

# A desapropriação e suas condições constitucionais

RUBEM NOGUEIRA

Do Instituto dos Advogados Brasileiros. Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade Católica da Bahia

**A Declaração dos direitos verdadeiramente não terminou sua função histórica e ainda reveste, na atualidade, o maior interesse.**

JORGE DEL VECCHIO — **Los Derechos del hombre y el Contrato Social** (Trad. esp. de M. CASTAÑO, Edit. Reus, Madrid, s/d, p. 121).

Art. 17 da **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**, adotada pela Assembléia Constituinte francesa de 20 a 26 de agosto de 1789:

**“... Ninguém pode ser privado da propriedade, senão quando a necessidade pública, legalmente justificada, o exige evidentemente e sob condição de uma justa e prévia indenização.”**

**A questão de saber se a desapropriação observou, ou não observou, a exigência constitucional de se destinar ao uso público, ao bem público, à utilidade pública, é da alçada judicial.**

RUI BARBOSA (Parecer de 11-12-1917, in **Revista de Direito**, ano de 1918).

1. Prevê-se, para dentro de pouco tempo, o envio de mensagem do Poder Executivo ao Congresso Nacional, propondo nova lei reguladora das desapropriações por interesse público.

A lei em vigor, sem embargo de bem elaborada, contém vários vícios, alguns de inconstitucionalidade evidente, que a jurisprudência dos tribunais corrigiu, como o do limite da indenização em 20 vezes o valor locativo do bem expropriado. Esse limite veio a ser considerado inconciliável com o mandamento da **justa indenização**, introduzido pelo constituinte de 1934, eliminado pelo de 37 e afinal restabelecido em 1946. Mas outros vícios continuam a perturbar o funcionamento regular do princípio da hierarquia das normas jurídicas, tal o que impede o Poder Judiciário de se pronunciar, no processo de desapropriação, sobre a questão de existirem ou não, em caso concreto, as **condições constitucionais** autorizativas da desapropriação.

Constará da futura lei essa mesma restrição incoerente, criada aos juízes brasileiros pelo decreto-lei de 1941?

Se tal acontecer, o que não é de se esperar da inteligência e liberdade do legislador parlamentar, estaremos reincidindo na violação do texto constitucional que reconhece e garante o direito de propriedade, salvo desapropriação pelo poder público, sujeita, entretanto, às condições da justa indenização prévia, da **necessidade ou utilidade pública** e do **interesse social**.

A Constituição de 25 de março de 1824 já dispunha:

“É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado no valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar essa única exceção e dará as regras para se determinar a indenização” (art. 179, inciso XXII).

Na primeira Constituição republicana, de 24 de fevereiro de 1891, repetiu-se a garantia, com ligeira diferença redacional, conforme o seu art. 72, § 17, **in verbis**:

“O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.”

Em 1934, sem embargo da tônica posta no “interesse social ou coletivo” contra o qual o direito de propriedade não poderia ser exercido, manteve-se o condicionamento da desapropriação “por necessidade ou utilidade pública, nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização”. Era o que prescrevia o art. 113, nº 17, da Constituição de 16 de julho.

A lei a que o constituinte aí se referia não chegou, entretanto, a ser editada até a dissolução do Congresso Nacional pelo golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, e assim as desapropriações continuaram regidas pela legislação anterior (Lei nº 1.021, de 25-8-1903, e Decreto nº 4.956, de 9-9-1903).

Foi o regime da Carta outorgada de 1937 que ensejou a reforma da disciplina jurídica das desapropriações, com a promulgação do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, cuja feitura se atribui ao jurista CARLOS MEDEIROS SILVA. Note-se que o texto constitucional então vigente assegurava o direito de propriedade "salvo desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia" (art. 122, nº 14).

A Constituição de 1946 conservou o direito e a garantia nos termos tradicionais, acrescentando a locução "em dinheiro" à cláusula da "prévia e justa indenização".

Por fim, a Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69, no art. 153, § 22, subordina a desapropriação às condições da "necessidade ou utilidade pública" e do "interesse social", "mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária".

