSAGNE – *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo* – Buenos Aires, 1971; ENRIQUE MARTINEZ-USERO – *Desviación de Poder* – Murcia, 1965; J. CARLOS MOREIRA – *O Princípio da Legalidade na Administração* – Coimbra, 1956; J. CRETELLA JÚNIOR – *Do Desvio do Poder* – São Paulo, 1964; CAIO TÁCITO – *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil* – Rio de Janeiro, 1959; JESÚS GONZALEZ PÉREZ – *El Procedimiento Administartivo* – Madrid, 1957; AGUSTIN A GORDILLO – *El Acto Administrativo* – Buenos Aires, 1969

(14) Art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365.

(15) A exceção decorre da letra "p" do Art. 5º de maneira clara e taxativa, não possibilitando dúvidas que possam obscurecer a inteligência hermenêutica

12. O Ato na Afetação do Bem

Afetado um bem, está claro que o expropriado não pode obrigar o Estado a promover a ação expropriatória.[16]

Mas pode, e este é o ponto nervoso da questão, levar o ato do expropriante à apreciação jurisdicional em termos de revê-lo, na hipótese da existência de vício de causa e forma, ou na hipótese de erro, dolo, simulação e violência.

Acolhendo-se o realismo de HAURIOU[17] com respeito à causa como elemento próprio do ato ou a teoria de ZANOBINI[18] que valoriza a causa como um requisito da vontade, seja qual for a posição adotada, o pensamento fático é aquele apontado por PIETRO BODDA[19] postulando a identificação da causa com o fim de interesse público que deve o ato expropriatório perseguir.

Precisamente, nas desapropriações, onde o ato administrativo, quando afeta bens, carece de exação, não possuem sentido as posições de GIANNINI[20] e DE ALESSI[21], assentadas na condenação da causa, pois é pela causa que melhor se justifica o motivo e a condição indispensável de legalidade substancial.

Nenhum outro tipo de ato administrativo exige tanta perfeição como aquele que declara a desapropriação. Basta a sua natureza constitucional para que a atividade administrativa se desenvolva revestida de exata dimensão normativa, ou seja, sem discrepâncias entre a norma escrita e os seus efeitos jurídicos.

13. Interesse Legítimo e Proteção Jurisdicional

Já alertava RAFAEL BIELSA[22] que um governo não é constitucional somente pelo modo da sua formação ou eleição, mas sim "pelos seus atos" porque o "Estado de direito" subordina-se na sua ação ao direito que ele mesmo estabeleceu. Incontestável, esta verdade!

A característica dominante num "Estado de direito" é não agir

(16) VILLEGAS – ob.cit. – pág. 315.
(17) MAURICE HAURIOU – *Précis de Droit Administratif* – Paris, 1927 – pág. 430.
(18) GUIDO ZANOBINI – *Corso di Diritto Amministrativo* – Milão, 1958 – pág. 247.
(19) *V.La Nozione di Causa Giuridica della manifestazione di Volontá nel Diritto Amministrativo* – Turim, 1933 – pág. 45/50.
(20) MASSIMO SEVERO GIANNINI – *Lezioni di Diritto Amministrativo* – Milão, 1950 – págs. 316/20
(21) RENATO ALESSI – *Instituciones de Derecho Administrativo* – trad. esp. Tomo I – págs. 278/9.
(22) *V.EL RECURSO DE AMPARO* – Buenos Aires, 1965, págs. 1/9.

arbitrariamente ou simplesmente agir nos limites de uma conduta jurídica e moral que se impõe à Administração no exercício pleno das atividades consentidas.[23]

Os decretos (atos) do Poder Executivo podem, de certa maneira viável, ser arbitrários ou discricionário, todavia podendo ser impugnáveis quando violam a lei ou desviam-se da Constituição.

Essa é, bem sabemos, uma posição histórica que, por tradição jurídica, protege a propriedade e dá amparo ao administrado em decorrência da ação estatal, imprópria ou legalmente não figurada.

Quanto aos direitos que levam à proteção judicial são aqueles considerados **inatos**[24] e que fluem da natureza humana pelas condições de inalienabilidade, igualdade e inviolabilidade, desde que marcados no seu conteúdo pela lei positiva e a Constituição.

14. Os Direitos Implícitos

Daí porque, no tocante aos chamados direitos implícitos, reconhecidos expressa ou implicitamente na Constituição, não se pode deixar de acolher o recurso do "*mandamus*" como o remédio hábil à restauração daquele direito individual constitucionalmente garantido.

No entanto, para a procedência da adequada medida judicial recursal, é preciso que exista o **ato lesivo** contra o qual se pede a proteção judicial. Ato que, na confrontação, permita o apelo em face da norma, possibilite a intervenção por vícios de origem ou procedimento.

Analisando tal **ato lesivo** nos seus aspectos de causa e de fim BIDART CAMPOS[25] coloca-os entre aqueles atos concretos que afetam a situação particular do administrado, dando-lhe direito ao amparo (segurança) para a devida correção judicial.

15. O Ato Lesivo

Manifestamente lesivo com respeito ao poder de expropriar, o ato não enquadrado na lei (e na Constituição) ilegitima-se e aparece com arbitrário

(23) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO – *O Controle da Moralidade Administrativa – O Alcance da Moralidade Administrativa no Mandado de Segurança*, São Paulo, 1974 – págs. 213/227.
(24) BIELSA – ob. cit. – pág. 13.
(25) GERMAN J. BIDART CAMPOS – *Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo* – Buenos Aires, 1958 – págs. 227/87.

ou irregular, apesar de "não necessariamente ilegal" na expressão de LAZZARINI,[26] mas merecedor do remédio excepcional da segurança e resultante de lesão consumada, do momento inevitável.

A ninguém é permitido desconhecer o caráter **fundamental** de uma Constituição, não só para a ordem jurídica estabelecida, como para a estabilidade das instituições. Caráter que abrange, num todo político, a atividade administrativa e as suas repercussões, a ação estatal na sua verdadeira eficácia no plano dos ordenamentos jurídicos.

Firmando direitos, uma Constituição contém os elementos para que a ordem jurídica possa existir. E, contra esses **direitos**, os atos exercitados aparecem sob graus de lesividade que, avaliados no seu alcance material ou patrimonial, abrem ao administrado as possibilidades do remédio excepcional esgotados os meios hábeis reparadores.

16. O Direito Constitucionalizado

Destarte, todo direito estabelecido numa Constituição, consagrado por ela e, portanto, **constitucionalizado**, com exceção do de liberdade física ou corporal garantido por "*habeas corpus*", encontra-se protegido por ação de mandado de segurança, "que opera como garantia constitucional"[27] contra o ato lesivo na sua prática e efeitos.

No direito brasileiro, são lesivos todos aqueles atos contrários a mandamentos constitucionais, ou que afrontarem objetiva ou subjetivamente no seu conteúdo e forma, as regras emanadas da lei fundamental, levando o administrado à obrigação de contradizer, usando dos recursos que a própria Constituição oferece para a garantia de direitos.

17. Rigor Constitucional

O disposto no Art. 5º da Constituição de 1988 e seus **parágrafos** ou incisos, mantém já agora uma tradição de absoluto rigor constitucional. É da maior clareza exegética (XXIV), conceitual e programática pelo que se concede e garante aos administrados.

Na largueza do conceito está a sua inteligência, quando assim diz a Carta: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e

(26) JOSÉ LUIS LAZZARINI – *El Juicio de Amparo* – Buenos Aires, 1967 – pág. 162.
(27) LAZZARINI – ob.cit. – págs. 249/253.

certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público", permitindo o reexame do ato para a sua devida correção judicial.

E de igual maneira, quando assegura o direito de propriedade salvo o caso de desapropriação, mas dentro de regras que não escondem a obrigação constitucional, garantindo o administrado contra a ação irregular e lesiva de parte do poder público ou seus órgãos. Colocando, sem dúvida, o administrado, sob a proteção jurisdicional.

Será preciso considerar sempre a discricionariedade não motivada, o abuso ou o excesso de poder contaminando o ato administrativo expropriatório. Porque as razões são as razões constitucionais-legais, as razões constitucionais-procedimentais.

18. Direito e Constituição

Argumentemos: se um direito tem origem no fundamento constitucional, não se pode querer que quando atingido não tenha o amparo do recurso (remédio) apropriado, específico ou adequado.

De mais a mais argumentando, é na própria Constituição, como sabemos, que se articula a **proteção** ressalvadas na aplicabilidade as regras processuais pertinentes aos casos concretos, realmente violentadores do que urge ser protegido.

Resta, no entanto, saber-se, diante do **casos concretos**, em se tratando de desapropriação, quando o pedido tem cabimento de conformidade com os pressupostos estabelecidos na Lei nº 11.533, de 31 de dezembro de 1953, que chegou para dar sentido e forma à possibilidade de ação que objetive tornar o ato praticado carente de executoriedade na esfera administrativa e pública.

19. O Que a Segurança Visa Proteger

Um único destaque, e esse de maior importância, é aquele que leva a obrigação do exame atento do que a segurança visa proteger, isto é, o **direito líquido e certo,** tão bem definido por HELY LOPES MEIRELLES como o direito que, ao se apreciar, "se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração".(28)

(28) *V. Mandado de Segurança e Ação Popular* – São Paulo, 1975 – pág. 16.

Considere-se outrotanto, a título de valiosa ilustração, o que pondera FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA,[29] ressaltando que só é válido o ato jurídico administrativo quando idôneo "para a produção de efeitos insuprimíveis". A mesma verdade se aplica, sem dúvida, ao ato administrativo expropriatório, em razão da eficácia e do que produz em efeitos materiais.

É de ver, que no exercício do controle, o Poder Judiciário, tem por função corretiva, examinar o ato expropriatório em todos os seus aspectos, desde a sua origem até a sua consumação declaratória.[30] Não será por motivo da lei (Art. 9° do Decreto-lei n° 3.365) dizer que está vedado, no processo de desapropriação, "decidir-se se verificam ou não os casos de utilidade pública", que tira de apreciação o ato viciado, desviado, ou praticado com excesso de poder.

20. Eficácia Contra a Constituição

O que se quer, na verdade, diante da intenção do legislador, é impedir decisão que atinja a vontade administrativa com respeito aos casos de utilidade pública. Não porém que o ato, específico pela própria natureza, possa ter efeitos ou eficácia quando venha desconforme com a norma ou violentando disposições normativas.

Uma coisa é a **vedação** e a outra o ato imperfeito e lesivo. Dada a imposição expropriatória, no tocante à contestação (Art. 20, do Decreto-lei n° 3.365) a cautela admitida se resume ao vício de processo judicial ou à impugnação do preço, mas não deve impedir, em determinadas circunstâncias reais, que o ato seja devidamente examinado na sua legalidade formal, e encaminhando o expropriado à ação direta.

Fruto de um tempo político, a lei que dispõe sobre as desapropriações no Brasil, chegou com uma alta finalidade social: a de não permitir entraves à necessidade de apossamento imediato da coisa em função da importância finalística. Contudo, a quem cabe aplicá-la, compete interpretá-la em face do princípio constitucional e das regras que orientam a ação jurídica estatal.

(29) V. ***Os Atos Administrativos na Teoria dos Atos Jurídicos*** – São Paulo, 1975 – pág. 16.

(30) Tudo quanto emana de uma Constituição torna-se rigorosamente programático. Não se podendo, através de ato administrativo, alterar a eficácia formal que tem suporte na fonte constitucional. Sobretudo quando as normas já indicam critérios a serem seguidos pela Administração. Qualquer ato, que atende contra qualquer princípio *maior*, deve sofrer correção. O juízo, sem dúvida, é de valor, cabendo ao Judiciário a função interpretativa. Na lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA (***Aplicabilidade das Normas Constitucionais*** – São Paulo, 1968 – pág. 159) "das normas programáticas, em geral, derivam vínculos para o legislador, para o administrador e para o juiz". É esta a nossa posição doutrinária. Não que tais normas, *já a priori*, tutelem interesses ou direitos, mas porque se existem, embora só se venham a aplicar condicionadas, existem para limitar a atividade discricionária da Administração. Vide, na oportunidade, para debate de posição doutrinária, a interessante tese de ROGÉRIO GUILHERME EHRHARDT SOARES - ***Interesse Público, Legalidade e Mérito – Direito Público e Interesse Público – A Administração perante a lei*** – págs. 43/96 – Coimbra, MCMLV.

Capítulo III

DA DESAPROPRIAÇÃO E DOS DIREITOS CONSTITUCIONALIZADOS

SUMÁRIO: *As normas programáticas. Situações Vinculadas. Disposições de princípio constitucional. Harmonia na exteriorização da vontade. Função administrativa e Constituição. O fim legal na Constituição. O valor das normas programáticas. Inciso XXIV do Art. 5° da Constituição Exegese do Art. 184. Obrigações políticas e legalidade formal. Legalidade e normas programáticas. A lesão de direito individual. Ato Administrativo e força executória. Direito condicionado. O ato expropriatório como gênero do ato jurídico. A defesa no processo judicial. Validade e eficácia. Validade do ato expropriatório. Eficácia do ato administrativo expropriatório. O erro gerando a ilegalidade.*

1. As Normas Programáticas

O instituto da desapropriação, embora histórico na sua projeção nos sistemas jurídicos, não teria fundamentos positivos irrecusáveis, acaso não se integrasse no corpo vivo das Constituições,[1] ou nelas não estivesse integrado determinativamente.

Não se destina, na dimensão dos seus pressupostos político-jurídicos, a proteger apenas os interesses estatais, mas a resguardar nas hipóteses acolhidas, os interesses individuais e as situações subjetivas, os direitos materiais e as posições singularizadas.

Quanto ao administrado, já que as normas aparecem como **programáticas**, tem nas Constituições certamente o amparo fundamental,

(1) Ref. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO – ***A Desapropriação no Direito Comparado*** – Revista de Direito Administrativo – Vol. 112/1.

cabendo à Administração "exercer seu poder dentro de certos limites",[2] não de modo contrário e diverso do que está postulado.

2. Situações Vinculadas

Ao que parece, não há como tergiversar, tendo em conta situações que se vinculam, ou situações que geralmente se originam de um direito subjetivo e constitucional. Prevalecendo um princípio institutivo de direito, **criado o direito,** está ele plenamente protegido.

Com muito mais razão, quando o direito na sua existência apresenta-se cheio de conteúdo natural, ou seja, marcado por condições que o tornam inalienável, não tangível e inviolável, **inato** por assim dizer.

São as situações assim firmadas, de vínculo, e de onde surge um direito subjetivo[3] que, em face de eventuais prejuízos, oferecem ao administrado, legitimidade para impugnar o ato decorrente do abuso, do excesso, do desvio ou mesmo de viciado procedimento administrativo.

3. Disposições de Princípio Constitucional

Duas maneiras, no processo expropriatório, devem preocupar os juristas e administrativistas:

a) a que exija do ato administrativo adequação perfeita à norma legal na sua expressão peculiar de vontade estatal;

b) a que, com respeito ao suporte constitucional, não contrarie o mandamento nas suas premissas de finalidade.

Ainda que não manifesta *in concreto* a vontade diante do interesse público, tanto o ato declaratório como o seu encaminhamento judicial, tanto o processo administrativo interno como a atividade depois externa, devem assentar na lei e na Constituição.

A bem dizer, primeiro na Constituição e conseqüentemente na lei, harmonizando o que é permitido com o **modo de fazer** ou de tornar efetiva a intenção permitida da Administração, porque é pelo "fim legal" que se condiciona "de modo preciso" a conduta do agente administrativo.[4]

---

(2) JOSÉ AFONSO DA SILVA – ***Aplicabilidade das Normas Constitucionais*** – Normas Programáticas e Tutela das Situações Subjetivas – São Paulo, 1968 – págs. 159/163.
(3) JOSÉ AFONSO DA SILVA – ob. cit – pág. 159.
(4) J.CRETELLA JÚNIOR – ***Do Desvio de Poder*** – São Paulo, 1964 – pág. 43.

Tal não sucedendo, todavia, a dúvida atinge a eficácia normativa de "disposições de princípio" constitucional,[5] comprometendo a lei e o procedimento judicial pela distorção dos meios e de fins, ou seja, chocando o **modo de fazer** com a relevância jurídica do objetivo expropriatório.

4. Harmonia na Exteriorização da Vontade

A uma mesma linha de harmonia deve obedecer todo o processo de exteriorização de vontade estatal, já na fase propriamente administrativa até a prática do ato administrativo de expropriação, e isto para que, no âmbito judicial, a apreciação da causa, do motivo ou do ato não leve à necessidade da correção.

A Constituição cumpre ser rigorosamente obedecida e a lei adequadamente cumprida, pois na estrutura do Estado as funções legislativa, jurisdicional e executiva, complementam-se integradoras, assumindo papéis distintos, porém finalisticamente semelhantes na unidade.

A função **legislativa** tem por objeto criar as normas que hão de reger uma sociedade política. Tem por isso um caráter abstrato, impessoal e objetivo. Não se relaciona, particularmente, com pessoas determinadas ou com o indivíduo na sua singular expressão física.

A função **jurisdicional**, de sua parte, é aquela que assegura o cumprimento e o respeito das normas legislativas, declarando o direito nos casos controvertidos e condenando a sua violação. É uma função de tutela, de controle, de proteção e de legalidade substancial.

Quanto à função **executiva** (administrativa) é aquela pela qual, dentro das normas criadas e sancionadas, o Estado (Administração) presta serviços e satisfaz necessidades gerais e comuns, permanentemente sujeita à lei e às disposições que dão conteúdo à ordem jurídica.

5. Função Administrativa e Constituição

De certa maneira, as funções, quer executivas, quer administrativas, complementam-se ou completam-se pela finalidade. Nas primeiras (as executivas) há a tônica do princípio político gerador. Nas segundas (as administrativas) a tônica da norma jurídica aplicável.

(5) VÉZIO CRISAFULLI – ***Sobre la eficácia Normativa de las Disposiciones de La Constituciona*** – trad. esp. – ***Revista de Derecho Público*** – Santiago de Chile. 1967 – Vol. 7/27.

Na realidade, tão sutis são na prática as diferenças acaso existentes, que é quase impossível distinguir-se a função executiva da administrativa ou a atividade administrativa da executória. Sobretudo quanto há uma estreita interdependência entre as funções chamadas essenciais como relação aos órgãos ou poderes que as exercitam.(6)

Já que a questão se coloca em não confundir função administrativa e competência, tomando-se o conceito de competência na divisão de funções como um conceito de medida e limitado(7) o problema da conduta legal e do comportamento jurídico, além de ser condição imperativa de legalidade, é um problema que decorre da relação constitucional.

Portanto, no tocante aos direitos, como veremos, a função administrativa e o ato administrativo que se impõe, tem sua origem nas Constituições. E com maior importância quando, tanto a função como o ato, na especialidade, se praticam para efeito de um fim público marcado e respeitável na ordem econômica e das garantias individuais.

6. O Fim Legal na Constituição

Vale, no que diz também com as desapropriações, a realística posição doutrinária assumida por J. CRETELLA JÚNIOR, ao estudar com lucidez de pensamento temático, o limite da discricionariedade:

a) se a finalidade de qualquer ato administrativo é atender ao **interesse coletivo**, tal interesse já foi *a priori* demarcado pelo legislador, condicionando de modo preciso a futura conduta do agente administrativo;

b) se o administrador, no uso do poder discricionário de que dispõe, deixa de atender ao **fim legal** a que está indissoluvelmente ligado, é claro que exorbita do poder que a lei lhe conferiu.(8)

O que dizer, então, quando atingida é a própria Constituição? Ou quando princípios mandamentais básicos se conflitam com a lei ou com o ato administrativo, com o esquecimento de prescrições expressas e implícitas no tocante à prévia indenização e ao justo-preço? A quem recorrer, e como recorrer, provada de fato a lesividade?

Na verdade, o que se contém numa Constituição faz e realiza o fim legal. Sobretudo, quando é através do mandamento constitucional, que adquire

(6) MANUEL DANIEL ARGANDOÑA - ***Derecho Administrativo y Administración Pública – Revista de Derecho Público*** – Santiago de Chile, 1967 – Vol. 7/60.

(7) RAFAEL A. ARNANZ – ***De la Competencia Administrativa*** – Madri, 1967 – págs. 21/7. Para conhecimento no direito comparado: F.GAZIER – ***La Fonction Publique dans le Monde*** – Paris, 1973.

(8) ***V.Desvio de Poder*** – ob. cit. – pág. 43.

substância legal a relação jurídica. Ou quando o princípio informador da atividade administrativa é aquele constitucionalmente demarcado, não permitindo a discrição nem a arbitrariedade decisória.

