Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 8 – outubro/novembro/dezembro de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

O DESVIO DE FINALIDADE NA AÇÃO EXPROPRIATÓRIA: INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41

Profa. Rita Tourinho
Promotora de Justiça do Estado da Bahia, mestre em Direito Público pela UFPE, Professora de Direito Administrativo.

1. INTRODUÇÃO

Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez[1] a propriedade não é um direito absoluto, devendo servir a uma necessidade coletiva para subsistir e manter-se.

Dentre as formas de intervenção do Estado na propriedade privada voltadas à satisfação de interesses públicos, a desapropriação é apontada como a mais drástica, uma vez que acarreta a perda de todos os direitos dominiais incidentes sobre a propriedade.

Roberto Dromi conceitua a desapropriação como "instituto de direito público mediante o qual o Estado, para o cumprimento de um fim de utilidade pública, priva coativamente da propriedade de um bem o seu titular, seguindo um determinado procedimento e pagando uma indenização prévia, em dinheiro, integralmente única e justa"[2].

Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta um conceito mais completo, que procura incluir características de todas as modalidades de desapropriação admitidas em nosso sistema jurídico. Assim, para o autor a desapropriação se caracteriza como

---

[1] Enterría, Eduardo García e Fernandez, Tómas-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo.* Madri: Civitas, 2000, vol. II, p. 222.

[2] Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 817

> *procedimento administrativo, através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo os casos de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado o seu valor real*[3].

Pelo conceito apresentado por Celso Antônio identificamos características da desapropriação ordinária, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, que possui como requisitos a necessidade pública[4], utilidade pública ou o interesse social e, ainda, o pagamento de indenização prévia justa e em dinheiro. Identifica-se, ainda, no referido conceito, as desapropriações extraordinárias, ou seja, aquelas que incidem sobre imóveis urbanos ou rurais em desacordo com a sua função social, conhecidas, também, como desapropriações de caráter sancionatório[5].

Temos, então, no art. 182, parágrafo 4º, III da Cara Constitucional a desapropriação urbanística sancionatória, de competência apenas do município, que incide sobre imóveis urbanos. As normas gerais da desapropriação urbanística sancionatória foram estabelecidas na Lei Federal nº 10.257/2001, denominada de Estatuto da Cidade. Tal desapropriação incide sobre solo urbano, incluído no plano diretor, não utilizado, subutilizado ou não edificado, nas condições estabelecidas no referido plano ou legislação dele decorrente. A sua incidência somente ocorrerá depois de adotadas, sem resultados, as seguintes providências: 1- notificação, em prazo certo, para a edificação ou parcelamento do solo, a depender do tamanho da área do imóvel[6]; 2- imposição de imposto sobre a propriedade predial ou territorial urbana progressivo no tempo[7]. Nesse caso, o pagamento da indenização será feito através de títulos da dívida pública, com emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, resgatáveis no prazo de até dez anos. Concordamos com aqueles que pensam que tal modalidade de desapropriação será de difícil aplicação, uma vez que o proprietário do imóvel dificilmente se quedará inerte diante da notificação do Poder Público ou, o que é pior, da incidência do IPTU

---

[3] Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2004, p.759.

[4] Necessidade pública é aquela que decorre de situações de emergência, cuja solução exija a desapropriação do bem. Utilidade pública ocorre quando há para a Administração Pública a conveniência da transferência do bem de terceiro para o seu patrimônio. Interesse social ocorre quando o objetivo da Administração Pública com a desapropriação é minimizar as desigualdades sociais, quando as circunstâncias impõem a distribuição ou condicionamento da propriedade, para o seu melhor aproveitamento. (Cf. Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* Malheiros: São Paulo, 2002, p. 568)

[5] Di Pitro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2002, p. 154.

[6] O parcelamento, gênero cujas espécies são: o loteamento, o desmembramento e o desdobramento, deve obediência às normas gerais da Lei Federal nº 6.766/79. Já as edificações devem observar as disposições contidas na Lei Federal nº 4.591/64. (Cf. Harada, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 53).

[7] Conforme o art. 8º, da Lei 10.257/01, a incidência do IPTU progressivo ocorrerá mediante majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

progressivo.

Temos, também, como modalidade de desapropriação extraordinária a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, prevista no art. 184 da Constituição Federal, desde de que atendido o quanto dispõem os artigos 185 e 186. Essa modalidade de desapropriação compete unicamente à União e incidirá sobre imóveis rurais que não estejam cumprindo a sua função social (art.186, CF). A indenização neste caso, apesar de prévia e justa, far-se-á mediante títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, ressalvando-se as benfeitorias necessárias e úteis que serão pagas em dinheiro. Vê-se que o pagamento em títulos somente poderá incidir sobre a terra nua. Dita indenização não incide sobre pequena ou média propriedade exclusiva ou sobre propriedade produtiva (art. 185, da CF).