2. A lei ordinária, porém, ainda é a promulgada pela ditadura, quando o Poder Legislativo era cumulativamente exercido pelo Chefe do Executivo. Nela dois artigos, sobretudo, limitam a ação do Poder Judiciário: o 9º e o 20. Dispõe o art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365/41:

"Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública."

O art. 20, por sua vez, reza:

"A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço. Qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta."

Restrição análoga à do art. 9º da lei vigente já se continha no Decreto nº 4.956/1903, que aprovou o regulamento da Lei nº 1.021 daquele ano. O Supremo Tribunal Federal, contudo, teve a oportunidade de afirmar que a proibição imposta à autoridade judicial pelo art. 10 do Decreto nº 4.956, de 1903, era **inaplicável por inconstitucional**. O acórdão unânime, de 30 de dezembro de 1915, em que se consignou esse notável julgamento, foi subscrito, entre outros, pelo Ministro PEDRO LESSA (cf. **Revista de Direito**, de Bento de Faria, ano de 1916, vol. 41, pág. 537). E RUI BARBOSA, em ensaios jurídicos (pareceres e arrazoados forenses), demonstrou convincentemente que, nos termos da ga-

rantia contida no art. 72, § 1º, da Constituição de 91, tinha toda legitimidade a verificação judicial dos pressupostos da desapropriação, **nos mesmos autos da ação expropriatória** (v. seu Parecer de 11 de dezembro de 1917, na **Revista de Direito**, cit., vol. 48, pág. 273, parcialmente transcrito no vol. V dos seus **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, coligidos e ordenados por HOMERO PIRES, Edit. Livraria Acadêmica, São Paulo, 1934, págs. 414-420; e "A desapropriação da S. Paulo Northern Railroad Company — Recurso Extraordinário nº 1.555 — Rio de Janeiro, 1922 — Razões do recurso pelo Conselheiro RUI BARBOSA").

A doutrina de RUI sobre essa matéria **revelou o direito nacional**, conforme se exprime PONTES DE MIRANDA, partidário também da competência verificadora das condições da desapropriação pelo Poder Judiciário, não em ação autônoma, mas naquela mesma em que o desapropriado oferece contestação ao preço proposto pelo desapropriante.

Para PONTES DE MIRANDA o Judiciário só não examinará a existência ou inexistência dessas condições de desapropriação no processo em que ela se efetiva, **se o dono do bem prefere a discussão na outra ação que intentou**. Excluída tal hipótese, **o juiz deve admitir a discussão dos pressupostos necessários à desapropriação**.

O grande comentador das Constituições brasileiras de 34, 37, 46 e 67 estuda esse tema não apenas à luz do dispositivo específico disciplinador da garantia do direito de propriedade, mas também a partir do § 4º do art. 153 (a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual), inexistente, como se sabe, no regime constitucional de 1891. Segundo o seu pensamento, **quando o constituinte vedou que a lei excluísse da apreciação judicial qualquer lesão de direito individual, não lhe permitiu que deixasse a ações tardias a apreciação de atos que, sem o exame imediato, estariam consumados**. E com relação à jurisprudência formada entre os anos de 1930 e 1934, 1937 e 1946, PONTES DE MIRANDA considera-a **imprestável, pelo clima político em que se destilou**. Os votos vencidos nela consignados, afirma com o peso de sua reconhecida autoridade científica, **os votos vencidos é que estavam na linha do direito brasileiro**.

3. É o caso, portanto, de restaurar, na futura lei, **o direito brasileiro** que continua a não estar, **data venia**, nos acórdãos que, deixando de lado, habitualmente, a exegese do sentido e alcance das garantias inscritas nos §§ 4º e 22 do art. 153 da Constituição, simplesmente aceitam as restrições do art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365/41. Esse dispositivo, escreve PONTES DE MIRANDA, se já era contrário à própria Carta de 1937, **multiplicadamente o é, e evidentemente, desde a promulgação da Constituição de 1946**.