7. O Valor das Normas Programáticas

Evidente, e aqui ficamos com a orientação da boa doutrina, que as normas constitucionais programáticas, estabelecendo um juízo conclusivo de valor essencialmente jurídico, são aquelas que exatamente asseguram a proteção dos direitos, ou seja, dos interesses legítimos.(9)

Onde há um interesse legítimo, não um simples interesse, há um direito subjetivo a resguardar-se. Importa, portanto, e muito, que as normas programáticas quando transformadas em atividade administrativa, não ganhem caráter discricionário, não transcendam limites recomendados, ainda que manifesto se faça o interesse público.

Não basta, porém, que se firme a tese de que *"as normas programáticas protegem interesses juridicamente relevantes"*,(10) mas que devem antes de mais nada, em razão da matéria constitucional, tutelar já na esfera jurisdicional, "direitos particulares desde logo exigíveis", como nas hipóteses legais previstas de desapropriação.

8. O Inciso XXIV do Art. 5º da Constituição

Só há uma forma lógico-jurídica de se compreender, no seu amplo entendimento programático, o que disciplina o princípio mandamental constitucional. Nunca, no contexto da Constituição, foi tão claro o legislador constituinte. Não existe, portanto, **livre desapropriação**, mas expropriação regrada, normada, legitimada, por força dos seguintes pressupostos:

a) está e fica plenamente assegurado o direito de propriedade na extensão que permite a ordem política e jurídica;

---

(9) Consulte-se para uma tomada de posição de pensamento doutrinário: VÉZIO CRISAFULLI – *La Constituzione e le sue Disposizione di Principio* – Milão, 1952; VICENTE RÁO – *O Direito e a Vida dos Direitos* – São Paulo, 1960; CARLOS COSSIO – *Teoria de La Verdad Juridica* – Buenos Aires, 1954; ARNALDO DE VALLES – *La Validita Degli Atti Amministrativi* – Roma, 1917; C.J. HAMSON – *Pouvoir discretionaire et Contile Juridictionnel de L'Administration* – Paris, 1958; MARIO GALIZIA – *Scienza Giuridica e Diritto Constituzionale* – Milão, 1954; MANUEL GARCIA-PELAYO – *Derecho Constitucional Comparado* – Madrid, 1967.

(10) JOSE AFONSO DA SILVA – ob. cit. – págs. 160/3.

b) a exceção expropriatória somente pode ter motivo na necessidade ou utilidade pública ou por interesse social;

c) não terá adequada execução o ato declaratório senão mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

A ressalva constitucional não conduz a uma submissão de estrita obrigação jurídica, porque apenas se **faculta** ao expropriado *"aceitar o pagamento em título da dívida pública"*, com a cláusula de exata correção monetária. Com igual imposição permanece, nos seus efeitos, a indispensável prévia e justa indenização.

Não surgindo – em razão de motivo determinante, "caso de perigo público iminente", que permita ao Estado usar da propriedade, condição esta que justifica a ação administrativa excepcional, não obstante garantir-se ao expropriado "indenização ulterior" — não se alteram as normas programadas e conceitualmente estabelecidas.

9. Exegese do Art. 184

As premissas, que fazem obrigações jurídico-constitucionais, mantém a intangibilidade do direito à propriedade possibilitando, contudo, à União Federal *"promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer"*.

Registre-se, todavia (Art. 184), que a disposição constitucional, evitou a expressão "**prévia**" e manteve a expressão "**justa**", condicionando porém o poder de expropriar a normas, como as seguintes:

a) a desapropriação da propriedade territorial rural é da competência exclusiva da União e dever-se-á limitar às áreas incluídas nas zonas prioritárias;

b) depende de fixação em decreto do Poder Executivo, a determinação das áreas prioritárias, e que só podem atingir propriedades rurais que não correspondam à função social da propriedade;

c) a indenização em títulos somente será feita quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias, *"que serão sempre pagas em dinheiro"*.

Não respeitadas as disposições apontadas, abre-se a via da reclamação, do recurso administrativo e da tutela jurisdicional, aparecendo o mandado de segurança como único remédio capaz de restaurar a norma violada, eis que possa ficar de plano provada a ocorrência de ato declaratório de efeitos individuais lesivos.[11]

(11) SERGIO DE ANDREA FERREIRA, traz à colocação com respeito à "norma em tese e o mandado de segurança", o pensamento de ilustres juristas, como PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAMPOS, M.

Não havendo incidência de inconstitucionalidade, o princípio regrado mal aplicado, a norma divorciada do mandamento constitucional, a regra afastada das vinculações substanciais, passa a se produzir desvio de poder, discricionariedade flagrante ou ilegalidade proveniente de ato passível de correção, embora esteja manifesta a vontade estatal.

10. Obrigações Políticas e Legalidade Formal

As normas programáticas, no sistema constitucional brasileiro, exteriorizam obrigações políticas que, através dos diferentes procedimentos administrativos, levam ao exercício da legalidade formal. Quando dependem de legislação para se efetivarem, nem por isso deixam de ser **direito** no tocante às práticas governamentais.

Já que numa Constituição se objetiva, e assim em termos foi e é no Brasil desde 1824, a fixação de valores-fins na justiça, na economia e na esfera das relações jurídicas, embora possam depender de providências legais que lhes dêem executoriedade, tais valores-fins dominam o direito e afetam a legalidade nos seus fundamentos intocáveis.

Basta que o poder constituinte, tenha traçado certos princípios, mesmo não regulando direta e imediatamente determinadas posições relacionais, para que estes princípios obriguem coativamente o Estado, pelos seus órgãos legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos,[12] em decorrência **primeiro,** da constitucionalidade e **segundo,** da legalidade.

11. Legalidade e Normas Programáticas

Das normas programáticas defluem necessariamente, em razão da própria atividade administrativa, a legitimidade e a lisura dos atos administrativos. Nelas têm suporte, condições que foram estabelecida e que exigem observância na ordem jurídico-estatal, sem a qual inexiste a ordem político-constitucional.

Dizendo-se que *"a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual"*, não se está excluindo o ato

SEABRA FAGUNDES, LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, ALFREDO BUZAID, CASTRO NUNES, PAULINO JACQUES, CELSO AGRICOLA BARBI, GONÇALVES DE OLIVEIRA, CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO, HELY LOPES MEIRELLE, LOPES DA COSTA, JORGE SALOMÃO, AMILCAR DE CASTRO, NELSON HUNGRIA, REGINALDO NUNES, todos eles focando aspectos do *writ* na sua extensão e aplicabilidade (*V. Lições de Direito Administrativo* – Rio de Janeiro, 1972 – pág. 155/72).

(12) JOSE AFONSO DA SILVA - ob. cit. - pág. 132.

administrativo expropriatório mal formado, falho de elementos ou de requisitos que lhe dêem conteúdo e legitimidade.

Essa é uma norma, a acima citada, sem dúvida, que não se conflita com as demais disposições normativas, porque geral e igualitária, comum e postulativa. A referência *"a qualquer lesão de direito individual"*, traz no seu bojo o sentido do respeito pelo princípio da legalidade que a todos deve atender e proteger.

12. A Lesão do Direito Individual

Destarte, a simples menção "a qualquer lesão de direito individual", harmoniza-se com a natureza do mandamento de segurança desde que provadamente o ato implique:

a) em atentado contra o direito líquido e certo que se visa por motivo dele proteger;

b) na existência provada ou argüida para apreciação de ilegalidade ou abuso do poder.

Assegurando o direito de propriedade, é possível desapropriar-se sem prévia e justa indenização? Se a exação é constitucional, há de ser também a legal, e conseqüentemente a administrativa. E a resposta, é de que se pode, no limite da "faculdade" concedida ao expropriante para **propor** e ao expropriado para **aceitar**.

Evidente que o fundamento é o direito líquido e certo, constitucionalmente incorporado ao patrimônio jurídico-econômico do administrado. Não determina o legislador constituinte que a indenização seja prévia OU justa, mas sim prévia E justa. Não sendo as duas coisas ao mesmo tempo, a norma fundamental se faz inoperante, ineficaz e de possíveis resultados danosos.

13. Ato Administrativo e Força Executória

Exato, no entanto, que toda e qualquer norma só tem força suficiente de execução, depois da existência do ato administrativo, pois é em razão do ato que a Administração manifesta a sua vontade de agir. Para os devidos efeitos jurídicos, sejam estes efeitos os expropriatórios, o ato há de vir adequado à lei e conforme com os fins .

Não serve ao direito e nem à ciência jurídica, o ato administrativo

imperfeito e prenhe de vícios, ainda que sanáveis. Se o direito, na sua amplitude, com fenômeno social, consiste em uma ou mais relações, a de **administração** assume importância que vai além do simples exercício da atividade administrativa, sobretudo quando impõe novas situações.

Na sábia lição do saudoso TITO PRATES DA FONSECA,[13] a Administração não desapropria bens privados para aumentar ou enriquecer o seu patrimônio, mas para deles se utilizar *"como meio de consecução de uma finalidade declarada de utilidade pública"*. Portanto para que o ato administrativo expropriatório tenha força legal, deve atender:

a) à intenção de vontade da Administração, quando decreta e processa a desapropriação;

b) à intenção de vontade fundada na verdade legal e limitada aos fins e objetivos públicos.

Tanto seja o indivíduo titular de um direito subjetivo perfeito, como titular de um direito subjetivo condicionado – e nesse caso podemos nomear aquele direito sujeito à desapropriação –, tem ele a segurança do seu direito adquirido acaso o ato administrativo venha marcado por defeito de substância ou de forma, por vício que desvirtue a finalidade.

É missão do jurista, ao examinar a finalidade do ato administrativo, a de verificar se a Administração agiu ou não como quer a lei,[14] ou melhor, se o ato é legal. Não se permite ao poder administrativo ser usado fora do poder legal. Nem a Constituição, no tocante aos direitos, autoriza a discricionariedade e o puro arbítrio administrativo.

14. Direito Condicionado

Em parte, como de orientação prática para o pensamento doutrinário, é de relevo a posição de DUGUIT e a colocação de JEZÉ[15] em face da legalidade e da legitimidade do ato administrativo, porque ambos tendendo para os efeitos do ato, resguardam a decisão de controle que não pode ficar livre da alçada judiciária, e com motivo forte nas desapropriações.

Não é o ato administrativo expropriatório um ato administrativo simples envolvendo só agentes e órgãos, mas um ato de direito subjetivo especificamente condicionado pela lei ao interesse público, pois não diz

(13) *V. Lições de Direito Administrativo* – São Paulo, 1943 – pág. 312.

(14) TITO PRATES DA FONSECA – ob. cit. – pág. 344.

(15) LEÓN DUGUIT – *Traité de Droit Consitutionnel* – 5 vols. – Paris, 1921/25; GASTON JEZE – *Principios Generales del Derecho Administrativo* – trad. esp. – Buenos Aires, 1948. Na literatura, em colocação doutrinária: A. ROUX – *La Protection de la vie Privée dans les Raports entre L'Etat et les Particulars* – Paris, 1983.

somente com a propriedade em face da desapropriação, mas com a propriedade em face da Constituição e das leis civis.

Basta a situação originária de **direito condicionado** para que nos procedimentos expropriatórios deva ficar claro:

a) a exceção que a desapropriação impõe à propriedade, resultante da utilidade pública ou do interesse social;

b) a importância nos casos concretos do ato declaratório através do qual se produzem efeitos jurídicos e materiais.

Os mesmos requisitos que qualificam o ato administrativo **comum**, juridicamente qualificam o ato administrativo expropriatório. Se a invalidez decorre de um defeito ou vícios de substância ou de forma, não há porque não exigir que o ato de expropriação contenha os indispensáveis requisitos formais e substanciais.

15. O Ato Expropriatório como Gênero do Ato Jurídico

Embora esgotadas as operações na esfera administrativa e proposta a ação judicial, apresentando o ato, vício de fundo ou de forma, como qualquer outro ato de vontade pública, o expropriatório pode não aparecer perfeito e ser acusado de nulo ou simplesmente anulável.

No bom entender, em razão de um direito condicionado, há em favor do expropriado alguma coisa a mais que o direito subjetivo à indenização. Na verdade jurídica, não só importa a efetivação processual da declaração de vontade, mas que o ato expropriatório, como gênero do ato jurídico a que pertence, traga as qualidades de jurisdicidade e moralidade.(16)

Há, sem dúvida, em cada ato administrativo, expropriatório ou não, a exigência de certas formas prescritas. Quanto à omissão da forma legal acarreta necessariamente uma quebra no sistema positivo de garantias, ou melhor, uma distorção entre o que a lei quer e a Administração faz, entre o que o Estado declara e o administrado possui nas suas relações jurídicas de ordem econômica privada.

16. A Defesa no Processo Judicial

Ainda que a defesa no processo judicial expropriatório se limite à alegação de "vício do processo judicial ou impugnação do preço", o simples fato

(16) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO – *O Controle da Moralidade Administrativa – O Alcance da Moralidade Administrativa no Mandado de Segurança* – São Paulo, 1974 – págs. 213/227. Mais atual: OLIVEIRA FRANCO – *O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa* – Curitiba, 1994.

não definido de que qualquer outra questão poderá ser decidida "**por ação direta**" (Decreto-lei nº 3.365, Art. 20), abre possibilidades amplas ao expropriado na esfera do controle jurisdicional.

Ora, se o poder administrativo não deve licitamente ser exercitado fora da intenção legal e da competência dos órgãos públicos, torna-se evidente que o ato administrativo realizado de maneira viciada não pode produzir o efeito de direito correspondente. E é só através da medida da segurança que se restaura o direito contra a eficácia do ato, impondo-se a condição suspensiva da sua validade.

A distinção entre **interesse** (da Administração) e **direito** (do administrado) é fundamental no Direito Administrativo moderno. Acontecendo que, nas hipóteses e exemplificativas expropriatórias, é a perfeição do ato e a especificidade do fim que produzem a relação, ou que criam situações jurídicas, cuja estabilidade é de precípuo mandamento constitucional, que na prática legal, o comportamento deve ser o corretivo.

17. Validade e Eficácia

No sentido próprio da lógica jurídico-administrativa, a palavra **validade** pressupõe **atributo** legal de que todo o ato deve vir dotado para que produza efeitos de direitos. É um problema de **forma**, como uma questão de adequação à lei ou à norma prescrita. Tal entendimento é essencial para a caracterização da **invalidade**, ou seja, para apontar-se a ausência de forma ou de idoneidade relativa às peculiares condições legais.

Quanto à expressão "eficácia" só possui um sentido, o de possível executoriedade. Para que produza efeitos jurídicos, a eficácia passa a elemento-condição conseqüente da validade, não obstante a doutrina se deixar prender por irresistíveis tendências especulativas. Simplesmente, na prática administrativa, a eficácia é ao menos presunção da validade. Resulta, a rigor, do ato perfeito e fundado em disposto legal.[17]

Se o ato inválido é aquele não conforme às normas jurídicas, ou melhor, aquele que contém violação ou falsa aplicação da lei,[18] só pode ser válido aquele ato firmado de acordo com o que preceitua a lei. Querer-se, portanto, que o ato **não válido** tenha eficácia, ainda que exista, é o mesmo que aceitar efeitos contra ditames legais. Tal posição assume importância maior, como veremos, na problemática expropriatória.

(17) J.CRETELLA JUNIOR – *Dicionario de Direito Administrativo* – São Paulo, 1972 – pág. 343/4.
(18) CRETELLA JUNIOR – ob. cit. – pág. 344.

18. Validade do Ato Expropriatório

Incontestavelmente, por motivo dos direitos que emanam de uma Constituição, dos **constitucionalizados** na melhor expressão de conhecimento terminológico, o de **propriedade** é o que recebe tratamento mais consentâneo com a realidade humana e social. Como direito, já aparece protegido, independente da lei ordinária. E como direito, já surge com sentido econômico capaz de ampará-lo nos momentos de interesse público e declarado.

Dele, do ato expropriatório, especificamente administrativo, a lesão há de se dar para atingir o direito de escoimá-lo de invalidade, quando:

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

b) violente a lei ou regra legal, tocado de incompetência, vício de forma e defeituosa qualificação;

c) não respeite disposições administrativas com força legal levando a resultados que o tornam ineficaz.[19]

Evidente que se poderá afirmar, com apoio em FLEINER,[20] atualizando a posição do tratadista alemão, que qualquer ação para o cumprimento de uma lei, caracteriza amplo direito subjetivo. Mas que também o direito à legalidade na Administração não se faz apenas subjetivo para o próprio Estado, porque visa proteger e defender na generalidade os direitos subjetivos, restaurando o valor jurídico da norma vulnerada por agentes e órgãos responsáveis.

19. Eficácia do Ato Administrativo Expropriatório

Dentro de análise conceitual, J. CRETELLA JÚNIOR[21] lembra que, *"preenchidos os requisitos legais, o expropriante adquire o domínio, no momento em que, **supondo-se a declaração regular** (o grifo é nosso), a indenização é cumprida..."*. Pois bem, não havendo nenhuma dessas condições, não estando cumpridos os requisitos legais, nem a declaração regularmente formalizada, tem eficácia o ato administrativo expropriatório?

Não é uma dúvida que aqui se evidencia, mas uma certeza jurídica quanto à invalidade e à ineficácia do ato declaratório. Como o ato administrativo de declaração é preparatório (preliminar) do procedimento processual,[22] não se

(19) AURELIO GUAITA – ***El Proceso Administrativo de Lesividad*** – Barcelona, 1953 – págs. 49/52.
(20) AURELIO GUAITA – ob. cit. – pág. 52.
(21) J. CRETELLA JÚNIOR – ***Tratado de Direito Administrativo*** – Vol. IX – Rio de Janeiro, 1972 – pág. 113.
(22) M. SEABRA FAGUNDES – ***Da Desapropriação no Direito Brasileiro*** – Rio de Janeiro, 1949 – pág. 115.

pode aceitar em tão importante matéria constitucional, que não possa sofrer exame de legalidade, já que o legislador, vinculando, demarcou limites; exemplificando, firmou critérios de ação.

Ineficaz, portanto, sujeito à correção, será o ato declaratório que, na sua virtual expressão fática, não corresponder aos pressupostos constitucionais e legais, efetivando-se fora do poder que a lei confere, distante do fim a colimar, exposto ao ataque judicial, insuficiente para determinar na exceção a perda da propriedade. Torna-se, destarte, **ineficaz**, por falta de aptidão jurídica para produzir os efeitos visados.

20. O Erro Gerando a Ilegalidade

Do acima argumentado resulta que, na verdade jurídica, a eficácia pode não interessar à validade ou à invalidade do ato, mas que a recíproca assim não se coloca nem é verdadeira, pois em se tratando de direitos constitucionalizados, legais ou líquidos e certos, o ato administrativo viciado e falho de elementos, torna-se juridicamente ineficaz.

Atendendo a que, na desapropriações, a lei retomou a orientação tradicional, discriminando, um por um, os casos em que pode ter lugar a desapropriação, sistema este compatível com o espírito da Constituição, "onde se instituiu o direito de expropriar como uma exceção à plenitude do direito de propriedade",[23] a regra é a da obediência da norma consagrada.

Aceitando que a validade do ato e a sua eficácia não transpõem os limites legais indicados por haver na lei uma clara exemplificação de espécies, abstrair-se o controle judicial da enumeração taxativa "seria deixar o Poder Executivo como árbitro único e inapelável dos casos de expropriamento".[24] Não nos parece, na vida dos direitos, ser esta a solução melhor adequada nos litígios, ou seja, nos conflitos entre Administração e administrado.

Por outro lado, nenhum limite haveria, então, ao exercício do direito de expropriar, *"em contradição com a própria natureza deste direito, afetando um princípio fundamental do nosso regime político, o de que todo o direito lesado é suscetível de proteção jurisdicional"*.[25] Nada vai de novo na

(23) M.SEABRA FAGUNDES – ob. cit. – pág. 109.

(24) M.SEABRA FAGUNDES – ob. cit. – pág. 109/110.

(25) M.SEABRA FAGUNDES – ob. cit. – pág. 110. Impossível, nesta passagem, não fazer uma referência especial à lúcida posição adotada por *Caio Tácito*, quando em termos válidos de análise jurídica, afirma: *"Não nos furtaríamos a admitir que, mesmo na ação exporpriatória, o juiz possa declarar a inconstitucionalidade de decreto de utilidade pública que comprovadamente visasse a fim estranho ao interesse público, ou seja, se a nulidade do ato é manifesta, tal como se verificará com o vício da incompetência"* (V. ***Teoria e Prática do Desvio de Poder – Revista de Direito Administrativo*** – Vol. 117/12). Tambe, CELSO ANTONIO

tese, que é de legalidade política e institucional. Não apenas de idéias que possam desinformar os aspectos do problema.