Ainda como forma de desapropriação extraordinária, alguns doutrinadores apontam a desapropriação confiscatória, prevista no art. 243, da Carta Constitucional, que tem como objeto glebas em que sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, as quais passam a ser destinadas ao assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem pagamento de qualquer indenização ao proprietário. È a ausência de indenização que faz com que alguns doutrinadores considerem essa modalidade de desapropriação como um verdadeiro confisco[8].

2. ASPECTOS GERAIS DA DESAPROPRIAÇÃO ORDINÁRIA

O art. 5º, XXIV da Constituição Federal apresenta a desapropriação ordinária ou comum. Esta espécie de desapropriação está regulada no Decreto-Lei 3.365/41, considerada a lei geral da desapropriação, que aborda os casos de necessidade e utilidade pública, e na Lei 4.132/62, voltada à desapropriação por interesse social.

Apesar da divergência doutrinária quanto à natureza jurídica da desapropriação[9], a maioria dos autores a considera como um procedimento administrativo. Nesta condição, a desapropriação se desenvolve em duas fases: uma fase declaratória e uma fase executória.

Na fase declaratória o Poder Público manifesta a sua intenção de

---

[8] Esse é o entendimento de Hely Lopes Meirelles (Cf. Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* Malheiros: São Paulo, 2002, p. 568), acolhido por Diógenes Gasparini (Gasparini, Diógenes. *Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 665.).

[9] Há aqueles que consideram a desapropriação um instituto de Direito Constitucional, projetando-se para o Direito Civil (Cf. Masagão, Mário, *apud* Bevilacqua, Clóvis. *Comentários ao Código Civil.* Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1945, v. III, p. 133). Outros consideram um instituto misto, regido em parte pelo direito privado e em parte pelo direito público (Cf. Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 818). Há aqueles que. Como nós, entendem que se trata de um instituto regido pelo direito público (Fiorini, Bartolome A. *Manual de Derecho Administrativo.* Buenos Aires: La Ley, 1968, p. 870.

desapropriar o bem[10], ou seja, declara a utilidade pública ou interesse social do objeto para fins de desapropriação. Consiste na especificação do bem a ser transferido de forma compulsória para o domínio da Administração[11].

Trata-se de ato administrativo[12], cuja competência alcança todas as pessoas federativas[13]. Assim, essa declaração cabe ao Chefe do Executivo da entidade política interessada na desapropriação (art. 6º, Decreto-lei 3.365/41). Permite-se, ainda, ao Poder Legislativo tomar a iniciativa da desapropriação (art. 8º), cabendo ao executivo, neste caso, praticar os atos necessários à sua efetivação. Este poder declaratório também foi atribuído a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), através do art. 10 da Lei nº 9.074/95, com redação dada pela Lei nº 9.648/98.

Quanto ao conteúdo da declaração expropriatória, apesar da lei silenciar a respeito, a doutrina vem entendendo que a mesma deverá individualizar o bem ou bens passíveis de desapropriação, o fim a que se destina a desapropriação e, para alguns, deverá apresentar também o fundamento legal em que se embasa o Poder expropriante[14]. Há autores, a exemplo de Rubens Limongi França, que se referem ainda à necessidade de indicação dos recursos orçamentários destinados ao atendimento da finalidade[15].

O ato administrativo de declaração de utilidade pública ou interesse social é capaz de produzir uma série de efeitos. Dentre os efeitos apontados pela doutrina[16] temos: a) submeter o bem à força expropriatória do Estado; b) fixar o estado do bem, ou seja, estabelecer as suas condições, benfeitorias existentes, tendo em vista o cálculo da futura indenização; c) conferir às

---

[10] Vale esclarecer que a regra é que todos os objetos materiais e imateriais suscetíveis de valor econômico podem ser objetos de desapropriação, salvo algumas exceções que deixaremos de abordar neste trabalho para que não haja distanciamento do tema central.

[11] Meirelles, Hely. Lopes *Direito Administrativo Brasileiro.* Malheiros: São Paulo, 2002, p. 573.

[12] Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2003, p. 655.

[13] Segundo Eduardo García de Enterria e Tómas-Ramón Fernandez "só este tipo de entes representam os fins gerais e abstratos da Administração e por isso só tais entes podem ser titulares dos poderes públicos superiores, entre os quais, indubitavelmente, está o expropriatório"(Enterría, Eduardo García e Fernandez, Tómas-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo.* Madri: Civitas, 2000, vol. II, p. 222).