4. No Supremo Tribunal Federal até hoje não foi em profundidade considerado o problema da inconstitucionalidade do art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365/41. Numerosos acórdãos têm preferido partir da mera **legalidade** da proibição estabelecida para que o Judiciário exerça o

seu soberano papel de intérprete definitivo da legitimidade constitucional dos atos dos demais Poderes. No penúltimo desses acórdãos, funcionando o Tribunal Pleno, foi posto em relevo que "a jurisprudência brasileira e o próprio Supremo Tribunal Federal admitiram como constitucional" a vedação em foco, sem aduzir maiores razões. Mas no meio da jurisprudência aí referida se inclui, sem dúvida, aquela que PONTES DE MIRANDA tachou de **imprestável, pelo clima político em que se des-  
tilou.**

O pensamento atual do Supremo Tribunal Federal, ao que parece, é de todo obediente ao que prescreve a **lei ordinária** sobre aquilo que RUI dizia ser antes de tudo uma questão **constitucional**, a saber, a de poder o Judiciário verificar, na própria ação expropriatória, se se observam, ou não, as exigências constitucionais de qualquer desapropriação. A lei em vigor impede que os juízes o façam no processo de expropriação, o que, como vimos, contraria a Constituição, segundo os seus maiores intérpretes no campo da doutrina. Os juízes têm admitido, como **ratio decidendi**, uma fraca razão de ordem pragmática, isto é, que a lei inseriu a proibição a benefício da **celeridade da expropriação**. Não se dá outro argumento para explicar a preterição dos textos constitucionais pelos arts. 9º e 20 do Decreto-Lei nº 3.365/41 (v. acórdão unânime de 12-6-1974, no Mandado de Segurança nº 19.961-DF, in **Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 71, págs. 314-322). Em julgamento posterior (Rec. Extraord. nº 85.550-SP, ac. de 22-2-1978, in **RTJ**, vol. 87, págs. 542-562), a razão de decidir é idêntica, no particular, tanto que o Relator invoca o precedente de 1974.

No entanto, o estadista que por influência da conjuntura se esforçou por justificar a necessidade de dar ao governo da época o poder de desapropriar desembaraçadamente, graças à proibição imposta aos juízes do país para o exame do tema **fundamental** (veja-se a Exposição de Motivos do Ministro da Justiça, encaminhando ao Presidente da República, para sua sanção, o projeto de Decreto-Lei que tomaria o número 3.365), o próprio FRANCISCO CAMPOS, opinando mais tarde como jurisconsulto, e dos maiores que já tivemos na esfera do Direito Público, veio a concordar com RUI BARBOSA e PONTES DE MIRANDA.

Em extenso parecer sobre a natureza do poder de desapropriar e a latitude do poder de justiça na apreciação dos fundamentos do decreto desapropriatório, concluiu, após profunda incursão no direito constitucional comparado, pela inconstitucionalidade da proibição contida no art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365/41. Com abundância de argumentação lógico-jurídica, afirmou a competência do Poder Judiciário para verificar, **nos autos da ação de desapropriação**, a existência ou inexistência dos pressupostos da expropriação, sob pena de fraude à garantia constitucional que a seu ver **visa precisamente resguardar ou defender a propriedade particular contra o abuso, a discricção ou o arbítrio do poder administrativo**. Ampliando a apreciação crítica do art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365, revela, em face da proteção devida ao direito de propriedade,

a inexpressividade do argumento relativo à suposta necessidade de rapidez do processo expropriatório, tão do agrado do comodismo intelectual na aplicação jurisdicional daquele dispositivo da lei ordinária. Poderia — indaga FRANCISCO CAMPOS — poderia a lei privar, dessa maneira, o Poder Judiciário da sua competência constitucional de, em qualquer oportunidade em que se invoque perante ele um ato administrativo, para privar um indivíduo da sua liberdade ou da sua propriedade, examinar a conformidade do ato com a lei ou com a Constituição? É claro que a lei não poderia fazê-lo, a menos que estivesse no seu poder, o que, evidentemente, não está, a transformação do Poder Judiciário numa simples chancelaria destinada ao registro dos atos administrativos, com a função subalterna de verificar apenas o seu aspecto puramente formal e de lhes prestar a autenticidade, mediante a aposição nos mesmos do seu carimbo ou selo privativo. Ora, esta nunca foi, nem poderia ser, ainda que por determinação legal, a função do Poder Judiciário.