O que pretende, todavia, não é tão somente levantar uma construção teórica ajustável à realidade jurídica, mas como a causa no Direito Administrativo é o motivo prático no exercício da vontade, é importante tornar o ato administrativo expropriatório, onde quer que haja o interesse público ou social, compatível com as determinações legais. É um dos primeiros motivos que o direito aponta como determinante da anulação do ato, é o erro que gera a ilegalidade.

Tanto o erro, como a ilegalidade, não tutelados, conduzem a má fé. Ferem a lisura do ato e afrontam a ordem jurídica. Porque, quando se fala de desapropriação, imediatamente surge a idéia de propriedade. Ato jurídico, o ato expropriatório, como administrativo que é, merece a mesma avaliação que se dá aos atos comuns.

Embora, nascido de uma exceção constitucional, recaindo esta **exceção sobre** o direito de propriedade, o problema é de norma aplicável. Quem sabe, até de ética no poder de expropriar.(26) Somente apreciado um ato expropriatório nos seus elementos de conteúdo e forma, chegamos à sua validade e, da validade, chegamos à sua eficácia.

BANDEIRA DE MELLO, excelente na argumentação, falando em "garantia do sistema normativo", merece especial menção (*V. Apontamento sobre a Desapropriação no Direito Brasileiro – Revista de Direito Público* – Vol. 23/18). Num sentido de maior amplitude teorética, toma posição realista não obstante subjetiva, o administrativista português ROGÉRIO GUILHERME EHRHARDT SOARES (V. *Interesse Público, Legalidade e Mérito* – Coimbra, MCMLV – págs. 99/136), quando analisa o interesse público com respeito às limitações externas da atividade administrativa, afirmando com suporte em Borsi (pág. 110) que "a lei para a legislação é o fim e para a Administração é o limite". Vale no trabalho de ROGÉRIO SOARES, as pesquisas feitas em torno do "interesse público e do dever de boa admininstração"(§ 5°, pág. 179), onde procura focar com relevo demonstrativo, a justeza da construção daquelas teorias que defendem que o dever da boa administração "traduz-se num autêntico dever jurídico". Administrar não é so, pois, "propor meios a um fim determinado". Nas desapropriações, como temos dito, não há só um dever da Administração de escolher a solução conveniente, mas de exercitar a vontade através do ato ou de ato que venha adequado ao preceito legal-jurídico. Nas desapropriações, obviamente, não se está somente diante de um princípio geral de Direito Administrativo, e sim perante um princípio constitucional. O dever de boa administração, influindo no ato administrativo expropriatório, "surge em todos os casos como um dever de não proceder arbitrariamente, imposto ao agente em cada situação do exercício do poder". Na doutrina: R.ALLARD – *Le Droit Administratif de L"Expropriation et des Marchs Publics* – Paris, 1974.

(26)Para conhecimento: MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES – *Ética e Administração Pública* – São Paulo, 1993.

Capítulo IV

DO MANDADO DE SEGURANÇA NA ORDEM JURÍDICA POSITIVA E CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: *1. Defesa da ordem jurídica consagrada. A hipótese da inconstitucionalidade. A questão da legalidade. O problema do abuso de poder. O excesso e o desvio como formas de abuso de poder. Duas posições de legalidade substancial. O sistema constitucional brasileiro. Aplicação do instituto da segurança. A posição do Ministério Público. A defesa do ato. A prova com suporte na garantia. A forma da norma no ato público. A vontade administrativa e a lei. Aplicação ilegal de norma constitucional. o agravo direto ao direito individual. Direito de categoria constitucional. A segurança no processo civil. Admissibilidade da segurança. Ação ordinária ou mandado de segurança. Sutileza do comportamento do legislador.*

1. Defesa da Ordem Jurídica Consagrada

O instituto do mandado de segurança, embora bem mais recente que o da desapropriação na sua projeção nos sistemas jurídicos, já alcançou no direito universal e continental latino-americano, consenso definitivo de natureza constitucional e de instrumento de proteção contra a ilegalidade ou abuso do poder.(1)

Não se destina, na dimensão das suas normas prescritas de ação

(1) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI – ***Do Mandado de Segurança*** – Rio de Janeiro, 1966 – Os "writs" direito anglo-saxônico. O juizo de amparo no direito mexicano, "El amparo" na Antiga Constituição espanhola, na Áustria – págs. 9/42; CARLOS A. ARIGÓS – ***La Competencia en la Acción De Amparo*** – Buenos Aires, 1970 – ***Analisis y Confrontación del Derecho Comparado*** – págs. 69/98; JOSÉ LUIS LAZZARINI – ***El Juicio de Amparo*** – Buenos Aires, 1967 – págs. 41/62; J. M. OTHON SIDOU – ***Do Mandado de Segurança*** – São Paulo, 1969 – págs. 101/67.

processual, a apenas resguardar o direito violentado por motivo de ilegalidade ou abuso de poder, mas a impedir que direitos constitucionalizados possam, no âmbito da atividade geral administrativa, sofrer ferimentos que atinjam a ordem jurídica consagrada.(2)

Como instrumento de proteção jurisdicional, pela natureza singular da sua relação jurídica, não se identificando como o *habeas-corpus*, surgiu o mandado de segurança para reconhecer a ilegalidade e corrigi-la, declarar o abuso e reprimi-lo, recolocando o direito lesado na sua posição anterior, suspendendo o ato ou deixando-o, afinal, nulo nos seus efeitos.

2. A Hipótese da Inconstitucionalidade

No entender de CASTRO NUNES,(3) uma das hipóteses prefiguradas, e que aceitamos como válida, é a da **inconstitucionalidade** do ato, que pode envolver a da lei que sirva de suporte ao ato impugnado, criando problema jurídico de aplicação de um preceito constitucional.

Nesse ponto, não há questão, mesmo controvertida, que possa aparecer como duvidosa. O que se pode dizer, ficando com a realidade das coisas, é que, para certos atos públicos, a constitucionalidade está na base da legalidade. Sobretudo, nas desapropriações, quando na Constituição se estabelecem efeitos insuprimíveis.

Passa ilegal, portanto, o ato administrativo fundado em lei ordinária, que desrespeite o mandamento constitucional. Como caracteriza abuso de poder o ato que, mesmo exercitado conforme a norma, fira o imperativo constitucional. A exemplo, no tocante às desapropriações, o princípio constitucional há de vir em harmonia com a norma legal.

É nos termos da Constituição e da lei que se exerce o poder de expropriar. Na sua aplicabilidade, a lei não se permite atingir o preceito constitucional. Na hipótese expropriatória, o dispositivo constitucional, diretamente, mesmo acautelando o interesse público, impõe condições que não admitem providências prejudiciais ou não legitimadas.

---

(2) "*Aplicada a lei, se ela fere direito individual, o mandado de segurança é o meio idôneo para afastar a ilegalidade. O que se impugna é o ato administrativo executório da ilegalidade ou inconstitucionalidade da lei que o poder judiciário deixará de aplicar ao caso concreto*" (ALFRETO BUZAID – ***Do Mandado de Segurança*** – Revista Forense, Vol. 1264/7 – Revista dos Tribunais, Vol. 258/35.

(3) CASTRO NUNES – ***Do Mandado de Segurança*** – Rio de Janeiro, 1965 – pág. 98.

3. A Questão da Legalidade

Via de regra, e sem reservas, as faculdades administrativas, estão submetidas às leis, inclusive o poder de regulamentar. Dos atos internos, não surgem direitos para os administrados, mas dos externos sim, quando afrontam a Constituição e a legislação vigente. Tanto o procedimento administrativo, como o ato dele conseqüente, o que visam é assegurar o ordenamento jurídico objetivo, nunca a infração dos textos aplicáveis.

Sem dúvida, estamos com FIORINI, ao afirmar que a relação administrativa e a função administrativa se desenvolvem integralmente dentro de conteúdos jurídicos,(4) havendo já passado a época doutrinária da Administração não se ver regulada pelo direito. A tese da legalidade provém do Direito Constitucional, marca-se pelas Constituições, num regime político de garantias e de direitos fundamentais.

Quanto ao **princípio da legalidade**, confunde-se hoje com os regimes administrativos, e comanda, orientando e informando, a atividade da Administração.(5) Só é válido, nos seus efeitos, portanto, o ato administrativo com suporte na norma legal definida e qualificada na espécie. Aquele ato, que, pela sua finalidade e conteúdo, objetive soluções legais.

Não basta a existência da vontade, embora válida diante dos pressupostos de interesse público, porque a vontade estatal se exterioriza mediante o uso das formas legais,(6) e isto para que não haja erro, violência ou dolo. Como explica SAYAGUÉS LASO, o ato, no seu conteúdo, deve ajustar-se às normas do direito objetivo, sejam as Constituições, as leis ou os regulamentos, ou mesmo os princípios gerais de direito.(7)

Naturalmente que pode ocorrer contradição entre normas de diferentes hierarquias, uma lei contrária à Constituição, um regulamento contrário a uma lei,(8) mas o conflito não altera o princípio da legalidade desde que está presente o mandamento constitucional, como no caso *in concreto* das desapropriações.

Para mérito, na legalidade, há de vir o ato administrativo expropriatório, afiançando pelos seguintes elementos:

(4) BARTOLOMÉ A. FIORINI – ***Manual de Derecho Administrativo*** – Vol. I – Buenos Aires, 1968 – págs. 37, 38 e 226.
(5) MASSIMO SEVERO GIANNINI – ***Lezioni di Diritto Admministrativo*** – Vol. I – Milão, 1950 – pág. 77; RENATO ALESSI – ***La Responsabilitá della Pubblica Amministrazione*** – Milão, 1951 – CAPITOLO TERZO – págs. 73/113.
(6) ENRIQUE SAYAGUÉS LASO – ***Tratado de Derecho Administrativo*** – Vol. I – Montevideo, 1953 – págs. 434.
(7) SAYAGUÉS LASO – ob. cit. – Vol. I – pág. 441.
(8). SAYAGUÉS LASO – ob. cit. – Vol. I – pág. 442.

a) um de **objeto certo**, determinado e lícito, tendo na causa a sua condição essencial;

b) outro de **motivo** que dá sentido ao interesse público e atende as regras estabelecidas pelo legislador.

Diga-se de passagem, a título de ilustração, que a determinação do **objeto** e também do **motivo**, foi uma das grandes conquistas reais do direito público moderno, pois por falta de objeto (fim) ou de motivo (interesse), ambos os elementos estariam divorciados, levando ao abuso de poder, ou seja, a excessos caracterizantes da discricionariedade administrativa.

4. O Problema do Abuso de Poder

É a própria Constituição, ao tratar do mandado de segurança (Art. 153, § 21), que admite a possível existência do abuso de poder. Com respeito ao posicionamento constitucional não cabem objeções e nem críticas imprudentes. Foi bastante sábio o legislador constituinte, porque a Administração não escapa de exercitar-se de modo discricionário.

Pondera THEMISTOCLES CAVALCANTI que alguns entendem que, na expressão "abuso de poder" atribui-se uma amplitude maior à competência judiciária, *"mas a verdade é que o abuso de poder, consiste principalmente no excesso no exercício da competência"*,[9] que se torna, contudo, passível de reparo quando atinge situações jurídicas objetivas ou direitos individuais assegurados pela Constituição ou pelas leis.

Certo e correto o argumento, sobretudo quanto à desapropriação e ao processo expropriatório. Indo a Administração além do que lhe dá a norma legal, ou do que lhe faculta a lei, tanto o objeto como o motivo tornam-se discutíveis, e na prática a legalidade se desvia das suas regras que são rígidas, para atingir uma área de conflito entre direitos, onde o particular tem a seu favor a Constituição e a Administração apenas a vontade, embora prevaleçam razões determinantes de interesse público.

A que recorrer quando o poder público resolve, contrariando frontalmente a lei (Art. 5º, Decreto-lei nº 3.365), desapropriar para **instalar** repartição pública, tirando do administrado um patrimônio que é o seu próprio lar? Trata-se, ou não, de abuso de poder? Acontece, ou não, desvio de finalidade? E onde o interesse público configurado?

Em casos como tais, onde se atingem situações jurídicas objetivas e se atenta contra o direito individual de propriedade, o que há evidentemente

(9) ***Do Mandado de Segurança*** – ob. cit. – pág. 91.

é abuso de poder, sem que maior amplitude de competência se dê ao Poder Judiciário para exame do ato declaratório, de vez que, o remédio constitucional recomendado, é o da segurança.

Na verdade de lógica jurídica-administrativa, quando acontece **desvio de poder** há, necessariamente, **abuso de poder**. O que vale é o fato em si, contra a expressão formal da lei. O que importa é o ato em si desvinculado das concretas hipóteses legais expropriatórias. Fato e ato ofensivo e que se conflitam com a lei e o preceito constitucional.

Não foi sem razão, obviamente, que o legislador constituinte, tendo em conta que a ilegalidade se apresenta sob formas diversas, *"comportando uma graduação que terá no ápice a inconstitucionalidade da lei ordinária"*,(10) distinguiu, para efeito do cabimento do mandado de segurança, a ilegalidade do abuso de poder.

Sem dúvida, a garantia que protege o proprietário na desapropriação, contra os defeitos ou vícios do ato administrativo expropriatório, como veremos, encontra recurso judicial próprio no mandado de segurança, cuja finalidade além da básica constitucional, é a que pretende resguardar na sua inteireza o patrimônio particular, em oposição a atos eventualmente praticados fora da exação legal-administrativa.

5. O Excesso e o Desvio como Formas de Abuso de Poder

Não se pratica, comumente, a exação legal-administrativa, por dois modos muito discutidos na doutrina comparada:

a) o **excesso de poder**, que na verdade se consuma através do ato

(10) CASTRO NUNES – ob. cit. pág. 179. *"O procedimento contrário à lei envolve uma violência, arbitrariedade ou coação ao direito atingido"* (pág. 178). *"O ato contra o qual se requer o mandado de segurança terá de ser manifestamente inconstitucional ou ilegal para que se autorize a concessão da medida"* (pág. 181). *"Nas desapropriações, inconstitucional é o ato declaratório, quando não condiz com as normas asseguradoras de direitos. É ilegal, quando estende os poderes da Administração. "O direito pode ter sido violado por inobservância ou transgressão direta de preceito constitucional; ou* ***indiretamente****, por via da lei, em cuja execução ou conformidade tenha sido praticado o ato. Nesta hipótese será legal o procedimento da autoridade, mas inconstitucional"* (pág. 184). Em tese apresentada no 2º Encontro Nacional de Procuradores Municipais, sob a temática do CONTROLE JUDICIAL DAS DESAPROPRIAÇÕES POR INTERESSE PÚBLICO, o jurista baiano RUBEN R. NOGUEIRA, com larga objetividade de conceitos jurídicos, sentindo a verdade histórica dos textos constitucionais, afirma que *"a ação expropriatória não parece ter sido criada unicamente para a avaliação do preço do bem expropriado e sua incorporação ao patrimônio público"*. É sem dúvida também, o nosso pensamento. Conhecer: M. BOURJOL – ***Droit Administratif – L'action Administrative – Le Controle de L'action Administrative*** – Paris, 1972/1973.

discricionário, senão arbitrário;

b) o **desvio de poder**, que não é uma simples construção doutrinária, porque tipifica distorção de finalidade.

Ambos os **modos**, examinando o problema-fato do ponto de vista do princípio da legalidade, conduzem ao conhecimento do abuso de poder. Fenômeno este que, dadas as circunstâncias administrativas, de maneira cautelosa vem sendo apreciado pela doutrina,(11) não obstante muitos estudiosos procurarem, do mesmo fato tirar conceitos que se assemelham, explicações que identificam um mesmo comportamento administrativo.

No entanto, embora sutis as diferenças conceituais, entre o excesso e o desvio de poder, o que se quer é que a atividade administrativa se desenvolva normalmente, dentro da esfera prescrita pelas normas jurídicas. Só dois fundamentos, hoje históricos, sustentam os sistemas jurídicos contemporâneos, o da constitucionalidade e o da legalidade.

Daí a importância, não só dos elementos que formam o ato administrativo na sua pureza, mas o relevo que merece o ato não eivado de vícios quanto à vontade, motivo, objeto, forma e fim. Sem dúvida, a locução **abuso de poder**, incorporada à Constituição, tem um sentido bem determinado, pois, desnaturado o ato administrativo, resta aceitar-se sem discutir a via do fato

(11) Na doutrina: AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ – ***Reflexões sobre a Teoria do "Desvio De Poder" no Direito Administrativo*** – Coimbra, 1940; J. CARLOS MOREIRA – ***O Princípio da Legalidade na Administração*** – Coimbra, 1950; JULIO A. PRAT – ***De la Desviación de Poder*** – Montevideo, 1957; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA – ***Erro e Ilegalidade do Ato Administrativo*** – Lisboa, 1962; MICHEL ROUSSET – ***L'idée de Puissance Publique en Droit Administratif*** – Paris, 1960; JEAN-CLAUDE VENEZIA – ***Le Pouvoir Discrétionnaire*** – Paris, 1959; PEDRO BATISTA MARTINS – ***O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*** – Rio de Janeiro, 1941; EVERARDO DA CUNHA LUNA – ***Abuso do Direito*** – Rio de Janeiro, 1959; WEI TENG LING – ***Le Pouvoir Discrétionnaire de L'adnnistration et ee Controle Juridictionnel en Droit Français*** – Lyon, 1944; A S. BUSTAMANTE – ***El Abuso del Derecho*** – Buenos Aires, 1971; FERNANDO GARRIDO FALLA – ***La Protección Jurisdicional del Particular contra el Poder Ejecutivo en El Derecho Español*** – Revista de Direito Público – Nº 15/7; RAPHAEL ALIBERT – ***Le Contróle Juridictionnel de la Administration au Moyen du Recours Pours Excés De Pouvoir*** – Paris, 1926. Contudo, sem dúvida, é o pensamento francês que melhor orienta, sendo de absoluta importância conhecê-lo através que melhor orienta, sendo de absoluta importância conhecê-lo através da obra de tantos notáveis administrativistas, a saber: MAURICE HAURIOU, ROGER BONNARD, MARCEL WALINE, PAUL DUEZ, LOIS ROLLAND, GEORGES VEDEL, GASTON JÈZE, JEAN RIVERO ou LEON DUGUIT, não esquecendo H. BERTHELEMY. Na Itália, todavia em seguimento do pensamento francês, são impressionantes as construções nascidas dos estudos de juristas, como: CINO VITTA, GUIDO ZANOBINI, ORESTE RANELETTI, MASSIMO SEVERO GIANNINI E SANTI ROMANO, fundadores de escolas cujas teorias na experiência peninsular, alargaram os méritos da posição francesa. E destaque-se, o valioso trabalho de ROGÉRIO GUILHERME EHRHARDT SOARES – ***Interesse Público, Legalidade e Mérito*** – Coimbra, MCMLV; consultar na prática doutrinária: L. RICHER – ***Les Droits de l'homme et du Citoyen*** – Paris, 1982.

contra a via de direito, sem o recurso permitido do *mandamus*.

E qual é este sentido **bem determinado**? Entendida a finalidade da lei, estando o titular do direito coberto pela Constituição, é aquele que decorre do exercício de ato contrário à ordem jurídico-normativa,[12] à margem portanto da relação que deve produzir efeitos jurídicos qualificados pela legitimidade. Não configura inovação de pensamento doutrinário, que em face dos casos concretos, a atividade abusiva venha a caracterizar-se no excesso ou no desvio conseqüente do atuar volitivo anormal.

O que importa é que, na aplicação prática e costumeira, sobretudo a teoria do desvio de poder, já não encontra razões suficientes para justificá-la, como também o excesso de poder que é um fato quase idêntico ao do desvio do poder, diante da teoria do abuso do direito, mais categórica pelo desnaturamento do texto legal, ou seja, por se tratar de um fenômeno-ato que a Constituição veda motivando medida de segurança.[13]

A tendência, todavia, no tocante ao interesse jurídico geral e de sistema, resulta hoje do exame do ato administrativo não exercitado fora de competência ou falho de atribuição, mas do exame do ato quando se apresenta apesar da existência de direito reconhecido, capaz, por ação involuntária ou omissão voluntária, de violar direito ou causar prejuízo, como, a exemplo, nas desapropriações decretadas ao arrepio da obrigação constitucional. No bom entender, o uso abusivo do direito, subjetivo ou objetivo, assemelha-se ao excesso e ao desvio, já que ao Estado não cabe adotar soluções senão em função do ato jurídico perfeito e do fato que o aconselha.