[14] Assim entendem Celso Antônio Bandeira de Mello (Cf. Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2004, p.772) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Cf. Di Pitro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2002, p.157). Em sentido contrário é o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, segundo o qual a indicação do dispositivo legal é uma conveniência e não uma obrigação, uma vez que basta a menção específica do destino do bem para se verificar se a lei prevê ou não a hipótese (CF. Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2003, p. 654.).

[15] França. Rubens Limongi. *Manual Prático das Desapropriações.* Rio de Janeiro: Lumens Júris, 1987, p.40.

[16] Tais efeitos são abordados por Celso Antônio (Cf. Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2004, p.772), por Carvalho Filho (Cf. Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2003. p. 656) e por Maria Sylvia (Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2002, p. 157), dentre outros.

autoridades competentes permissão para ingressar no bem com o propósito de fazer verificações e medições[17]; d) início da contagem do prazo para a caducidade do ato[18].

A fase executória, por sua vez, se caracteriza pela adoção de providências para efetivar a desapropriação, com a transferência da propriedade para o expropriante. Essa fase poderá ser administrativa ou judicial.

A via administrativa consubstancia-se no acordo firmado entre o expropriante e o expropriado, reduzido a termo para a transferência do bem expropriado[19]. Tratando-se de imóvel, exige-se escritura pública para transcrição no registro imobiliário competente, salvo os casos em que a lei prevê a utilização de instrumento particular[20]. Concordamos com Diógenes Gasparini[21] quando aduz que a desapropriação amigável não poderá ocorrer caso existam dúvidas quanto ao domínio ou quanto aos documentos que o embasam.

Não havendo acordo entre o expropriante e o expropriado, recorrer-se-á à via judicial, com a propositura da respectiva ação que obedece ao rito especial, previsto no Decreto-lei nº 3.365/41, que admite a aplicação supletiva do Código de Processo Civil, no que for omisso.

Possui legitimidade para propor a referida ação não somente as pessoas políticas, como também os entes da administração indireta, concessionários e permissionários de serviço público, quando autorizados por lei ou contrato (art. 3º, do Decreto-lei 3.365/41). O foro competente será o do local do bem.

Quanto à contestação do expropriado – principal ponto deste trabalho - o art. 20, do Decreto-lei antes referido aduz que "a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida em ação direta".

Ora, a questão que se coloca à discussão é a seguinte: ocorrendo desvio de finalidade, este poderá ser argüido e apreciado na ação de

---

[17] Concordamos com Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando afirma que a resistência do proprietário ao ingresso da autoridade competente na sua propriedade não permite a entrada compulsória, com utilização da força policial, sendo necessária prévia autorização judicial, em virtude do princípio da inviolabilidade do domicílio, previsto no art. 5º, XI da Carta Constitucional (Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2002, p. 159).

[18] O art. 10, do Decreto-lei nº 3.365/41 prevê a caducidade da declaração expropriatória caso a desapropriação não se efetive mediante acordo ou judicialmente dentro de **cinco anos**. No caso de desapropriação por interesse social o prazo de caducidade se reduz para **dois anos** (art. 3º do Decreto-lei nº 4.132). No que concerne ao prazo de caducidade previsto no Decreto-lei nº 3.365/41 este não é definitivo, desde quando a parte final do art. 10 determina que "decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração".

[19] Meirelles, Hely Lopes *Direito Administrativo Brasileiro.* Malheiros: São Paulo, 2002, p.575.

[20] A lei nº 6.16/74 admite, nos casos de desapropriação no nordeste, a utilização de instrumento particular.

[21] Gasparini, Diógenes. *Direito Administrativo.* Saraiva: São Paulo, 2004, p.699.

desapropriação?

Se fossemos levados por uma interpretação precipitada do art. 20, diríamos que não. Tal entendimento precoce se acentua caso se observe o disposto no art. 9º segundo o qual "ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública". Porém, a questão não é tão simples quanto parece, tendo levado a entendimentos divergentes na doutrina. Faremos uma análise do instituto do desvio da finalidade, confrontado com a desapropriação, apresentando, ao final, nosso posicionamento.

3- O DESVIO DE FINALIDADE NA DESAPROPRIAÇÃO

É característica do direito privado a autonomia de vontade dos sujeitos. Já no direito público, especificamente no campo do Direito Administrativo, impera a obrigação dos agentes públicos de realizarem os interesses que as leis lhes entregam. Deste modo, demarcado o fim na norma, nasce para a Administração Pública o dever de realizá-lo[22].