Em que momento, pois, se dará a intervenção judicial para verificar se a desapropriação se harmoniza com os seus requisitos constitucionais? O exame do ato expropriatório, sob o ponto de vista de sua legalidade ou de sua constitucionalidade — responde o juriconsulto mineiro — **se impõe ao Poder Judiciário desde logo, ou, precisamente, na oportunidade em que se incumbe a execução do mesmo.**

O Ministro da Justiça de 1941, o ideólogo do Estado Novo, rendeu-se à evidência da doutrina de RUI BARBOSA, que juízes do estofo intelectual de PEDRO LESSA e VIVEIROS DE CASTRO acolheram em seus votos e, mais tarde, PONTES DE MIRANDA veio a fixar em páginas substanciais do volume quinto de seus comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69. “No processo de desapropriação — sustenta FRANCISCO CAMPOS — e, precisamente, na sua fase judiciária, é que se configura a oportunidade adequada de defender-se o proprietário contra a desapropriação ilegítima, ilegal ou inconstitucional, pois naquele processo, e mediante a autoridade do Poder Judiciário, é que ele poderá ver-se privado de um direito que lhe é garantido na Constituição.” E, com uma concisão e clareza que espancam toda dúvida acerca da necessidade de restaurar-se a supremacia judicial no reconhecimento imediato da observância das exigências constitucionais do ato expropriatório, acrescenta:

“O art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, não pode, portanto, à evidência, produzir o efeito, nele declarado, de subtrair à apreciação do Poder Judiciário, no próprio processo de desapropriação, as condições constitucionais e legais que tornam legítimo o apoderamento da propriedade particular pelos agentes da autoridade pública” (FRANCISCO CAMPOS, **Direito Constitucional**, I vol., Liv. Freitas Bastos, Rio, 1956, págs. 173 a 191).

5. A ação de mandado de segurança, que o STF acolhe como adequada ao controle dos pressupostos constitucionais da desapropriação, nem sempre socorre o expropriado vítima de uma arbitrariedade disfarçada. Afinal, o mandado de segurança também tem os seus requisitos, como o do direito líquido e certo, da prova dos **atos certos e incontroversos** a ser feita, de plano, pelo impetrante. Não raro acontece ser o dono do bem apanhado de surpresa pela ação pronta do Poder Executivo, normalmente apto, como se sabe, a dissimular propósitos arbitrários nas entrelinhas de um decreto expropriatório, ficando o expropriado sem ter meios de, no prazo extintivo da medida de defesa, comprovar **initio litis**, através de documentos, o vício inaparente do ato governamental. Perdida a oportunidade de ajuizar o **remedium juris** excepcional, restam-lhe os lentos e dispendiosos procedimentos ordinários, notoriamente incapazes de obstar à perda de sua propriedade.

O espírito da garantia contida no art. 153, § 22, da Constituição, não parece compatibilizar-se com a norma jurídica inferior que nega ao expropriado a faculdade de impugnar a expropriação por motivo de não se verificarem as suas condições constitucionalmente estabelecidas, nos autos da ação em que ela se concretiza. Os arts. 9º e 20 do Decreto-Lei nº 3.365 colidem com a garantia conferida ao proprietário pela Constituição. Esta, no particular, considera no mesmo nível jurídico o titular do direito de propriedade e o Estado. Se é certo que põe como limite do direito do proprietário a desapropriação pelo Estado, não menos certo é que subordina esta à condição **sine qua non** da utilidade pública ou necessidade pública e do interesse social, mediante prévia e justa indenização.

A lei ordinária, contudo, privilegia o Estado, quando em seu exclusivo benefício inviabiliza, no curso do processo expropriatório, o controle judicial de constitucionalidade do ato de desapropriação.