---

(12) OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO – ***Princípios de Direito Administrativo*** – Vol. I – Rio de Janeiro, 1969 – págs. 428/30. A Constituição do Uruguai, de 1934, bastante avançada para a época, dizia no seu Art. 274: *"Serán consideradas decisiones ilegales las que fuerem violatorias de la Ley, sea en su forma, sea en su fondo. También lo serán aquéllas no ajustadas a sua finalidad o designio que en derecho configuran el abuso o la desviación de poder"*. Tal posicionamento leva ao pensamento de GUSTAV RADBRUCH – ***Arbitrariedd Legal y Derecho Supra-Legal*** – trad. esp. – Buenos Aires, 1962. Na literatura: J. GARCIA MORILLO – ***La Proteccion Judicial de los Derechos Fundamentais*** – Madrid. 1994.

(13) V. LOUIS DUBOIS – ***La Théorie de L'abus de Droit et la Jurisprudence Administratif*** – Paris, 1962; J. CHATELAIN – ***Contribuition à L'étude de la Notion D'abus des Droits Dans le Contentieux Administratif*** – Paris, 1945, Também CHARLES DEBBASCH – ***Os Modos não normais de expressão da Vontade da Administração*** – trad. bras. – Revista do Serviço Público – Vol. 102 – Rio de Janeiro, 1966. Não esquecendo a posição de HELY LOPES MEIRELLES – ***Direito Administrativo Brasileiro – Uso e Abuso de Poder*** – São Paulo, 1975 – págs. 80/81. *"O abuso de poder tanto pode revestir a forma comissiva, como a omissiva, porque ambas são capazes de afrontar a lei e causar lesão de direito individual do particular"* (H. L. MEIRELLES – ob. cit. – pág. 80).

6. Duas Posições de Legalidade Substancial

Não se fale aqui, onde a lei e a Constituição apontam as finalidades legais, em faculdades discricionárias ou poder discricionário, pois o antagonismo é flagrante e lesivo, não se inspirando em qualquer doutrina que não apóie o autoritarismo estatal. Nos sistemas jurídicos, normalidade jurídica e legalidade, fazem pressupostos inalienáveis.

Duas posições se fazem de legalidade substancial, legitimando o ato administrativo na sua origem e fins:

a) aquela que associa a legalidade com a moralidade e a finalidade, tendo em vista aos fatores que limitam o abuso de poder;

b) aquela propriamente do abuso de poder, que torna o ato ilícito e gera a ilegalidade quando atinge direitos protegidos.

Na primeira hipótese, embora sutil a forma administrativa adotada, verifica-se o **desvio de poder**, porque a Administração, agindo nos limites da sua competência, "viola dissimuladamente a lei". Na segunda, aparece o **excesso de poder**, porque também havendo competência para a prática do ato, ultrapassam-se os limites facultados e as atribuições previstas.(14)

O que está em jogo, como já dissemos, na legalidade, ou na moralidade do ato, é aqui o princípio da supremacia constitucional, considerando o problema da hierarquia em relação às demais normas jurídicas.(15) Dentro da tradição doutrinária, que vem de RIPERT, a legalidade domina todo o direito, inspirando-se a teoria do abuso do poder na verdade moral.(16)

Como o ato administrativo expropriatório, não é um ato discricionário e sim vinculado, sempre deve vir exercitado dentro das exatas determinantes legais. Assentada a vinculação constitucional, o exame da legalidade na ação expropriatória surge desde logo, permitindo inclusive pela ação direta, isto é, através do mandado de segurança, que se examine, para corrigir ou não, a conduta da Administração.

(14) HELY LOPES MEIRELLES – ***Direito Administrativo Brasileiro*** – cit. págs. 80/84.

(15) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO – ***O Controle da Moralidade Administrativa*** – São Paulo, 1974 – págs. 125/6.

(16) GEORGES RIPERT – ***La Régle Morale Dans Les Obligations Civiles*** – Paris. 1937; HENRI WELTER – ***Le Controle Juridictionnel de la Moralitê Administrative*** – Paris, 1929; principalmente MAURICE HAURIOU – ***Précis de Droit Administratif*** – Paris, 1938; GEORGES VEDEL – ***Droit Administratif*** – Paris, 1958. No Brasil, CASTRO NUNES, ao estudar com exaustão o mandado de segurança, mostrou-se impressionado com a **tese da moralidade**, tanto que tentou vinculá-la ao dever legal, ou então, à noção de violência, arbitrariedade e coação. A triologia, pois, para o saudoso juiz, é a seguinte: legalidade, moralidade, oportunidade (ob. cit. – pág. 301 e BONNARD – ***Le Contrôle*** – cit. – pág. 56) é precisamente no que a lei impõe ou proíbe, em face do comportamento funcional. Já de há muito, PIETRO BERTOLINI – ***Delle Guarentigie Della Legalitá*** – Milão, 1890) procupava-se com as garantias diretas ou indiretas, mas que violadas, apresentam violação concreta da lei.

7. O Sistema Constitucional Brasileiro

Com certa unidade positiva de princípios programáticos, as cartas constitucionais brasileiras asseguraram o exercício dos direitos políticos e a inviolabilidade dos direitos individuais.(17)

Em acordo com CAIO TACITO, para o conhecimento do abuso de poder, há de se considerar, no sistema brasileiro:

a) que a noção de legalidade fiscaliza a atividade discricionária, sem nela interferir, a não ser quando exorbitante;

b) que a legalidade é a observância da lei vinculando a manifestação de vontade ou estabelecendo um nexo de causalidade entre o resultado do ato e a norma de direito;

c) que o abuso de poder surge com a violação da legalidade, pela qual se rompe o equilíbrio da ordem jurídica.(18)

Esgotados, no entanto, na área administrativa, os meios de revisão, ou não esgotados por circunstâncias que levem ao perecimento do direito, de imediato se impõe o controle jurisdicional como decorrência do princípio constitucionalizado que deve ser protegido.

Não havendo o corretivo processual adequado ante a postulação administrativa, o remédio excepcional da segurança é o único na legislação brasileira capaz, nos termos da Constituição, de compelir a Administração no caso de flagrante ilegalidade ou abuso de poder.

8. Aplicação do Instituto da Segurança

Claro que não queremos pretender a aplicação do instituto do mandado de segurança fora das explícitas condições marcadas na Constituição, principalmente em se tratando das hipóteses determinativas expropriatórias capituladas no diploma legal específico.

De vez que a questão, no possível conflito, não se coloca apenas nos limites da legalidade interna administrativa, e sim no mau entendimento do mandamento constitucional; o que não é **constitucional** deixa de ser legal.(19)

Por tal motivo, tão alto no sistema, evidente que o importante é, em razão dos casos concretos, a averiguação ou não da existência do direito líquido

(17) Tanto nas Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1967, como na Carta de 1988 as garantias individuais construíram o núcleo dos sistemas de organização político-constitucional.
(18) V. ***Direto Administrativo*** – São Paulo, 1975 – págs. 26/7.
(19) CASTRO NUNES – ob. cit. – pág. 184.

e certo, como entender a liquidez e a certeza que permitam a segurança, levando à possibilidade de correção do ato administrativo.

Do que se depreende, também ao Ministério Público compete ação de fiscalização,[20] não se fixando a atividade fiscalizadora tão somente na defesa dos atos públicos, mas indo ao exame da legalidade e da constitucionalidade do procedimento administrativo.

9. A Posição do Ministério Público

Quanto à capacidade (competência) de atuação do Ministério Público, como órgão promovente ou órgão interveniente gera, conforme argumenta ARY FLORENCIO GUIMARÃES,[21] uma posição de "tricotomia funcional", e que assim se desdobra:

a) o Ministério Público pode ser **representante judicial**, exercendo representação nos interesses estatais merecedores de tutela:

b) o Ministério Público pode ser um **substituto processual**, interferindo na discussão das causas de direito controvertidas;

c) o Ministério Público pode ser o **fiscal** da exata aplicação da lei, e isto no interesse da administração da justiça.

Neste último ponto, como fiscal, provado que o direito é protegido por uma precisa disposição de lei ou está constitucionalmente amparado, o papel do Ministério Público não consiste em acobertar o ato administrativo viciado, considerando válidas decisões administrativas nascidas da não aplicação ou da indevida aplicação do direito vigente.

Na verdade, aceitando-se o mandado de segurança como uma ação civil do rito sumaríssimo destinada a provocar o controle jurisdicional "sobre ato de qualquer autoridade" que, por ilegalidade ou abuso de poder, atinja ou ameace o direito líquido e certo,[22] não se compreende a atuação do Ministério Público senão a favor da ordem jurídica.

Como a legalidade está subordinada à legitimidade dos fins determinantes do ato, o problema em face do texto constitucional, e no interesse evidente da observância da lei, propende a função do Ministério Público,

(20) ARY FLORENCIO GUIMARÃES – ***O Ministério Público no Mandado de Segurança*** – Curitiba, 1959 – Capítulo VII – Da posição do Ministério Público – págs. 149/181.

(21) ARY FLORENCIO GUIMARÃES – ob. cit. – pág. 171. Também HELY LOPES MEIRELLES – ***Mandado de Segurança*** – cit. – pág. 32.

(22) M. SEABRA FAGUNDES – ***O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*** – Rio de Janeiro, 1950 – pág. 309.

embora divergências de pensamento,[23] para uma atuação menos oficiosa e mais integrada ao sistema programado de garantias.

Com respeito às normas processuais,[24] a intervenção do Ministério Público, não é uma simples representação de participação na lide que já existe, mas sem dúvida de conhecimento de ilegalidade ou abuso de poder, numa posição de imparcialidade necessária, pois o que está em jogo é o direito certo e que deriva de obrigação legal e constitucional.

10. A Defesa do Ato

Respondendo a Administração, nas seguranças que se impetram e ajuízam, não é propriamente a natureza do litígio processual que importa, mas o ato administrativo que se pretende tornar nulo nos seus efeitos de direito. Portanto, na sua defesa, a autoridade coatora, para que não prospere a medida corretiva, há de mostrar a intenção e o ato na sua expressão jurídica permitida, legal e constitucional.

Permitida, porque assentada na competência que é o fato gerador de toda atividade administrativa normal. **Legal,** por não fugir da **forma da norma**, essencial à legitimidade do procedimento. **Constitucional** no tocante a princípios que são **mandamentos** na ordem jurídica positiva. Neste ponto, discordamos de THEMISTOCLES CAVALCANTI[25] que separa o fato do direito, dando ao coator a condição de informante e ao Ministério Público a condição de responsável, em questão de direito argüida no pedido.

Por serem os problemas discutidos no mandado de segurança da mais alta indagação, não basta a circunstância para uma ampla defesa de ato administrativo viciado ou defeituoso. Quando a lei se refere a representante do Ministério Público, não significa que tal representação, ou assistência jurídica, venha para consagrar a ilegalidade.[26] Na verdade, pela natureza processual da controvérsia, a defesa que se pretende não é da autoridade que praticou o ato, mas da norma legal na sua correta aplicação.

---

(23) CELSO AGRÍCOLA BARBI – ***Do Mandado de Segurança*** – Rio de Janeiro, 1966 – Capítulo VII – Da função do Ministério Público – págs. 141/3.

(24) O Art. 3º da Lei nº 4.348, de 2 de junho de 1964, que estabelece as normas processuais relativas a mandado de segurança, fala em *"providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal e abusivo de poder"*. Nada diz com respeito à legalidade acaso violentada nem com o direito líquido e certo atingido, deixando o Ministério Público livre para a "defesa", mas do ato legal ou não abusivo. Do contrário, falharia o Ministério Público, nas suas funções de fiscal da lei. Aliás essa é a posição que mais convence.

(25) V. **Do Mandado de Segurança** – cit. – pág. 184.

(26) Art. 10, da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

Não aceitamos a tese, de que nos mandados de segurança, haja uma controvérsia judicial entre o particular e o Estado. No mérito, a questão gira em torno do exame do ato administrativo. É o que diz a Constituição (Art. 153, § 21) ao falar em "autoridade responsável". É o que está no contexto legal (Lei nº 1.533, Art. 7º, inciso I) quando se refere a "ato impugnado". Como o direito líquido e certo necessita vir provado de plano, de igual maneira o ato deve trazer condições das quais decorrem a validez.

11. A Prova com Suporte na Garantia

Por outro lado, bem argumentando com LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL,[27] *"se a Administração pretende que o seu ato se enquadre entre aqueles que pode praticar por força de seus poderes discricionários, deverá provar que a lei lhe concede tais poderes"*. É esta uma obrigação de imperativo constitucional e de conteúdo normativo.

Ainda assim, aprovados esses poderes discricionários, duas indagações surgem em busca de resposta:

a) se, face a competência, foram exercitados pelo órgão público **a quem** a lei conferiu atribuições;

b) se o foram nas circunstâncias e com as formas prescritas em lei.[28]

Evidente que escapam do exame de controle, os motivos de conveniência ou de oportunidade, irrelevantes no procedimento processual. O que se quer, nas medidas de segurança, inclusive nos aspectos legais expropriatórios, é simplesmente a correção do ato por ilegalidade ou abuso, levando à sua imediata revogação corretiva.

Para que se aceite a impugnação do ato, em primeiro lugar é indispensável que se verifique:

a) a natureza e a extensão de cada direito, a fim de se evitar, no possível, as generalizações que a lei condena;

b) a proteção que tem cada direito no sistema da Constituição, frente ao direito público subjetivo.

Também já hoje não concordamos com BIELSA,[29] sobretudo no tocante aos direitos constitucionalizados, de que, no domínio do direito público, o conceito de "garantia" é menos preciso e definido que no direito privado. Se não basta a denominação, ou é necessária a definição, os conceitos constitucionais

(27) V. DO MANDADO DE SEGURANÇA – São Paulo, 1953 – pág. 57.
(28) LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL – ob. cit. – pág. 57.
(29) RAFAEL BIELSA – ***El Recurso de Amparo*** – Buenos Aires, 1965 – pág. 26.

são de entendimento objetivo. Não possuem sequer um valor relativo, porque assentam no valor da norma fundamental.

Qualquer conceito empírico de legalidade encerra um grande erro conceitual, e, por ser limitativo, é equívoco, pois exclui da existência das potestades administrativas, normas que o próprio Estado sancionou. Na advertência de FIORINI, a legalidade administrativa não cria a atividade administrativa, mas se funda num princípio de garantia. Esta (a garantia) é prévia e existe antes da lei, quando vem da Constituição.(30)

Considere-se que, nas seguranças, o que se pretende evitar é a **irreparabilidade** das situações lesivas,(31) não obstante a existência de outras vias, **irreparabilidade** que traz prejuízo econômico e não admite dilações.(32) Principalmente, quando o dano pode transformar-se em grave ou irreparável, embora o direito certo esteja de plano configurado.

12. A Forma da Norma no Ato Público

É conseqüentemente, o ato administrativo nas desapropriações ou no mandado de segurança, que está em exame jurídico quanto à validade, juridicidade, legitimidade ou legalidade. Aquele ato público de administração que se deve formalizar adequado à lei e à norma, sem ferir a Constituição. O ato, na execução, perfeito nos seus elementos básicos,(33) o ato, na origem, fundado na forma da norma legal.

O que entender, porém, por **forma da norma**? Numa idéia sumária, decorre a forma da norma, não propriamente de uma definição, mas de um conceito universal nos direitos internos. Logicamente, traz um imperativo, que é de conteúdo e fim, prescrevendo para a ação, quando administrativa,

(30) BARTOLOMÉ A. FIORINI – ob. cit. – Vol. I – pág. 227.

(31) BARTOLOMÉ A. FIORINI – ***El Recurso de Amparo*** – "La Ley" – Vol. 93/955.

(32) JOSÉ LUIS LAZZARINI – ***El Juicio de Amparo*** – cit. – págs. 97/8.

(33) Para conhecimento das construções doutrinárias, consulte-se: MANUEL MARIA DIEZ – ***El Acto Administrativo*** – Buenos Aires, 1961; BARTOLOMÉ A. FIORINI – ***Teoria Juridica del Acto Administrativo*** – Buenos Aires, 1969; UMBERTO FRAGOLA – ***Gli Atti Amministrativi*** – Turim, 1952; AGUSTIN A. GORDILLO – ***El Acto Administrativo*** – Buenos Aires, 1969; MARIA RIVALTA – ***La Motivazione Degli Atti Amministrativi*** – Milão, 1960; NEMESIO RODRIGUEZ MORO – ***La Ejecutividad del Acto Administrativo*** – Madrid 1949; MICHEL STASSINOPOULOS – ***Traité des Actes Administratifs*** – Atenas, 1954; JUAN CARLOS CASSAGNE – ***El Acto Administrativo*** – Buenos Aires, 1974; ANTONIO AMORTH – ***Il Meritto Dell'atto Amministrativo*** – Milão, 1938; MASSIMO SEVERO GIANNINI – ***La Interpretazione Dell'atto Amministrativo*** – Milão, 1939; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA – ***Erro e Ilegalidad do Ato Administrativo*** – Lisboa, 1962, P. DELVOLVE – ***L'acte Administratif*** – Paris, 1983

limites cuja observância traduz **legalidade**. Cumprindo uma operação que vai da vontade à prática obrigatória, de intenção à finalidade consentida.

Efetivamente, para que a norma jurídica na sua forma mais peculiar que é a do ato público-administrativo, possa fazer se valer de acordo com o direito, necessita de suporte na ordem jurídica, de uma maneira de ser exterior que não se conflite com a sua estrutura ou composição, oferecendo ao analisa a indispensável harmonia entre os **elementos** que ligam a pretensão administrativa à finalidade de efeitos jurídicos.

Sem embargo, o caráter **bilateral** do ato administrativo nas hipóteses expropriatórias, aparecendo de um lado a Administração e de outro o direito do particular, tem um alcance que envolve, nos seus pressupostos, a forma da norma nos seus aspectos internos, antes no processo formativo e depois, na sua projeção através da declaração.

Não só a vontade que compreende tanto a intenção como o fim,[34] atua nos elementos constitutivos que afinal compõem o ato administrativo dando-lhe, para a sua validade, a forma que a norma prevê, eis que o objeto do ato aparece predeterminado pela norma, ou seja, estruturado por uma espécie de requisitos cuja ausência de um pode acarretar a invalidez. O essencial, na forma da norma, é que esteja conforme com o direito objetivo.

13. A Vontade Administrativa e a Lei

Não há quem não saiba que os atos de vontade nos sistemas de garantias jurídicas são atos dependentes da lei e da forma da norma, pressupõem uma atividade que se origina da noção de direito, ou melhor, da ciência jurídica quando sustenta realisticamente que não pode haver normas sem direitos subjetivos correspondentes.[35]

Ora, nas desapropriações, o ato administrativo declaratório, também

(34) JUAN CARLOS CASAGNE – ***El Acto Administrativo*** – cit. – págs. 185/201.

(35) ICILIO VANNI, antecessor de GIORGIO DEL VECCHIO, na Universidade de Roma, no entanto, pondera que este, dos **direitos subjetivos** correspondentes, é um dos grandes erros da ciência jurídica. Contudo, a realidade, mostra uma verdade bem diferente. Na aplicação da regra jurídica, ou da norma, o que vale são os efeitos. Violentam-se os direitos, sejam derivados ou adquiridos, quando a norma, na sua aplicabilidade, conduz à negação deles. Já que o Estado existe só para reconhecê-los e tutelá-los, não pode, ou pelo menos, não deve, desconhecer a relação jurídica condicionante. Há direitos, como o de propriedade, que se fazem valer contra o Estado em decorrência de um determinado ato público. Todavia, aceitamos a lição de ICILIO VANNI, quando conclui que, *"podemos seguramente voltar ao antigo e saudável conceito de que não existe norma jurídica sem um correspondente direito subjetivo, ou seja, que o momento objetivo e o momento subjetivo do direito não podem de modo algum, separar-se"* (BV. ***Filosofia del Derecho*** – trad. esp. – Madris, 1941 – págs. 117/121).

pode ser produto de um erro, essencial ou mesmo acidental. Basta que consideremos que, *"se não houvesse uma opinião errada do agente ele não teria declarado a vontade e dado azo a conseqüências"*[36] indesejáveis, viciado a vontade ou caído em dolo ou culpa.