Infelizmente, até aqui o STF tem captado apenas (salvo magníficas exceções louvadas pela **communis opinio doctorum**) a simples vontade do legislador, ou quando muito a **mens legis**, em lugar de pesquisar o espírito do texto **constitucional**. No MS nº 19.983, impetrado pelo Governo da Bahia contra ato do Governador de Pernambuco (ac. de 27-8-1975, in **RTJ**, vol. 77, pág. 48), o voto vencedor fez questão de acen-  
tuar:

“Da combinação do art. 20 com o art. 9º do sobredito diploma legal (referência ao Decreto-Lei nº 3.365/41) transparece o pensamento legislativo de proibir se questione assunto complexo na demanda desapropriatória exatamente para não lhe retardar o desfecho.”

Sempre e só, o argumento da conveniência de assegurar a rapidez do procedimento expropriatório, que seria um presumido corolário imediato da lei, mas não da Constituição, que é a fonte necessária e fundamental da disciplina da matéria. De resto, desde quando a “celeridade” é um **valor jurídico** a preservar?

6. Se ao Poder Judiciário, no regime de supremacia da Constituição, cabe o dever de declarar a invalidade das leis ofensivas de normas constitucionais, e sendo a utilidade ou necessidade pública e o interesse social requisitos explicitamente postos na Constituição para legitimar as desapropriações, haverá uma lesão ao postulado em que se traduz o **princípio da unidade e da coerência (ausência de contradições) da ordem jurídica** (KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. port. de J. BATISTA MACHADO, ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1979, pág. 256), quando a norma jurídica subordinada proíbe aos órgãos do Poder Judiciário verificar a alegada inconstitucionalidade de uma desapropriação, no processo mesmo em que ela se realiza.

Não podemos deixar de ter em conta as circunstâncias históricas em que surgiu o Decreto-Lei nº 3.365/41, assim como o seu fim. Vivíamos debaixo de um dos regimes mais autoritários da história política brasileira. O governo estava empenhado em construir celeremente, no centro urbano da então Capital da República, uma grandiosa obra urbana, que demandaria recursos financeiros superiores aos modestos orçamentos públicos da época. Mas isso era o de menos, porquanto o Chefe do Executivo enfeixava em suas mãos o Poder Legislativo. Foi nessa atmosfera espiritual que se formou o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, reforçado, nove meses mais tarde, pela Lei Constitucional nº 5, de 10 de março de 1942, que emendou os arts. 166, 168 e 122, nº 14, da Constituição (onde se previam a garantia do direito de propriedade e a desapropriação por necessidade ou utilidade pública). Uma das consequências da reforma do art. 168 foi a **suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade** de súditos de Estados estrangeiros que por qualquer forma houvessem praticado atos de agressão prejudiciais a bens e direitos do Brasil.

Com esse instrumental coativo construiu-se em pouco tempo a avenida que tomou o nome do Chefe do Governo. Para tanto, o Ministério da Justiça teve o cuidado de prevenir possíveis dificuldades, introduzindo o preceito proibitivo da verificação judicial das exigências constitucionais das desapropriações, **no processo de desapropriação**.

Mas os tempos de hoje são muito outros. O Poder Judiciário está na plena posse de sua autoridade de intérprete final da Constituição e as linhas mestras do Estado de Direito foram restabelecidas no País. O Congresso Nacional, e não mais o Chefe do Executivo, terá o encargo de refazer a lei reguladora das desapropriações e certamente há de elaborá-la com o máximo de fidelidade ao espírito do § 22 do art. 153 da Constituição. No seu seio existem também juristas de valor e políticos identificados com a realidade social brasileira. Sua Comissão de Constituição e Justiça, por outro lado, procura sempre cumprir o seu elevado papel regimental. É justo, pois, esperar que de lá venha a sair um projeto de lei ordinária isento da incongruência de criar limites ao controle jurisdicional da constitucionalidade das desapropriações por interesse público.