Se a lei se permite aceitar a boa fé, nem por isso o mesmo ato expropriatório oneroso e falho na finalidade, garante o direito do Estado. A questão está em saber, até onde a vontade divorciou-se da lei, para que enseje o remédio da segurança. Cabendo contra o ato executório nos seus efeitos, há de caber contra a violação de um direito individual.

Na tradição, pela lei civil:

a) considera-se erro substancial o que interessa à natureza do ato, o objetivo principal da declaração, ou algumas das qualidades a ele essenciais;

b) são anuláveis os atos jurídicos, e portanto passíveis de correção, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial.[37]

Prevalece, na prática executória, tanto a natureza do ato como o objetivo principal da declaração, o saber o que pretende a Administração e se o que ela pretende está conforme com a lei. Há um ponto de relevância nas seguranças, que é aquele da proteção judicial contra os atos administrativos que alteram as situações individuais.[38]

Não atender, nem tomar conhecimento da natureza do ato e do seu objeto principal, será o mesmo que fraudar a ordem jurídica positiva, eis que o interesse da Administração se encontra vinculado aos efeitos do ato administrativo.[39] Do exposto se deflui que a correção, recaindo sobre a vontade, vai à lei para dela se valer e nos limites dela obrigar.

---

(36) *"Se o erro essencial, ou substancial, é o que pode viciar a declaração de vontade, urge que estudemos, a seu respeito, o que diz a lei"* (FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA – ***Os Atos Administrativos na Teoria Dos Atos Jurídicos*** – cit. – págs. 55/58).

(37) Código Civil, Arts. 87 e 86. No anteprojeto do novo Código Civil, encaminhado a apreciação do Congresso Nacional, a ilicitude ficou consubstanciada nos Arts. 187 e 188. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que simplesmente moral, comete ato ilícito. Também comete ato ilícito o titular de um direito que exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A perda de propriedade, por motivo de desapropriação, vem prevista no inciso V do Art. 1.466.

(38) THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI – ob. cit. – pág. 94.

(39) Recaredo F. De Velasco – ***El Acto Administrativo – Noción del Acto Administrativo*** – Madrid, 1929; RAFAEL BIELSA – ***Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo – Influjo del Código Civil en la Doctrina*** – Buenos Aires, 1923. Na Itália: RAFFAELE RESTA – ***La Giustizia Amministrativa – I Limiti dei Poteri del Giudice Ordinario in Materia Amministrativa*** – Roma, 1974. Na Argentina: GERMAN J. BIDART CAMPOS – ***Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo – Amparo contra Actos que Aplican Inconstitucionalmente Normas Constitucionales*** – Buenos Aires, 1968.

14. Aplicação Ilegal na Norma Constitucional

Considere-se que o instituto do mandado de segurança pelas dimensões que ostenta na ordem constitucional contra a ilegalidade e o abuso de poder, é no Brasil a solução adequada existente nos casos expropriatórios irregulares e falhos na formalização normativa.

Guardadas certas peculiaridades de direito interno, contudo o instituto se apresenta em outras legislações[40] onde os regimes políticos assemelham-se ao brasileiro, sob os mesmos aspectos intrínsecos de defesa da legalidade e da constitucionalidade na aplicação da lei.

Na verdade o *mandamus*, quando se reveste de alcance amplo como no direito brasileiro, é também um instrumento de controle constitucional. Tal como afirmamos anteriormente, a ilegalidade que gera afronta à Constituição, ou ato aparentemente legal que se desvia da lei maior, somente encontram contenção no juízo e na instância da segurança.

Quando o particular se encontra investido pela Constituição de um direito subjetivo ou de um interesse legítimo, as restrições ilegítimas dão-lhe o direito de procurar a proteção jurisdicional, ou seja, a tutela da Constituição da qual decorrem o seu direito ou o seu interesse. Na opinião de BIDART CAMPOS, para também atacar uma atividade lesiva das normas constitucionais.[41]

Com muito mais razão, no que diz com o direito de propriedade sujeito a exceção constitucional, mas **direito** que, constitucionalizado, não

---

(40) Como instrumento apropriado posto a serviço dos **direitos**, o mandado de segurança na legislação comparada, traz no seu bojo as mesmas premissas fundamentais. Na **ordem universal** pode ser buscado na Declaração dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. No México, tem um fim superior, que consiste na defesa da Constituição em toda sua extensão, havendo normas referentes ao amparo já na Constituição de 1824. Na Argentina, la acción de amparo, surgiu por assim dizer na criação jurisprudencial, ao resolver os casos "Angel Siri", em 27 de dezembro de 1957. LAZZARINI, estuda os antecedentes (ob. cit. – págs. 23/7), com bastante objetividade histórica. No direito público provincial argentino, o *mandamus* incorporou-se às Constituições de inúmeras Províncias, normativando expressamente o **amparo**. Na Espanha, a Constituição de 9 dedezembro de 1931, votada após a república, criou para os **direitos**, um Tribunal de Garantías Constitucionais. Nos Estados Unidos, *writ of mandamus*, é a ordem pela qual se prescreve o cumprimento de certo dircito de que tenha sido alguém privado no seu patrimônio. A origem dos "writs", no entanto, encontra-se na Inglaterra, desde a criação visando a proteção contra atos da administração. Para examinar o exercício ilegal ou arbitrário do poder administrativo, em 31 de agosto de 1959 instalou-se em Buenos Aires sob o patrocínio da ONU, um Seminário cujo principal propósito foi o de equacionar os problemas concernentes à proteção jurídica dos direitos individuais em geral, aqueles direitos que são humanos e, por serem humanos, são **naturais**.

(41) V. ***Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo*** – cit. – pág. 122.

aceita a ilegalidade ou a arbitrariedade manifesta contra o indivíduo, e não contra a lei em tese ou a norma geral,[42] porque a segurança nas desapropriações deve advir do ato declaratório mal formalizado.

15. O Agravo Direto ao Direito Individual

Há de se conhecer, para entendimento jurídico do mandado de segurança, na ordem constitucional e positiva:

a) o problema da proteção contra atos que aplicam inconstitucionalmente normas constitucionais;

b) o problema da tutela jurisdicional contra atos lesivos que importam no exame da adequada aplicação de lei específica.

Na primeira hipótese, a situação que se cria, na relação jurídica, estabelece o conflito entre a lei e a Constituição, desarmoniza preceitos que são afins nos objetos de direito certo. Na segunda, o ato aparece falho de elementos que recomendam a aplicação legal. Em ambas, a correção visa a índole e a natureza da decisão administrativa.

Quando, por exemplo, a lei diz o que se pode desapropriar, ipso facto está também dizendo o que não se pode expropriar. Parece lógico, sem dúvida, e incontestável como argumento, que o particular prejudicado não pode ficar sem remédio algum,[43] ou apenas dependendo do silêncio da Administração que prolonga a lesão do direito subjetivo.

Nas hipóteses figuradas, as implicações nascem de agravo direto ao direito individual, produzindo um dano real e tangível, um prejuízo de fácil verificação patrimonial, abrindo o agravo meios para a suspensão do ato e a sua correção, meios que já não podem ser os administrativos, pois, acontecida a lesão, o direito exige imediata reparação.

(42) Como no Brasil, na Argentina, a Lei nº 16.986, de 18 de outubro de 1966, não considera arbitrariedade manifesta quando o ato administrativo se funda numa norma geral. O mandado de segurança só é cabível contra ato executório, nunca contra uma lei em tese. Aqui é preciso ver a lei. Contudo o exame do ato, é um exame jurídico essencial. Sem fundamento que lhe dê eficácia, qualquer ato administrativo, inclusive os expropriatórios, deságua na invalidade e na falta de eficácia.

(43) CARLOS H. PAREJA – *Curso de Derecho Administrativo Teórico y Prático* – Vol. I – Bogotá, 1939 – pág. 374.

16. Direito de Categoria Constitucional

Embora o direito de expropriar tenha sido alçado à categoria constitucional como exceção à garantia da propriedade privada, propriedade e desapropriação, no dizer de CARLOS MEDEIROS SILVA, são dois pratos da mesma balança, cujo fiel é o interesse público. Nos textos constitucionais brasileiros *"é também ao garantir o proprietário que se prescrevem os limites da desapropriação"*.(44)

Já que existem **limites**, a posição da Administração não se liberta na forma de agir na prática do ato administrativo que lhe é indispensável à manifestação de vontade na declaração. E existirá o ato, quando nele estiverem reunidos todos os seus elementos, porque passará a equívoco e inexistente se um deles faltar.(45)

Evidente, no entanto, como acentua LAFAYETTE PONDÉ, a perfeição não implica na validade do ato, na sua intangibilidade jurídica, mas a imperfeição, examinada em relação à categoria jurídica, *"contradiz a lei reguladora dos atos desta categoria"*.(46)

Uma vez perfeito o ato, sobretudo nas desapropriações, onde dois momentos administrativos se fazem necessários, o de procedimento e o declaratório, a eficácia alcança a sua plenitude e o direito não se vê atingido. À falta de requisitos, todavia, motivos sobram para promover-se a correção por erro ou vício na declaração.

17. A Segurança no Processo Civil

Quando as disposições do antigo Código de Processo Civil, relativas ao mandado se segurança, foram alteradas pela Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, as regras do rito sumaríssimo destinadas a suscitar o controle jurisdicional sobre ato de autoridade pública, não alteraram o princípio constitucional assegurador de plenas garantias.

Com a edição da Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, o legislador apenas modificou a **forma recursal,** impondo a da **apelação** como a mais consentânea com a espécie, e deixando estabelecido:

a) que da sentença (Art. 12), negando ou concedendo o mandado cabe apelação;

(44) V. ***Desapropriação por Interesse Social*** – Revista de Direito Administrativo – Vol. 29/1.
(45) LAFAYETTE PONDÉ – ***O Ato Administrativo, sua Perfeição e Eficácia*** – Revista de Direito Administrativo – vol. 39/16.
(46) Trab. cit. – Loc. cit. – Vol. 39/20.

b) que a sentença fica sujeita (parágrafo único) ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente;

c) que quando o mandado foi concedido (Art. 13)(e o presidente do Tribunal, ao qual competir o conhecimento do recurso, ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse ato caberá agravo para o Tribunal a que presida.

No que for aplicável, diante da vigência do novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) na ação de mandado de segurança, de acordo com a natureza do processo, o autor (Art. 276) na petição inicial exporá os fatos e os fundamentos jurídicos, formulando o pedido e indicando as provas.

Obedecidos os requisitos (Art. 282), a petição inicial (Art. 283) será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação, não podendo contudo o pedido deixar de ser certo e determinado, no apontamento do ato nas suas conseqüências lesivas.

É importante e fundamental, nas seguranças, a prova do alegado com a indicação da violação do direito. Quanto aos demais atos processuais regular-se-ão pelas regras próprias a espécie processual,[47] permitindo-se o litisconsórcio (Art. 46, incisos I, II, III e IV), principalmente no tocante a direitos e obrigações que derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito.

18. Admissibilidade da Segurança

A jurisprudência, embora ainda não devidamente fixada, já chegou a reconhecer o mandado de segurança como o melhor remédio legal específico para o direito tutelado. Não há dúvida que tal verdade, não obstante o tempo político, não tem prosperado em favor do particular, principalmente em se tratando, de matéria expropriatória.[48]

(47) J. M. OTHON DISOU - ob. cit. – ***O Direito Processual – da Esfera Jurisdicional*** – págs. 227/275.

(48) Relator: Ministro ORO/IMBO NONATO – *"A questão de direito, por mais difícil que a alguém possa parecer, encontra sempre debate no mandado de segurança, desde que o juiz depare no direito pleiteado os característicos ou pressupostos do remédio legal"* (STF – 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 15.150, de 24/08/1951); Ministro MÁRIO GUIMARÃES – *"Divergências doutrinárias que se levantam sobre a inteligência de um dispositivo legal não tornam duvidoso o direito para a concessão do mandado de segurança"* (STF – Trib. Pleno – Recurso nº 1.425, de 01/08/1951) Na controvérsia jurisprudencial, no entanto, busque-se os exemplos relacionados por CAIO TÁCITO (ob. cit., págs. 128/132) e OTHON SIDOU (ob. cit. – págs. 235/269). É de crer, todavia, que a jurisprudência diante de casos concretos, tome o rumo viável de exame do ato administrativo expropriatório na sua expressão de pureza conceitual e de pensamento doutrinário.

As superiores decisões, todavia, sempre fogem da apreciação do ato administrativo, esquecendo que, nas seguranças, os grandes fatores jurídicos incidentes, sempre hão de ter a legalidade como pressuposto fundamental e o ato como condição de lisura no comportamento público. E a **lisura**, na legalidade, só se avalia pelos elementos que integram a vontade, isto é, a atividade exteriorizada da Administração.

Ora, se o objeto do ato administrativo – inclusive, portanto, para nós – do ato administrativo expropriatório, há de ser certo e determinado, como ensina MARIO MASAGÃO;[49] conseqüentemente deve revestir-se do requisito da conformidade com a lei, eis que se caracteriza a função administrativa pela sua subordinação à lei e o ato administrativo decorre da execução da lei.[50]

Não importa aqui, as hipóteses que a lei declaradamente exclui.[51] Importa, no entanto, como textua MANOEL RIBEIRO[52] que se a lei, *"somente tiver de lei a forma, consistindo, por natureza em ato administrativo, caberá contra ela, diretamente, mandado de segurança"*. Este é o posicionamento que melhor atende ao espírito do legislador.

19. Ação Ordinária ou Mandado de Segurança

Fazendo um tomada realística da posição que se cria entre a Administração e o particular, ficamos com SEABRA FAGUNDES quando aclara com bastante precisão de raciocínio não especulativo:

a) que a manifestação da vontade, sendo a base elementar do ato, como iniciativa e impulso gerador, deve estar isenta de defeito que lhe possa prejudicar a essência;

b) que a vontade da Administração, para a formação do ato administrativo, se exprime através de funcionário como órgão, e se no ânimo há defeito, este contagia o ato.

O que dizer, então, do ato expropriatório, que é por essência, um ato administrativo? Daquele ato que, visando fins expropriatórios, distorce a verdade legal e fere a Constituição? Ou, mais precisamente, de ato onde os motivos mesmo em razões circunstanciais, excedem não a capacidade do agente, mas os objetivos constitucionais e legais?

(49) V. ***Curso de Direito Administrativo*** – São Paulo, 1974 – pág. 144.
(50) MANOEL RIBEIRO – ***Direito Administrativo*** – Salvador, 1964 – Vol. I – pág. 165.
(51) Incisos I, II e III, Art. 5º da Lei nº 1.533, como o ato de que caiba recurso administrativo, de despacho ou decisão judicial quando haja recurso ou de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.
(52) V. ***Direito Administrativo*** – cit. – Vol. II – pag. 228.

A resposta, sem dúvida, equivale a aceitação ou não de um ato administrativo viciado ou vicioso, o que não se coaduna com o sistema de garantias asseguradoras de direitos. Quanto à lei ainda vigente, acredita-se que foi bastante explícita a tal respeito, procurando evitar o controle jurisdicional do ato expropriatório, mas quando perfeito nos seus elementos e fins.

Do contrário, não falaria em **ação direta**, que tanto pode ser a ação ordinária ou o mandado de segurança,(53) remetendo numa interpretação fechada, o expropriado apenas para vias incapazes de atender a celeridade do processo expropriatório, que nem ao menos pudessem sofrear iminentes prejuízos patrimoniais. Teria sido esta a intenção do legislador? Aceitar o ato declaratório com vícios de manifestação da vontade? Ato carente de **forma** na sua categoria?

20. Sutileza de Comportamento do Legislador

Bem disse CAIO TÁCITO que *"os tribunais brasileiros têm acolhido, como causa de nulidade de desapropriações, a chamada tredestinação do bem expropriado, ou seja, a destinação a um fim incompatível com o interesse público"*.(54) Já é um bom passo para novas e outras posições decisórias jurisprudenciais, tendo em conta não só o interesse público, mas a lei e a norma programática.

É importante, no sistema jurídico positivo, que se aprecie, para efeito de anulamento ou nulidade, o ato administrativo expropriatório formalizado com **vício de finalidade**, e que torna flagrante o que se pode definir como desapropriação ilegal. Se o interesse público ou social é o **fim**, o fim deve ser o da lei e do que ordena a Constituição.(55)

---

(53) M. SEABRA FAGUNDES – ob. cit. – págs. 168, 269 e 271; CAIO TÁCITO – ***Direito Administrativo*** – São Paulo, 1975 – págs. 128/133.

(54) Fonte: CAIO TÁCITO – ***Problemas Atuais da Desapropriação*** – Conferência realizada no I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Curitiba, fevereiro de 1975.

(55) De CAIO TÁCITO: *"Destaco, entre eles, dois julgamentos recentíssimos do Supremo Tribunal Federal, de grande repercussão. No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 12 de junho de 1974, anulou, 16 anos depois, a desapropriação de imóvel para efeito de doação à Sociedade Pestolozzi do Brasil, instituição particular de utilidade pública, com serviços relevantes na assistência a excepcionais (acórdão no R. E. nº 78.229). É de se notar que a desapropriação fora feita mediante ato legislativo – Lei nº 3.162, de 1º de junho de 1957 – embora incidisse sobre bem privado. A doação de bem desapropriado tomou, certamente, como paradigma o precedente da Fundação Getúlio Vargas, que viria a merecer o beneplácito do Supremo Tribunal Federal (acórdão no R. E. nº 52.113 – RDA – 77/233/2444). É interessante mencionar que, decorridos seis meses, o Governo do Estado de Guanabara, mediante decreto "E" nº 7 648, de 11 de dezembro de 1974, tornou a declarar a utilidade pública do imóvel para desapropriação, tendo como objetivo "a instalação de centro escolar*

De pronto duas situações, notoriamente práticas e também de lógica hermenêutica, chamam a atenção da doutrina e do intérprete diante da sutileza de comportamento do legislador:

a) aquela do Art. 5º do Decreto lei nº 3.365, com a ressalva estabelecida na letra "p", sobre "os demais casos previstos por leis especiais";

b) a do Art. 20, do mesmo diploma, que destaca o cabimento de **ação direta** para o possível exame do ato administrativo declaratório de expropriação.

É o que estudaremos no próximo capítulo, tendo em vista uma análise prudente dos textos existentes, focando o problema que permanece constante do direito líquido e certo nas desapropriações, e isto para efeito de admissibilidade do mandado de segurança.

Porém adiantamos: o direito **líquido** e **certo** nas despropriações decorre necessariamente da lei. Os sistemas jurídicos, com respeito às normas, não aceitam ilações unilaterais. Há de ser verificado quanto à norma premissiva e a lei aplicável.

Já hoje em dia, a certeza e a liquidez de um direito, não confundem a doutrina e nem a jurisprudência. Ele se apresenta de plano e, de plano, é avaliável juridicamente. Basta ver a lei. Basta saber da norma conhecendo o ato.

---

dedicado exclusivamente à educação de excepcionais". Em outra decisão, da mesma época, o Supremo Tribunal Federal anulou igualmente a desapropriação de imóveis tombados como patrimônio histórico nacional, porque, a seguir, haviam sido cedidos a uma instituição particular de ensino, para fins comerciais (acórdão no Mandado de Segurança nº 19.901 – sessão de 02/06/1974). É oportuno observar que, no julgamento desse caso, o Supremo Tribunal Federal também decidiu, como preliminar, a questão de que a ação direta da desapropriação não exclui o cabimento do mandado de segurança, quando reunidos os seus pressupostos. Em parecer de 15 de dezembro de 1971, aprovado pelo Sr. Presidente da República, o Sr. Consultor Geral da República opinou contrariamente à pretensão de instituição particular de ensino que pleiteava fosse desapropriada uma área, para lhe ser doada a fim de atender ao ensino de educação física. Fundamentou-se, especialmente, o parecer no desvio de poder em que importaria o atendimento do pedido" – Diário Oficial – 08/06/1972 – p. 5045/5046. (Fonte: ***Problemas Atuais da Desapropriação*** – Conferência – I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo).

Capítulo V

DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO NAS DESAPROPRIAÇÕES

SUMÁRIO: *Procedimento, formas ou formalidades. Os casos que a lei regula e protege. O fim público qualificado. A posição das partes na relação. A verdade jurídica na lei expropriatória de 1941. A segurança como instrumento protetor de direitos fundamentais. O que dizem as leis exproprietárias. Implicações de processo judicial. O mandado de segurança como ação. O mandado com ação direta. Os pressupostos subjetivos da segurança. Elementos que levam à nulidade do ato administrativo. A omissão da administração. O problema da lei é concreto e tangível. Forma e finalidade. Fatos e prova preconstituída. Deveres de submissão e direitos categorizados. Os condicionamentos jurídicos inafastáveis. A justa motivação legal. Conclusão geral na tese de cabimento de segurança.*

1. Procedimento, Formas ou Formalidades

Algumas premissas de pensamento doutrinário são indispensáveis à compreensão da realidade e da verdade jurídicas, e que aqui ficam escalonadas dentro do inconfundível posição de AGUSTÍN A. GORDILLO:

a) quando o Direito Administrativo estava em suas origens, a falta de regulamentação normativa fazia com que alguns atos da Administração fossem quase totalmente discricionários, mas hoje em dia todo ato é em sua maior parte regrado e só parcialmente discricionário;

b) a total irreversibilidade da atividade administrativa não pode logicamente existir, porque existem certos limites jurídicos às faculdades discricionárias da Administração, e ao juiz cabe, para determinar se os limites foram violados, apreciar também a discricionariedade do ato;

c) em nenhum momento se pode pensar atualmente que uma porção de atividade administrativa possa estar fora ou acima da ordem jurídica, porque é através dela que se enuncia uma série de princípios de direito que constituem legítimos entraves à discricionariedade.(1)

Os que acompanham na prática costumeria o que se passa na esfera de aplicação das leis expropriatórias, sabem que não raras vezes os limites jurídicos ficam ultrapassados, que a autoridade pública **competente** se excede distorcendo imposições legais ou atuando contra o que a lei claramente permite.

Diante de tais situações, como é natural, é necessário que o ato administrativo seja examinado na sua categoria e tipo, dentro da tônica legal que lhe é peculiar, sobretudo com respeito a procedimento, formas ou formalidades, segundo os casos que a lei predetermina, ainda que existam circunstâncias de fato que dêem motivo ao ato.

2. Casos Que a Lei Regula e Protege

Não se discutindo a **competência** que geralmente não se vê atingida, com respeito aos casos que a lei predetermina, verifica-se nos expropriatórios que, em qualquer sentido ou aspecto, há um direito do particular regulado e protegido. A questão está em saber, até que ponto o direito do particular assume condições de liquidez e certeza.

Todavia, não há como negar, que para a Administração existe uma conduta livre, que pode vir para vulnerar na essência o direito subjetivo privado. Tanto isto é verdade, com já lembramos anteriormente, que o diploma expropriatório consubstanciado pelo Decreto-lei nº 3.365, aponta taxativamente os **casos concretos**, especificando-os.

Qualquer que seja o desejo da Administração, ou mesmo que ao juiz não caiba decidir sobre a oportunidade da decisão expropriatória, a validez do ato é uma condição de sua legalidade. A não ser, por razões não jurídicas, que o ato de expropriação apareça como uma manifestação política de livre comportamento, o que não é possível.

Evidente que, quanto à oportunidade, não existe o que observar, mas evidente também que, quanto à natureza do ato, apesar da Administração dispor em cada caso de certa margem de liberdade, *"está porém sempre ajustada, mais ou menos estreitamente, por certas disposições legais."*(2) Basta, na evidência, a confrontação do ato com a norma legal.

Quando sentimos na experiência que, dessa confrontação, o ato

(1) V. ***Tratado de Derecho Administrativo*** – Parte General – Buenos Aires, 1974 – Vol. I-VIII/26 e 29.
(2) MARCEL WALINE – ***Droit Administratif*** – Paris, 1959 – pág. 415.

aparece viciado, então violentou-se a lei nos seus objetivos programados, realizando a Administração uma atividade não determinada, mas capaz nos seus efeitos de falsear a verdade jurídica ou desmerecê-la.

Só há garantia jurisdicional se o administrado tem o direito *"de impugnar a legalidade da atuação da Administração num caso concreto"*,(3) pois o ato realizado no exercício da função administrativa, produz efeitos diretos e não raras vezes materiais, **efeitos pelos quais, em relação da finalidade**, deve ser apreciado no próprio ordenamento jurídico a que está subordinado.

3. O Fim Público Qualificado

Do fim público, **qualificado** decorre a capacidade processual expropriatória, porque é em razão do fim que se faz a desapropriação, ou seja, o procedimento administrativo e o ato declaratório. De igual maneira, nos mandados de segurança, a capacidade processual, *"não se desvincula do quadro do processo civil"*,(4) tendo em vista porém uma **finalidade** que em ambos institutos se condiciona à natureza do ato administrativo.

Melhor dizendo:

a) nas **desapropriações**, o fato e o ato, a vontade e o fim, constituem uma mesma unidade substancial, completam-se a causa e o efeito pelo ato que traz no seu bojo a qualificação de fim legal;

b) nas **seguranças**, não se discutindo o interesse público e sim o fim legal qualificado, o que se objetiva pelo controle jurisdicional, é o exame do ato na categoria e pelos seus elementos.

Respeitadas as peculiaridades da ação, nas **seguranças** impugna-se o ato pelos inequívocos termos da legislação expropriatória. Não esquecendo, todavia, a que serve e vem o **mandado,** no tocante aos atos administrativos passíveis de correção, quando contrário à norma, à forma da norma ou o fim público qualificado em lei.

Embora a doutrina no Brasil possa hoje ainda não ser pacífica entre aqueles que se dedicaram à problemática expropriatória e aos problemas ligados ao ato administrativo que deva sofrer corretivo jurisdicional,(5) a recente

(3) Fonte: MARCELO CAETANO – ***Da Proteção Jurisdicional dos Administrados*** – Conferência – I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo – Curitiba, fevereiro, 1975.

(4) CELSO AGRICOLA BARBI – ***Do Mandado de Segurança*** – Capacidade Processual – São Paulo, 1969 – pág. 267.

(5) Foram muito saudáveis, para a doutrina brasileira, as colocações assumidas por alguns juristas eminentes, em face principalmente do acolhimento do mandado de segurança. Haja visto os exemplos de CASTRO NUNES e SEABRA FAGUNDES. E a posição dos processualistas ALFREDO BUZAID e LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL. Saliente-se, também, o posicionamento de VITOR NUNES LEAL. Mais cautelosos, no entanto,

experiência trazida pelo desenvolvimento econômico, está aí a demonstrar a justeza de algumas exatas colocações.

4. A Posição das Partes na Relação

Não obstante os desencontros teóricos, os diplomas pertinentes aos dois institutos jurídicos, não fogem no Brasil de ontem dos textos e disposições claramente explicitadas, marcando cada disposição uma regra só bem entendível no contexto geral e legal.(6) O ângulo político do tempo em que foram elaborados, há de ajustar-se às realidades atuais, ou então a outros modos de se fazerem cumpridos na extensão dos propósitos legais.

Portanto, para uma linha de comportamento adequado a favor do sistema jurídico positivo brasileiro, é recomendável que se estude harmoniosamente os dois citados institutos, tendo como entendimento o que eles representam no quadro das garantias legais e constitucionais.

Focando o **expropriatório** verifica-se que, em razão da Constituição e depois da lei, estabelece premissas que fazem conteúdo rigorosamente programático, exteriorizando-se por força de ato administrativo, o declaratório, que não escapa na sua formação e origem, de **efeitos** capazes de atentar contra direitos que não se resumem apenas na compensação indenizatória.

Analisando o da **segurança** observa-se que o importante não consiste tão somente na sua natureza processual, mas na sua destinação constitucional, a fim de evitar que atos de autoridade possam, como toda e qualquer manifestação do poder público, surgirem como capazes de lesar direito individual próprio, líquido e certo.

Num trabalho, altamente meritório, SIDNEI AGOSTINHO BENETTI,(7) dá ênfase às peculiaridades que cercam a ação **mandado de**

---

aparecem THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, OTHON SIDOU, ARNOLD WALD e CELSO AGRICOLA BARBI, PAULO HENRIQUE BLASI (***Da Reaquisição do Bem Expropriado***, São Paulo, 1975), trata de matéria que envolve condições de controle jurisdicional. Pelo que se vê, a doutrina caminha, procurando equacionar situações concretas. Todos sabemos, no entanto, que as indecisões doutrinárias, podem levar a imprecisões no conhecimento e aplicação dos textos legais.

(6) Os dois importantes diplomas surgiram em tempos políticos diferentes. O que regula as expropriações, com o Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. O que dispõe sobre as seguranças, com a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. O primeiro, sob o selo da Constituição de 10 de novembro de 1937. O segundo, no regime da Constituição de 18 de setembro de 1946. Na verdade, o chamado tempo político, muito influi na feitura das leis. Obviamente, os diplomas legais, deixam-se impressionar pelas épocas jurídicas. No entanto, transcendem ou superam os fatos que ficam antecedentes, numa projeção que compete aos especialistas entender sob pena de falhar a teoria do conhecimento, no tocante a práticas e as novas relações acautelatórias. Com respeito à Constituição de 1988 nada há quase nada a apresentar. Manteve os preceitos básicos. Não fugiu da história.

(7) V. ***Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional*** – Revista dos Tribunais – Vol. 436/7[illegible].

segurança como processo contencioso, afirmando que a lide representa conflito de interesses qualificados, onde aparece de um lado o Estado, pretendendo a realização prática da sua decisão e de outro, o impetrante.

O que releva saber, contudo, na relação processual que se estabelece, não é sem dúvida a posição das partes como sujeitos da relação, mas o direito preconstituído que permite, num processo contencioso,[8] a avaliação da legitimidade do ato administrativo que se ataca, em virtude de lesão ofensiva de direito individual, líquido e certo.

5. A Verdade Jurídica na Lei Expropriatória

Já tornamos o nosso pensamento bastante claro[9] desde o momento em que analisamos os Arts. 5° e 20° do Decreto-lei n° 3.365 na suas indiscutíveis regras de orientação conceitual na problemática expropriatória. Não se pode querer que o legislador tenha dito tudo, porque a ele apenas cabe apontar um **modo** de comportamento administrativo.

Em se tratando de atos públicos, governamentais, atos administrativos de governo,[10] a sujeição da Administração ao direito se faz nos limites impostos pela lei, não se querendo também que a lei esgote, repetindo todas aquelas garantias que já anteriormente foram asseguradas nos textos constitucionais.

O ato administrativo expropriatório que se assina com suporte na Lei de 1941 e nos outros diplomas que posteriormente passaram a vigir, não apresenta intrinsecamente características diferentes da maioria dos atos administrativos de administração ou de governo. Como dissemos, para legitimar-se, resulta da vontade e da norma, isto é, dos elementos formadores que lhe são essenciais pelo seu conteúdo e finalidade.

---

(8) LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL – ***Do Mandado de Segurança*** – São Paulo, 1953 – pág. 353.
(9) N/livro – ***Desapropriação*** – São Paulo, 1973 – págs. 213/256.
(10) PAUL DUEZ – ***Les Actes de Gouvernment*** – Paris, 1935; FERNANDO GARRIDO FALLA – ***Régimen de Impugnación de Actos Administrativos*** – Madris, 1957; ***La Administración y la Ley*** – Revista de Administración Pública – n° 6/129; ROBERTO ENRIQUE LUQUI – ***Nociones sobre la Revisión Jurisdiccional de los Actos Administrativos*** – La Ley – Vol. 144/1.200; M. VILLARY – ***L'introuvable Act de Gouvernment*** – Paris, 1952; *"Qualquiera que sea materialmente la naturaleza, legislativa, jurisdiccional o ejecutiva, de un acto jurídico de la Administración, en nuestra opinión, si está regulado por el Derecho Administrativo, será um acto de esta índole"* (RAFAEL ENTRENA CUESTA – ***Curso de Derecho Administrativo*** – Madrid, 1970 – pág. 467); JUAN CARLOS CASAGNE – ***El Acto Administrativo – Los Actos de Gobierno e Institucionales*** – págs. 139/150; GEORGES TEISSIER – ***La Responsabilité de la Puissance Publique*** – Paris, 1906; ENRIQUE SAYAGUÉS LASO – ***Tratado de Derecho Administrativo*** – Vol. I – ***Actos de Gobierno y de Administración*** – Montevideo, 1953 – págs. 398/401; CHARLES DEBBASCH – ***L'administration au Pouvoir*** – Paris, 1969; SCIENCE ADMINISTRATIVE – ***L'influence du système de droit*** – Paris, 1971 – págs. 48/57.

Só que atrás dele, na sua base originária, está a Constituição, dizendo **mandamentalmente** como se deve desapropriar ou como se dá a perda da propriedade. Numa série de mandamentos ou de preceitos que fazem obrigações impositivas, num **todo** caracterizante de um sistema histórico que não permite fugas a aquilo que ficou pela tradição natural há séculos reconhecido.

Coincidentes na ordem constitucional, lá estão os mandados de segurança e as desapropriações, entre os direitos e garantias individuais. Se assegurando o direito de propriedade em termos jamais contestados. Sem que nenhuma Carta política tenha alterado **direitos** de expropriar ou **direitos** dos expropriados.

Somente, na ordem econômica e social, as normas se ordenam numa graduação de princípios que, afirmativos na orientação, garantem a propriedade sem prejuízo do desenvolvimento e da justiça individual. As razões expropriatórias são as legais, as constitucionais ou as de leis.

Claro que algumas disposições à ação do poder de expropriar, sem tirar do expropriado a garantia do seu direito à propriedade, correspondem:

a) a da competência exclusiva da União e que se limita às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas por decreto dos Executivos;

b) a da indenização em títulos, e que somente será feita quando se tratar de latifúndio, conceituado em lei;

c) o da delegação pelo Presidente da República para a desapropriação de imóveis rurais de interesse social.

A matéria legal não é controvertida. Os preceitos não admitem dúvidas jurídicas. Os ritos processuais não apresentam dificuldades de apreciação e julgamento. Tudo está bastante evidente quanto ao poder de expropriar.

Resta saber, todavia, nos casos previstos (Art. 5° do Decreto-lei n° 3.365) exemplificativamente, ou no que dispõe a lei especial sobre ação direta (Art. 20), até onde pode ir a Administração na prática de ato sem afrontar a Constituição, ou seja, sem envolver-se em lesão provada que traga violação de direito líquido e certo.

6. A Segurança como Instrumento Protetor de Direitos Fundamentais

Não é impossível, sem dúvida, aproximar os dois institutos, num ponto que é comum a ambos, o da **natureza** do ato administrativo. Se o princípio dominante é, por certo, o da correção de um ato de governo, no **princípio** as condições a serem satisfeitas conduzem ao exame, na categoria, do ato expropriatório. Não se pense, não obstante, que a simples alegação de abusos de poder atinja a intenção subjetiva no que é ou deva ser de

interesse público.

Não é sem motivo que apreciamos a colocação de HELY LOPES MEIRELLES,[11] em matéria de **prova preconstituída**. No tocante, porém, às expropriações, tal prova apesar de importante, não é o bastante para provocar a anulabilidade do ato declaratório, e isto porque o ataque, para o efeito de proteção jurisdicional, limita-se exclusivamente à exteriorização daquele ato imperfeito que, pelas próprias palavras que enuncia, não se harmoniza com os fatos ou as situações legais recomendadas.

No ato declaratório, administrativo de expropriação, a **omissão** da autoridade quanto ao objeto, tranforma-se em razão jurídica de alta valia hermenêutica, porque, nas desapropriações, vontade e finalidade, fazem condições imprescindíveis de legitimidade concreta na legalidade.

Um ato declaratório que não traga na sua **unidade formal** a determinação do interesse público (de utilidade ou social) ou a indicação clara da disposição legal permissiva, é um ato a se examinar e passível de correção. Um ato assim editado, embora possa não caracterizar o abuso de poder, afronta direitos fundamentais protegidos.

Já de há muito nos insurgimos contra as hipóteses de se desapropriar para que num dado imóvel se instalem repartições públicas.[12] A lei, não prevendo tal motivo justificamente, não dá ao Estado esse direito de invalidar a propriedade alheia e dela apropriar-se. Ou o interesse público vem juridicamente qualificado, ou torna-se em abuso de poder.

Contudo, na própria lei, estão as soluções jurídicas adequadas, dependendo do entendimento que se dê ao conceito de **leis especiais** (Art. 5°, letra "p"), ou seja, a competência do legislativo ou do executivo para aceitar hipóteses necessárias que escapem à exemplificação taxativa.

Numa lei pública, como a expropriatória, entendemos que qualquer conhecimento deva ser elástico dentro dos propósitos administrativos, desde que haja pronunciamento anterior ou legislativo. Rigorosamente, não se pode afirmar que sejam apenas leis **especiais** aquelas de caráter geral (exemplos: Lei n° 4.132/62, Lei n° 554/69 ou a Lei n° 1.075/70), mas também o são todas as emanadas do Poder Legislativo.

Em matéria expropriatória, frente às hipóteses exemplificadas, não se pode sequer falar na complexidade de fatos ou dificuldades de interpretação das normas legais. Todas as leis existentes falam pelos seus próprios objetivos finalísticos. Trazem uma finalidade não apenas conceitual, mas uma finalidade qualificada quanto aos fins apontados como **públicos**.

(11) V. *Mandado de Segurança* – cit. – pag. 17.

(12) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO – *A Ilegalidade do Ato Administrativo nas Desapropriações* – Curitiba, 1944; *Competência do Judiciário para Conhecer da Ilegalidade do Ato Administrativo* – Curitiba, 1945; *O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa* – Curitiba, 1993.

Daí o mandado de segurança, nas desapropriações, ater-se exclusivamente ao ato administrativo expropriatório. Dando direito ao particular de impugnar a legalidade da atuação da Administração, recorrendo a ação mandamental quando o procedimento consumado viola as regras legais nos seus aspectos básicos de formalização finalística. Aí então se pode apelar para a proteção que se deve aos direitos fundamentais.

7. O Que Dizem as Leis Expropriatórias

Na questão do fim utilidade pública, a Lei nº 3.365/41, não apresenta subterfúgios, ainda que sutis, à inteligência do intérprete. Da letra "a" à letra "p", do Art. 5º, os **casos** estão prefixados, as hipóteses claramente enumeradas, as espécies devidamente capituladas. Em qualquer letra pode o administrador fundar-se para declarar a utilidade pública e proceder à desapropriação, sem ferir os direitos fundamentais.

Na Lei nº 3.833, de 8 de dezembro de 1960, que criou regime especial de desapropriação por utilidade pública para a execução de obras no chamado "Polígono das secas", a declaração e a obrigatoriedade de execução se confundem, surgindo de um lado, a obrigação e de outro, o direito. Prevê, por antecipação administrativa, a existência de planos e a configuração de uma área tangível. Aparecendo como peça jurídica importante e indispensável à lisura expropriatória (Art. 2º e § 1º), o **edital** do qual decorre a execução.

Com a Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, condicionando-se o uso da propriedade ao bem-estar social, conforme mandamento constitucional conhecido, a exemplo do Art. 5º do Decreto-lei nº 3.365, ficaram devidamente especificados os **casos** de interesse social, considerando a lei tais casos (incisos de I a VII do Art. 2º) como finalidade expropriatória. A inovação se assim podemos chamar (Art. 4º), da **venda** ou da **locação** porém não escapa da destinação social prevista.

Através da Lei nº 554, de 25 de abril de 1969, que dispõe sobre a desapropriação por interesse social de imóveis rurais para fins de reforma agrária, (Art. 1º), a legitimação expropriatória é conseqüente da determinação das áreas declaradas como prioritárias, pois o ato expropriatório (Art. 2º) deverá conter a descrição e características do imóvel. Afora disposições incidentes e reguladoras, para que não se afronte o espírito legal, a anterior fixação das áreas é, sem dúvida, uma condição essencial à promoção e consumação da desapropriação.

Já o Decreto-lei nº 1.075, de 22 de janeiro de 1970, que veio para regular de posse *initio litis* de imóveis urbanos residenciais, não estabeleceu

condições. Procurando o caminho viável da urgência, não foi além do depósito do preço oferecido e da impugnação da oferta, não abrindo da vigência do ato administrativo qualquer possibilidade de tutela jurisdicional. Como se pode ver, no acima citado diploma, só as cautelas do Art. 34 do Decreto-lei nº 3.365, foram consideradas. Como a finalidade é de direito urbanístico no bom sentido que a expressão possa ter, a sua aplicação para efeito da legalidade do ato há de depender de planos regularmente aprovados.

8. Implicações de Processo Judicial

De princípio geral, não nos arreceiamos de ponderar, que é temerário todo mandado de segurança concedido, contrariando frontalmente disposições da legislação federal, em matéria de recursos, inclusive também no tocante as desapropriações, pois ambos os institutos no Brasil possuem leis processuais próprias a serem aplicadas nos casos concretos.(13)

A via da segurança não se pode procurar a não ser quando se possa atacar o ato administrativo imperfeito ou viciado. Se é uma via de **exceção** entre os demais procedimentos judiciais, a ela não se deve recorrer sem que se faça a prova material e jurídica da existência do ato lesivo e do seu alcance na lesão de direitos individuais.

Quando HELY LOPES MEIRELLES, afirma como matéria excluída do mandado de segurança, *"a decisão ou despacho judicial contra o qual caiba recurso específico apto a impedir a ilegalidade, ou admita reclamação correcional eficaz"*,(14) está a afirmar a autonomia dos dois institutos com respeito a conduta recursal apropriada e definida.

A imposição como se observa (Art. 5º, Lei nº 1.533/51) é clara e peremptória, pois não se dará mandado de segurança quando se tratar "de despacho ou decisão judicial" para os quais hajam recursos previstos nas leis processuais "ou possam ser modificados por via da correição".

Aliás, embora possamos entender o mandado de segurança como um tipo de **ação direta**, tese que absolutamente não contraria o sistema estabelecido de garantias jurídicas, é indispensável que se estabeleçam a priori duas hipóteses necessariamente conseqüentes:

(13) BIDART CAMPOS – ob. cit. – ***Problemas Procesales*** – Capítulo VIII – pág. 337; JOSÉ LUIS LAZZARINI – ob. cit. – págs. 235/343; RAFAEL BIELSA – ob. cit – págs. 51/95; CASTRO NUNES – da competência judiciária – pág. 2777; CELSO AGRICOLA BARBI – ob. cit. – o direito processual – parte III – 227/284. Muito pouca preocupação há hoje em dia pelo velho instituto da retrocessão, mas é interessante (EBERT CHAMOUN – ***Da Retrocessão nas Desapropriações*** – Rio de Janeiro, 1959) que alguns aspectos não sejam esquecidos com respeito à destinação do bem expropriado.

(14) V. ***Mandado de Segurança*** – cit. – págs. 21/22.

a) o que se exige, nas **desapropriações**, é que o ato administrativo declaratório venha regrado pelo interesse público para alcançar o fim desejado e traga, para legitimar-se, as condições estabelecidas na lei;

b) o que se quer, nos **mandados de segurança**, no sistema positivo brasileiro e comparado, é que o chamado direito líquido e certo venha comprovado de plano, apresentando-se com todos os elementos de evidência ou verdade concreta diante da pretensão.

Haja vista aqui, de passagem, o destaque trazido pelo legislador (Art. 8°, Lei n° 1.533/51), ordenando que a inicial seja desde logo indeferida *"quando não for o caso de mandado de segurança OU lhe faltarem alguns dos requisitos da lei"*. Ora, se as seguranças existem para proteger direitos lesados, a grande importância está em considerar (Art. 1°) o ato de autoridade, ou seja, o ato administrativo.

9. O Mandado de Segurança como Ação

Não é a norma expressa na Constituição, e portanto uma disposição que possa parecer política, que tira do mandado de segurança a natureza de ação especial e direta. Nem a própria lei precisaria dizer, quando fala em *"conceder-se-á mandado de segurança"*, que o procedimento envolve duas posições que se identificam, a administrativa e a judiciária.

Integrado nas disposições do Código de Processo Civil, embora sua atuação seja de um poder sobre outro, e isto precisamente quando houver direito violado ou ameaçado, as normas que regulam a relação entre os poderes trazem a força de um poder maior, o **poder constituinte**.

Para qualquer tipo de violação ou ameaça, onde o *habeas corpus* não caiba e não seja o instrumento eficaz, haveria de haver um modo peculiar de limitação da livre atividade governamental, isto é, um meio especial *"de controle jurisdicional da legalidade dos atos administrativos"*.[15]

Estudando a lei, vê-se que o legislador não teve a intenção de restringir a ação fundamental, mas a preocupação de constituir um instituto de amparo, limitado a uma conceitual **certeza jurídica**. Não se propôs, todavia, a liberalizar desequilíbrios entre o político e o jurídico, isto é, a permitir a intervenção de um poder no outro.

Efetivamente, incerto o mandado de segurança entre as garantias individuais, para o jurista e o direito a análise não resume só o aspecto político. Vai além da intenção constituinte porque no seu relevo é um instituto jurídico.

(15) LEONARDO GRECO – ***Natureza Jurídica do Mandado de Segurança*** – Arquivos do Ministério da Justiça – Vol. 129/42 – Rio de Janeiro, 1974.

E se é um instituto jurídico, sem dúvida, o recurso à jurisdição torna-o em ação e proceder judiciais.

Nada obsta, para LEONARDO GRECO, que uma das partes na controvérsia seja o próprio Estado. Graças, ao que diz, *"um órgão estatal independente do que é parte no feito, julga imparcialmente a questão, solucionando o conflito e aplicando a lei"*,[16] controlando a legalidade dos atos e provocando decisão que vincula a contenda à jurisdição.

Como o meio de fazer ativa *"a atuação da jurisdição"* é a **ação**,[17] evidente que o mandado de segurança como ação, já definida anteriormente a jurisdição, inclusive no **fato expropriatório,** há de servir para o exame do **ato expropriatório**, juntando o querer da lei à finalidade pública, o caso concreto à norma jurídica, no mesmo adequado processo judicial.

Admitido, destarte, no seu conceito substancial, pode o mandado de segurança, como vimos afirmando, ajustar-se ao caráter de **ação direta** (Art. 20, Decreto-lei nº 3.365) para qualquer outra questão expropriatória que, de plano, vise resguardar o direito líquido e certo. Este não é um problema especulativo, mas problema de substituição processual no litígio, e para efeito da nova relação jurídica que se estabelece.

Incontestavelmente, a preponderância do interesse público é uma coisa, a exacerbação legal de tal preponderância é outra,[18] marcando as limitações que decorrem da Constituição e das leis, tornando perfeitamente aplicável nas desapropriações, a regra positiva que autoriza o expropriado a buscar o amparo na jurisdição que lhe dê tutela.

10. O Mandado como Ação Direta

Já que *"a hierarquia maior dos valores de direito público a serem tutelados, pertinentes à Administração ou ao administrado, exige formas processuais mais expeditas"*, vale o mandado de segurança nas desapropriações para uma tomada de posição judicial quanto à certeza da legalidade da ação administrativa, a fim de que mesmo o Estado logre *"alcançar os fins legítimos, acaso embaraçados pelo indivíduo"*.[19]

Constituindo a **declaração** de utilidade pública (ou de interesse

(16) LEONARDO GRECO – trab. cit. loc. cit. – Vol. 129/69.
(17) MOACIR AMARAL SANTOS – ***Natureza Jurídica do Mandado de Segurança*** – Arquivos MJ – Vol. 114/29.
(18) ARRUDA ALVIM – ***Desapropriação e Valor no Direito e na Jurisprudência*** – Revista de Direito Administrativo – Vol. 102/54.
(19) GALENO LACERDA – ***Remédios Processuais da Administração e contra a Administração*** – Revista da Faculdade de Direito – Imprensa da Universidade do Paraná – Vol. 8/108.

social) o primeiro passo do processo expropriatório, a faculdade (ou o direito) de impugnar o ato administrativo constante de tal declaração, surge precisamente da suficiência da autoridade administrativa para a boa prática executória, mas aconselhada nas disposições legais. Antes do fato-utilidade-interesse, há a lei e a norma preventiva de direito.(20)

No Brasil, atendendo ao que afeta de perto a lei expropriatória (Art. 20), salvo colocações doutrinárias que ainda estão carentes de suporte realístico na evolução do instituto, o mandado de segurança, pela força do espírito legislativo, é e pode ser considerado, uma ação direta. Mas ação, está claro, na categoria, que chega para, quando intentada, atacar ou invalidar o ato administrativo praticado com insobservância do disposto na norma jurídica ou criador de situações jurídicas lesivas.

Atacando-se o ato dentro dos pressupostos de possibilidade jurídica, interesse de agir e qualidade para agir, o mandado de segurança apresenta-se nas desapropriações como o instrumento adequado a validar ou invalidar o ato administrativo declaratório, cada vez que tal ato pela sua própria natureza e efeitos, traga o ferimento da lei ou da norma, lesão produzida pela inobservância de formas e fins em razão da peculiar finalidade expropriatória.

Na verdade o que se objetiva não é discutir a utilidade pública ou a vontade da Administração em expropriar determinado bem, mas a atender a que os atos declaratórios nas desapropriações, também possuem elementos que são **essenciais** porque legais, que são **condicionais** porque formais, que são **integrativos** pela motivação e transcendência finalística.

Há a lembrar, na lição de CASSAGNE, aqueles vícios que levam ao erro, ao dolo e à violência,(21) ou aqueles vícios que afetam a causa do ato administrativo expropriatório por defeitos declaratórios ou por simulação que encobre os reais objetivos de interesse público ou de injustificado interesse ante o que o direito assegura como sendo do cidadão-administrado.

Será que, guardado o respeito pela discricionariedade como imperativo causal de fato, sempre a Administração age com prudência legal em matéria de direito expropriatório? Será que o chamado vício ou defeito formal que possa aparecer na declaração da vontade expropriatória não permite ao expropriado buscar o recurso de segurança, procurando pelo instrumento

(20) *"Em nosso país, a jurisprudência tem afrouxado o rigor do conceito, permitindo, em muitos casos, que verdadeiros esbulhos sejam perpetrados em prejuízo dos particulares. Haja visto as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, in RT 232/93 e 244/205. Os juízes que assim têm decidido estão a realçar tão destacadamente o princípio da intangibilidade da obra pública, que se esquecem de princípios tão ou mais importantes, como sejam os da garantia da propriedade e o da legalidade da Administração. Olvidados esses princípios e maximizados o da intangibilidade da obra pública, quebra-se a harmonia do sistema jurídico e passa-se a admitir como regular o que na verdade é esbulho,"via - de - fato" administrativa"* (GILBERTO SIQUEIRA LOPES – ***A Desapropriação e as Limitações do Direito à Propriedade Privada*** – Revista de Direito Público – Vol. 26/54).

(21) JUAN CARLOS CASSAGNE – ob. cit. – págs. 267/300.

judicial mais apropriado da ação direta, invalidar os efeitos do ato que obrigatoriamente deveria vir segundo valores pré-estabelecidos?

Pois bem, o mais importante numa desapropriação, é o alcance do princípio público que está na forma da norma legal. O que está fora da lei, não indicado por ela, não faz presunção de legitimidade. Se num ato declaratório de expropriação estão visíveis os vícios manifestos que tornam a função administrativa executória carente quanto ao ordenamento jurídico, procede o mandado de segurança como medida que ocorre, na sua origem, da própria sistemática constitucional.

11. Os Pressupostos Subjetivos na Segurança

Ante o exposto, aceitamos como CELSO AGRICOLA BARBI, que na *"seara jurídico-constitucional, direito individual nada restringe, e abrange, por isso, todo o programa de direitos consagrados na Carta, ainda mesmo aqueles que se não abrigam no capítulo em que o mandado de segurança está incluído, como os políticos, os econômicos, os sociais, enfim"*.(22)

Acrescente-se, para que *"a argumentação pareça mais sensível, que o que importa é a liquidez e a certeza do direito violado, porque a proteção deve abranger todos os direitos, objetivos e subjetivos, reconhecidos pela Carta em favor dos indivíduos"*.(23)

Para seu cabimento, para que a segurança seja recebida, apreciada e julgada, a resumir são três as hipóteses:

a) a do exame do ato administrativo (do ato declaratório de expropriação) para se verificar a exata capitulação legal e, ao mesmo tempo, se o ato em referência enseja mandado de segurança;

b) do exame da figura da chamada autoridade coatora, para conhecimento ou não do mandado na esfera jurisdicional e diante do indispensável pressuposto processual objetivo;

c) do exame material da prova que possa atingir o ato impugnado ou impugnável, porque só pela prova apresentada de plano se pode aferir da natureza do direito líquido e certo violentado.

Na primeira hipótese, que é a do cabimento, já se prevê uma possível razão para a impetração. Na segunda, o problema é o da competência, em se tratando de lei federal. Na terceira, que se junta às duas primeiras, na prova de plano, se impõe ou não o ato ilegal e o risco imediato do dano dele decorrente.

No processo expropriatório, portanto, antes ou depois de ajuizado,

(22) ob. cit. – pág. 77.
(23) CELSO AGRICOLA BARBI – ob. cit. – pág. 81.

após publicado o ato ou já na fase inicial da ação, caracterizada a lesão ou apontada a violação, os pressupostos subjetivos (norma fundamental ou legal) e o pressuposto material (ato administrativo declaratório), conduzem à avaliação da segurança pedida.

É estudando o conceito de ilegitimidade e de ilegalidade que LAZZARINI com assento na boa doutrina[24] chega aos agravos motivantes do **amparo**, uma vez qualificado o **ato violatório**. E que VILLEGAS, analisando o caráter da desapropriação, anota a necessidade de se precisar o conceito de utilidade pública na legislação.[25]

Houvesse no Brasil, o que não há, normas gerais de procedimento administrativo regrando a atuação da Administração,[26] quem sabe os atos de governo seriam mais perfeitos na adequação legal, ou melhor, estariam mais ajustados ao ordenamento jurídico, levando os postulantes a **recursos impugnativos** de reconsideração e revisão.

Não obstante a tais recursos não penetrarem a intenção de vontade expropriatória, ao menos dariam a Administração razões para ficar dentro da lei e nos limites da norma, permitindo na sua própria esfera decisória a modificação do ato impugnado e a suspensão dos seus efeitos. Mas este é outro assunto-tese que escapa da natureza do nosso trabalho...

12. Elementos que Levam à Nulidade do Ato Administrativo

Lembre-se, como fonte inspiradora, que na lei em que se regulou a **ação popular** (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965), o legislador, tendo em apreço a disposição constitucional, procurou, definindo qualificar os atos lesivos nulos, no que chama **casos** de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvios de finalidade.

Avançando no sentido do pensamento doutrinário hoje pacífico nos direitos internos o legislador inteligentemente conceituou os casos de nulidade dando ênfase a normas absolutas prestabelecidas, dizendo com exemplar clareza dogmática:

a) a **incompetência** fica caracterizada quando o ato não se inclui nas atribuições pessoais do agente que o praticou:

b) o **vício de forma** consiste na omissão ou na observância

(24) V. EL JUICIO DE AMPARO – cit. – págs. 161/169.

(25) A. W. VILLEGAS – ***Régimen Jurídico De La Expropriación*** – Buenos Aires, 1973 – pág. 31 e 69.

(26) GUSTAVO BACACORZO – ***Reglamento de Procedimientos Administrativos*** – Normas generales – Lima, 1974. Na literatura: J. BARNES VAZQUES – ***El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*** – Madrid, 1993; E. GONZALES SALINAS – ***Proceso Administrativo para la Proteccion de los Derechos Fundamentales*** – Madrid, 1994.

incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a **ilegalidade do objeto** ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a **inexistência dos motivos** se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o **desvio de finalidade** se verifica quando o agente pratica o ato visado a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Vai mais longe o legislador quando afirma que os atos lesivos *"ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado"*, cujos vícios não se compreendam nas especificações legais *"serão anuláveis, segundo as prescrições legais, compatíveis com a natureza deles"*. Nenhuma lei tão clara serve tanto a boa doutrina como esta que regula a ação popular no tocante a prática escorreita dos atos administrativos...

Sem dúvida, em se tratando de **elementos** do ato administrativo,[27] basta ao hermenteuta o que a lei, na sua expressão de conhecimento, tornou indispensável à apreciação da legalidade ou mesmo da constitucionalidade. Obviamente, transportados os elementos para os demais procedimentos de natureza administrativa, sem que se desmereça o ato de declaração expropriatória, a harmonia entre a doutrina e a legislação é condição do ordenamento jurídico...

13. Omissão da Administração

Duas situações de relação jurídica fundamental e básica se integram nos vários tipos de procedimento expropriatório:

a) uma decorrente, como acentuamos noutra oportunidade, dos casos que a lei prevê ou dos motivos que a lei dá, a fim de que o Estado possa, com legitimidade, intervir para desapropriar a propriedade particular;

---

(27) De há muito é farta a literatura que estuda em profundidade os elementos essenciais à formação do ato administrativo: THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI – *Teoria dos Atos Administrativos* – São Paulo, 1973; M. SEABRA FAGUNDES – *O Controle dos Atos Administrativo pelo Poder Judiciário* – Rio de Janeiro, 1957; UMBERTO FRAGOLA – *Degli Atti Amministrativi* – Turim, 1952; AGUSTÍN A. GORDILLO – *El Acto Administrativo* – Buenos Aires, 1969; FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA – *Os Atos Administrativos na Teoria dos Atos Jurídicos* – São Paulo, 1969; MANUEL MARIA DIEZ – *El Acto Administrativo* – Buenos Aires, 1961; BARTOLOMÉ A. FIORINI – *Teoria Jurídica del Acto Administrativo* – Buenos Aires, 1969; MARIA RIVALTA – *La Motivazione Degli Atti Amministrativi* – Milão, 1960; NEMÉSIO RODRIGUES MORO – *La ejecutividad del Acto Administrativo* – Madrid, 1949; MICHEL STASSINOPOLOS – *Traité des Actes Administratifs* – Paris, 1954; JUAN CARLOS CASSAGNE – *El Acto Administrativo* – Buenos Aires, 1974. P. Delvolve – *L'acte Administratif* – Paris, 1983.

b) outra que decorre de vícios que possam marcar o ato administrativo de desapropriação que, como todos os atos de governo, se devem pautar pela norma ou pela forma da norma legal, sem com isso distorcer o sentido da utilidade ou do interesse social.

Nos regimes político-constitucionais, importam e muito a espécie e natureza da leis **administrativas**. Praticamente, pelos efeitos ou conseqüências, todo ato de administração é, ao mesmo tempo, um ato jurídico perfeito e acabado. Na hipótese, o Estado que não conheça limites no seu poder, constitui a antítese do direito. Editando leis administrativas, não pode o Estado, nem desconhecê-las e nem negá-las.(28)

Exato, no entanto, que a questão se coloca, não do ponto de vista de anulação de desapropriação, cujos meios dadas as regras adotadas, podem ser outros e não o da via direta do mandado de segurança. O anulável, no momento jurídico apropriado, é o ato administrativo expropriatório, como ato administrativo que é. Evidente que, o **vício de legalidade**, não se comprova senão quando infringe frontalmente a lei.

Admitindo-se, como de verdade conceitual jurídica, que as leis expropriatórias fazem categoria de lei administrativa, para a aplicabilidade delas em razão do regime político-constitucional e decorrência do regime administrativo, têm elas no ato-exercício-vinculado o seu ponto vulnerável de percepção e análise dos condicionamentos legais obrigatórios. Portanto, não é desapropriação que se contesta, mas o ato de governo baixado, falho nos elementos próprios de executoriedade.

A omissão da Administração quando resulta da falta de observância das normas constitucionais, legais e regulamentares que regem a espécie expropriatória, dá origem à impugnação do ato administrativo, de vez que na declaração se devem conter, por motivo de ação que será proposta, tudo quanto um ato de governo reclama a fim de legalmente legitimar-se.

O erro e a ilegalidade quando juntos ou não, conduzem a complexos problemas de má e não de boa administração.(29) Afirmar o oposto, para simplesmente exaltar a supremacia estatal, é inadmissível ante o princípio da responsabilidade que rege a todas as relações éticas e jurídicas.(30) Tudo para que haja exato e jurídico cumprimento da função administrativa e de governo.

(28) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO – *Comentários a reforma Administrativa Federal* – Primeira parte – As leis administrativas – São Paulo, 1975 – págs. 24/25.

(29) ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA – *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo* – Lisboa, 1962; GUIDO FALZONE – *Il Dovere di Buono Amministrazione* – Milão, 1953; LON L. FULLER – *The Morality of Law* – Londres, 1964; GIUSEPPE CATALDI – *Il Procedimento Amministrativo Nei Suoi Orientamenti Giuridici E Non Giuridici* – Milão 1967; RAFAEL BIELSA – *La función Pública* – Buenos Aires, 1960; lembrando ainda, por dever doutrinário, a grande obra de F. RECAREDO DE VELASCO – *El Acto Administrativo* – Madrid, 1929; e também a contribuição de SILVIO TRENTIN – *L'atto Amministrativo* – Roma, 1951.

(30) N/COMENTÁRIOS – cit. – pág. 38.

14. O Problema na Lei é Concreto e Tangível

O problema não consiste em levantar teorias (e que são muitas no direito estrangeiro) para nelas procurar justificar o ato administrativo equivocamente posto diante da lei. Para questões de índole essencialmente administrativa, mas fundadas na legislação pertinente e no direito positivo, a orientação do hermeneuta não pode senão assentar em fatos jurídicos que, pela sua evidência e não aparência, fogem da figuração legal ou tornam o ato colidente com a finalidade consentida.

O ato de autoridade, de que fala a lei, é um ato administrativo. Marque-se, no pensamento de THEMISTOCLES CAVALCANTI,[31] o alcance indisfarçável do mandado de segurança, porque:

a) não se pretende, através dele, apenas evitar os efeitos da execução do ato, mas atingi-lo em sua essência, em suas condições de vida, pela afirmação de sua ilegalidade;

b) é preciso, sempre, partir da noção do ato administrativo, do seu efeito imediato, em razão das conseqüências irreparáveis que podem derivar do ato em si e também de sua execução.

O problema na lei é concreto, tangível, não oferecendo abstrações na ordem jurídica positiva. Uma única questão, contudo, no mandado de segurança, é a do cabimento na espécie, eis que o mandado, pode-se dizer, *"visa justamente a um ato administrativo, isto é, ato de qualquer autoridade lesivo de um direito líquido e certo"*.[32]

Se visa de frente um ato administrativo, e o ato de declaração expropriatória é um ato administrativo na sua espécie ou categoria, como não aceitar a intervenção jurisdicional quando ocasionalmente o ato apareça defeituoso embora o interesse público esteja qualificado? Quanto ao interesse público, jamais se pode transformar em medida de coação legal ou mesmo ilegal, justificante de atuação duvidosa.

No tocante ao direito líquido e certo que advenha do ato administrativo, a controvérsia não se fixa no interesse público, mas na existência do ato lesivo, inadequado aos objetivos legais, porque em matéria de interesse público o conceito apresenta natureza que o direito até hoje não conseguiu determinar com precisão normativa.

O que há nas desapropriações, é a utilidade pública ou o interesse social, para lembrar apenas as duas hipóteses. Em muitas oportunidades as duas hipóteses se qualificam, na semelhança dos objetivos, pelo interesse público, não obstante o caráter especificante das leis expropriatórias, caráter este

(31) V. *Teoria dos Atos Administrativos* – cit. – págs. 312/3.
(32) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI – ob. cit. – pág. 313.

vinculado à noção de fim preestabelecido, ou seja, à noção do ato jurídico nas suas conseqüências jurídicas.

15. Forma e Finalidade

Firme-se com rigor exegético: só a existência da utilidade pública ou do interesse social, embora da exclusiva competência de quem pode expropriar, motiva a desapropriação. Acontecendo que o ato administrativo se edite com todas as formalidades (elementos legais), a questão da utilidade pública ou do interesse social passa a não ter qualquer repercussão processual.

Mas quando o poder expropriante não exterioriza a sua decisão mediante ato explícito, não revelando a sua verdadeira intenção, limitando-se na declaração a nomear a coisa sem clarear a finalidade incerta na lei, então o ato expropriatório torna-se duvidoso nos seus propósitos, passível de ser acoimado de abusivo ante a feição jurídica que lhe deve ser essencial e peculiar.

De nada valeriam as grandes construções doutrinárias, nascidas da experiência e das leis aplicáveis, quando o próprio Estado, ao sabor de intenções (vontade) mal formuladas pudesse, com a inobservância das normas obrigatórias, desrespeitar a finalidade de uma desapropriação ou mesmo desprezar os **casos** criados pelo legislador. Ainda que o direito do expropriado não seja um direito real, o ato que lhe tira um direito (o de propriedade) há de vir marcado de licitude compatível com o ordenamento jurídico que tem origem no mandamento constitucional.(33)

Jamais poderá ser considerado pelo menos **lícito**, marcado de licitude, o ato expropriatório, para não dizer todos os atos administrativos, que não afirmem pela forma e pela finalidade. Se no direito privado, di-lo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO,(34) *"vigora o princípio da liberdade de forma, no direito administrativo a regra é a formalidade"*, porque é a lei que prescreve as formas aplicáveis a cada atuação administrativa. Quanto à finalidade, *"ligada, como está, à regra de competência, será sempre* ***elemento vinculado***".(35)

É contra precisamente a extensão dessa **liberdade**, quer no direito público, quer no direito privado, que nos insurgimos respeitando não somente as leis normatizadas, como os conceitos indicados pelo trabalho do pensamento

(33) As grandes construções dão a tônica do direito estatal. Aponte-se, entre elas, a da Itália (com início na Lei nº 2.359, de 25 de junho de 1865), a da França (a partir do Decreto nº 58.997, de 23 de outubro de 1958) e da Espanha (com a Lei de 16 de dezembro de 1954). Na lei italiana, observe-se o Art. 9º do Capítulo II. Na francesa, a importância do Art. 2º, em razão da posição dada ao Conselho de Estado. Na espanhola, o relevo do art. 11, impondo para os casos não previstos, a exigência de lei aprovada pelas Cortes.

(34) V. ***Curso de Direito Administrativo*** – Rio de Janeiro, 1974 – pág. 104.

(35) DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO – ob. cit. – pág. 104.

doutrinário. Surgindo, o mandado de segurança, como instrumento acautelador de boa administração, forçosamente há de trazer nos litígios e controvérsias, as condições adequadas e corretivas de normalidade institucional.(36)

A posição **ímpar** do Judiciário, para intervir em ato administrativo onde haja coação ou distorção da lei, isto é, uma autoridade coatora e uma infeliz aplicação do disposto legal, é que oferece principalmente nas desapropriações, a oportunidade de apreciar-se o que a lei veda e o que a lei pelo consenso público permite, restabelecendo o equilíbrio de direitos, sem o qual falecem as instituições jurídicas que sustentam os regimes políticos.

16. Fatos e Prova Preconstituída

O foco do problema, todavia, difícil mesmo pelas sutilezas intrínsecas, consiste e está no chamado direito líquido e certo, em matéria de propriedade, porém, tal direito não se apresenta questionável; ele existe ou não existe, está ou não incorporado ao patrimônio particular. As questões que surgem, portanto, já trazem uma exata colocação jurídica. Não se apresentam sequer duvidosas, porque aí se impõe presente o mandamento constitucional.

Considere-se, não obstante:

a) que com respeito às desapropriações, os fatos não se apresentam complexos e nem maiores dificuldades preexistem na interpretação das normas legais que contêm o direito postulado;

b) que as provas tendentes a demonstrar a liquidez e a certeza surgem de plano do permissivo legal, do ato administrativo declaratório na sua expressão de pureza formal e de finalidade.

Na hipótese da letra "a" existe o imóvel (propriedade) garantido pela força da lei comum e protegido por regra constitucional. Na outra, letra "b", a prova já vem preconstituída em favor do possível direito invocado. o que se espera, assim, na esfera jurisdicional, para a proteção reclamada, é que o fato **interesse público** se harmonize com o ato administrativo, ou melhor, que haja um vínculo entre a vontade de expropriar e a norma legal, de real conteúdo programático.

Ora, se está no ordenamento jurídico brasileiro positivo, a

(36) Na exposição de motivos, assinada pelo ilustre professor Miguel Reale, encaminhando o projeto do novo Código Civil, já nesta oportunidade, acreditamos, em final de processamento legislativo, fala-se na abertura de uma *"via nova de desapropriação"*, não considerando o instituto *"prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo"*. Procura-se dar ao Poder Judiciário *"o exercício do poder expropriatório em casos concretos"*. Todavia, tal posicionamento, não corresponde ao sistema nacional brasileiro, nem ao nosso sistema de tutela das garantias jurisdicionais.

qualificação dos atos lesivos para a conceituação dos casos de nulidade,[37] não é demais que se traga à colação os mesmos conceitos objetivos para entendimento do ato administrativo ou de autoridade, estendendo-se seu conhecimento aos atos administrativos expropriatórios. E sobretudo quando a comprovação do direito líquido e certo se faz de plano, fundada em disposição de leis e com suporte nas garantias constitucionalizadas.

17. Deveres de Submissão e Direitos Categorizados

Não vemos por onde os dois institutos, o da segurança e o da expropriação, não se possam corresponder, para a proteção do direito líquido e certo, quando ambos nascem de mandamentos constitucionais que visam, dentro dos mesmos critérios objetivos, afastar a ilegalidade da ordem jurídica e política.

Não se trata aqui do exame de uma lei em tese, nem da lei que regula o mandado de segurança, nem daquela reguladora dos casos expropriatórios. Já que o mandado de segurança se destina a anular os efeitos de um ato lesivo como não entendê-la aplicável às espécies expropriatórias, quando o ato declaratório se apresente viciado ou marcado de vícios formais?

Como não se trata também de desconhecer a presença de direitos públicos subjetivos, mas de resguardá-los para que se conflitem com a Constituição e as leis, de vez que o Estado não é só governo e nem só administração. A mesma construção jurídico-constitucional que serve de alicerce ao Estado, serve ao particular através de um conjunto de relações que impõem deveres de submissão e direitos concretamente categorizados.[38]

Embora aceitemos por obrigação do conhecimento da realidade político-jurídico-constitucional, a permanência e a constância dos diretos reais administrativos ou públicos, este não é um motivo para que o Estado não respeite os direitos privados, não agindo como deve agir como a norma legal ordena e prescreve. E foi precisamente neste sentido que a criação do mandado

(37) Art. 2º e Parágrafo Único da Lei nº 4.717, que regula a ação popular. Ver agora: LUIS ROBERTO BARROSO - ***Ação Popular e Ação Civil Pública*** – in Revista de Direito Administrativo Aplicado – nº 1 – Curitiba, 1994.

(38) Comporta, nesta passagem, lembrar a posição doutrinária francesa, a mais realística, embora o pensamento francês, possa não atender a pressupostos do direito brasileiro. Contudo, é aconselhável, que busquemos em MAURICE HAURIOU (***Précis de Droit Constitutionnel*** – Paris, 1948) e ROGER BONNARD (***Le Controle Jurisdictionnel de L'administration*** – Paris, 1934), aqueles subsídios que informam o exercício do poder jurídico. Por sua vez, Rafael Bielsa, com muita sensibilidade, aprecia o recurso de **amparo** no tocante ao direito de expropriar, apesar de reconhecer que no sistema argentino, tal recurso não atinja a função da propriedade. Acusando de "ambígua" **a função social da propriedade** como expressão jurídica, reconhece que ela pode ser lesiva do direito de propriedade (ob. cit. pág. 14/15), pois os direitos adquiridos se fundam nos direitos naturais que pressupõem a existência de um fato real ou positivo.

de segurança (juízo de segurança), surgiu **constitucionalmente** para definir relações entre partes que se igualam na qualidade de titulares de direitos. Não para permitir, que no uso de uma supremacia, se efetive a discricionariedade.

Na verdade, a proteção jurídica de um interesse público legítimo, não afasta a proteção de um direito subjetivo, seja esse direito um direito real administrativo ou o direito privado decorrente mesmo no plano do direito público, de mandamentos constitucionais, pois os **regimes constitucionais** nada mais impõem senão que a estrita subordinação do Estado ao direito e às leis.

18. Os Condicionamentos Jurídicos Inafastáveis

De onde se origina, ou provém, o direito líquido e certo nas desapropriações? Na indagação doutrinária, a resposta é uma somente: do ato administrativo expropriatório. E porque, do ato administrativo expropriatório? Simplesmente porque, para as desapropriações, existem regras de procedimento e normas obrigatórias a cumprir pelo poder expropriante.

Como o simples ato declaratório, apesar de sua importância, **não desapropria**, é dele ou da forma dele, pelos seus efeitos, que pode surgir a lesão Não vindo com as características essenciais à sua validade, prejudica-se na sua eficácia jurídica, torna-se inadequado em função da lei ou de certeza jurídica duvidosa.

Num regime de garantias como o nosso, ressalta a importância do processo administrativo para a complementação executória do ato de expropriação na esfera judicial. A garantia constitucional que se dá ao direito de propriedade obriga que o procedimento administrativo (processo preliminar interno), discipline-se à lei, à legalidade substancial ou à legitimidade que tem de estar conforme com a finalidade declaratória.

Reconheça-se, que no instituto da desapropriação, há condicionamentos jurídicos inafastáveis:

a) um que diz respeito à garantia constitucional da propriedade, condição regrada viva em todas as cartas constitucionais, inclusive naquelas onde as limitações políticas são mais flagrantes;

b) outro que recomenda um procedimento administrativo anterior à ação regrado **legalmente**, condição para que o ato expropriatório se apresente eficaz e de acordo com a forma da norma aplicável;

c) outro mais que reflete um motivo determinante de **interesse público**, condição de finalidade determinada por lei ou dentro dos casos que a lei prevê, a salvo das exceções provocadas por acontecimentos anormais.

Na constitucionalidade, na legalidade e no interesse público,

residem os pressupostos básicos expropriatórios. O princípio, que novamente repetimos, de que *"na lei está a permissibilidade expropriatória"*.[39] Faltando, portanto ao ato administrativo de expropriação, os elementos que a legitimam na sistemática normativa constitucional, obviamente abrem-se as vias recursais, e sobretudo, a via da tutela do controle jurisdicional.

19. A Justa Motivação Legal

Portanto: estando carente o ato administrativo expropriatório (o que pode acontecer) dos seus elementos informadores, ou apresentando na sua figuração material falhas que sejam de incompetência (atribuições não previstas), vício de forma (inexistência das formalidades), ilegalidade quanto ao objeto (violação da norma), distorção de motivos (interesse público correspondente) ou desvio de finalidade (excesso-abuso), não se torna ilegitimado e passível de correção?

Acontecendo, no entanto, que o ato que pretenda a expropriação de um determinado bem, ato esse que, pela sua natureza peculiar, produz efeitos diretos, não venha devidamente claro nas circunstâncias de fato ou explícito quanto à finalidade, de que recurso deve lançar mão o particular para ajustar a lesividade à correção jurisdicional, senão o recurso do mandado de segurança?

Pensar de maneira diferente, é o mesmo que acreditar, por incrível que pareça, que todos os atos administrativos expropriatórios surjam perfeitos ou que a ação administrativa não possa sofrer a influência subjetiva do arbítrio consensual. Quanto ao ato administrativo, expropriatório ou não, há sempre de ter suporte em antecedentes (fatos) que lhe servem de motivo (causa) e no direito aplicável.

É conclusivo que, se o ato não cumpre sequer com o requisito de clareza (explicitude), com respeito aos fatos que o sustentam, presume-se que à falta de prova em contrário que a Administração tem a obrigação de produzir como resposta, que o ato não traz no seu conteúdo e forma apesar de formalizado, o antecedente-fato indispensável ao convencimento jurídico, no tocante a sua auto-suficiência e justa motivação legal.[40]

(39) RAFAEL BIELSA – ***Régimen Jurídico de la Expropiación*** – La Ley – Abril, 1965 – Buenos Aires; ALEJANDRO NIETO – ***Lesividad y Expropriación*** – Revista de Administración Pública – Setembro/1964 – Madrid.

(40) Em princípio e tese, consulte-se; JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE – ***La Motivación del Acto Administrativo*** – Madrid, 1967; CAIO TÁCITO – ***O Abuso do poder Administrativo No Brasil*** – Rio de Janeiro, 1959; IGNACIO BURGOA – ***Las garantias Individuales*** – México, 1961; José R. Dromi – ***El Acto Administrativo*** – Buenos Aires, 1973; e também em tese: LUIS PABLO BUSTAMANTE – ***La sentencia de Amparo*** – México, 1949; JUAN FRANCISCO LINARES – ***Los Derechos Protegidos por el Recurso de Amparo*** – Buenos Aires, 1964; RAFFAELE JUSSO – ***Motivo e Motivazione nel Provvedimento Amministrativo*** – Milão, 1963

O que dizer, então, da vontade administrativa divorciada da finalidade específica legal? Desde que tenha de haver uma proporção-vinculante entre o fim da lei e o fim do ato, entre o fim da lei e os meios que a própria lei oferece à feitura do ato, o que juridicamente importa não é a defesa fácil da discricionariedade, mas a denúncia contra uma conduta concreta de parte da Administração, reclamando a correção judicial.

De igual modo, o ato não correspondendo ao fato ou o ato não correspondendo à lei, duas situações se criam envolvendo a urgência de medidas corretivas. Não é preciso que a lei proíba a atuação arbitrária, nem diga que não aceita a finalidade imprópria, porque é dos pressupostos legais que se consagra o direito de expropriar e nasce a legitimação para atuar.

20. Conclusão Geral na Tese do Cabimento da Segurança

Como sabemos, nos direitos internos, a proteção jurisdicional, atende a dois tipos (classes) de tribunais, os administrativos e os judiciários.(41) No sistema constitucional brasileiro, porém, a chamada jurisdição judicial, na sua amplitude, absorve todas as questões contenciosas de gênero e de espécie, sobretudo aquelas que venham a violar garantias ou direitos estabelecidos na Constituição e leis.

Daí o motivo, ao contrário de outros sistemas, no nosso entender mais avançados.(41) No sistema constitucional brasileiro, porém, a chamada jurisdição judicial, na sua amplitude, absorve todas as questões contenciosas de gênero e de espécie, sobretudo aquelas que venham a violar garantias ou direitos estabelecidos na Constituição e leis.

Daí o motivo, ao contrário de outros sistemas, no nosso entender mais avançados,(42) da importância do mandado de segurança como **recurso singular**, ou como ação de natureza especialíssima, a atender aos conflitos entre particulares e a Administração, integrado como está na ordenamento jurídico positivo, visando os atos de governo que se opõem à norma jurídica ou legal.

(41) N/livro – ***Introdução ao Direito Processual Administrativo*** – São Paulo, 1971 – Do mandado de segurança – págs. 312/314.

(42) Na França: ROGER BONNARD – ***Le Contrôle Juridictionnel*** – Paris, 1951; RAYMOND ODENT – ***Le Contentieux Administratif*** – Paris, 1955; PAUL DUEZ – ***La Responsabilité de la Puissance Publique*** – Paris, 1927; Na Itália: RENATO ALESSI – ***Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo*** – Milão, 1953; PIETRO BODDA – ***giustizia amministrativa*** – Roma, 1974. Sobretudo, na literatura italiana, a grande obra geral, de MARIO CAPPELLETTI – ***Il Controlo Giudiziario di Costituzionalitá Delle Leggi Nel Diritto Comparato*** – Milão, 1668.

Já hoje, pela tradição, o mandado de segurança no Brasil, como o **amparo** no México,[43] constituem-se em instrumentos vigorosos de contenção de possíveis abusos administrativos. Como o direito violado vem do fato e o ato dele decorre, tal tipo de ação judicial exprime no sistema, a mais alta manifestação de proteção dos direitos, assegurados pelo Estado.

Para a eficácia da proteção jurídica a lei estabeleceu (Lei nº 1.533/51) regras e trâmites coordenados, através dos quais se levantam os elementos indispensáveis à figuração do direito líquido e certo na controvérsia. Não se compreende, portanto, que nas hipóteses expropriatórias (Decreto-lei nº 3.365/41), não se faça a verificação da verdade para a restauração do direito violado.

Também nas desapropriações, não se pode negar, que atos declaratórios surjam lesivos de direitos individuais, evidentes na ilegalidade ou no abuso de poder. Pela própria natureza do direito em causa, não é a utilidade pública ou o interesse social, que vai o particular contraditar, mas a **lisura** do ato em si pela má execução da lei ou da lei aplicada com espírito autoritário e não raras vezes faccioso na intenção.

(43) IGNACIO BURGOA – ***El Juicio de Amparo*** – México, 1957; A. TRUEBA URBINA – ***Nueva Legislación de Amparo*** – México, 1957; HECTOR ZAMUDIO FIX – ***Algunos Problemas que plantea el Amparo contra las Leyes*** – Boletin do Instituto de Derecho Comparado de México – Janeiro-Abril, 1960; ROMEO LEÓN ORANTES – ***El Juicio de Amparo*** – México, 1957; OCTÁVIO HERNANDEZ – ***Curso de Amparo*** – México, 1966; CARLOS KRIEGER VASQUEZ – ***La Ación, Sentencia e Suspensión en el Juicio de Amparo*** – México, 1958. Não esquecendo, como valiosa contribuição, o largo estudo de HUMBERTO BRISEÑO SIERRA – ***Teoria y Técnica del Amparo*** – 2 Volumes – México, 1966.

GENESIS EDITORA