O administrativista gaúcho, Rui Cirne Lima[23] afirma que na Administração Pública o bem não está vinculado à vontade ou personalidade do administrador, e sim à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir.

A soma dos fins atribuídos aos agentes públicos delimita as situações de fatos em que estes devem agir, hipóteses em que são conferidas atribuições àqueles que correspondem a uma parcela de sua competência[24]. Mesmo naqueles casos em que é conferida uma margem de liberdade ao agente público para decidir quanto à conveniência ou oportunidade do seu ato, este tem o dever de atuar obedecendo na sua escolha aos princípios norteadores da Administração Pública. Assim, apesar do Poder Público possuir a prerrogativa de decidir quando e o que pretende desapropriar, este jamais poderá desligar-se, nesta escolha, dos princípios que regem a atividade administrativa.

O desvio de poder aloja-se na finalidade do ato e ocorre quando, no manuseio de sua competência, o agente público evade-se ao fim previsto na norma jurídica, de forma expressa ou tácita, e busca interesse diverso daquele que deveria ser buscado[25]. Configura o desvio de poder tanto a conduta que visa a um fim público, porém diverso daquele previsto na norma legal, como

---

[22] Queiró, Afonso Rodrigues. A Teoria do "Desvio de Poder" em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 6, p. 52, 1968.

[23] Rui Cirne Lima. *Princípios de Direito Administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 22.

[24] Queiró, Afonso Rodrigues. A Teoria do "Desvio de Poder" em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 6, p. 53, 1968.

[25] Bandeira de Mello, Celso Antônio. O Desvio de Poder. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n. 172, p. 6, abr./jun. 1988.

aquela que busca dar vazão a interesses particulares.

Com efeito, atua com desvio de poder o ente expropriante que estabelece como finalidade da desapropriação a implantação de parcelamento popular voltado às classes de menor renda, e se vem a constatar que se pretende a instalação de uma indústria naquela área. Vê-se, então, que houve uma finalidade diversa daquela estabelecida na declaração expropriatória e, neste caso específico, com vedação legal de alteração de finalidade (parágrafo 3º do art. 5º do Decreto-lei 3.365/41). Da mesma forma, incidirá neste vício o administrador público que decide desapropriar um bem com o único propósito de perseguir o expropriado, seu inimigo político, ou que desapropria para construção de um hospital e verifica-se que pretende alienar o imóvel.

Para que se verifique o desvio de poder é preciso que exista ânimo predeterminado de atender a outros interesses distintos daqueles previstos na lei[26], sendo suficiente para sua caracterização que se demonstre que o administrador público agiu conscientemente apartado do fim previsto na norma, não se fazendo necessário apontar o fim efetivamente visado[27].

Há divergências doutrinárias quanto à localização do desvio de poder. Alguns autores entendem que o desvio de poder constitui afronta ao princípio da moralidade[28], uma vez que, apesar de a lei não poder vincular toda atividade do administrador, esta sempre estará vinculada à moralidade administrativa. Maurice Hauriou afirma que "a noção de excesso de poder é muito mais extensa que a de legalidade; corresponde à moral que é mais extensa que o direito"[29]. Para o mestre de Toulouse, a tese do desvio de poder submetia a Administração a um controle de moralidade. Assim, o desvio de poder seria caracterizado pela utilização do poder para fins ou motivos diversos daqueles para os quais este poder foi atribuído, isto é, diferentes daqueles que impõe a moralidade administrativa, pressupondo um juízo das intenções da Administração.

Outros entendem que o desvio de poder é vício de legalidade, pois a concepção ética do desvio de poder estaria na própria lei[30]. Com efeito, o fim da lei é o mesmo que seu espírito, e o espírito da lei faz parte da lei em si mesma.

---

[26] Marin, Carmen Chinchilla. *La Desviacion de Poder.* Madri: Civitas, 1999. p. 120.

[27] Marin, Carmen Chinchilla. *La Desviacion de Poder.* Madri: Civitas, 1999. p. 125.

[28] Neste sentido é o posicionamento de Maurice Hauriou (Cf. Hauriou, Maurice. Précis Élementaire de Droit Administratif. Paris: Recueil Sirey, 1938. *A*pud Brandão, Antônio José. Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 25, p. 458, jul./set. 1951.).

[29] Hauriou, Maurice. Précis Élementaire de Droit Administratif. Paris: Recueil Sirey, 1938. Apud Queiró, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo.* Coimbra: Coimbra Editora, 1940. p. 64.

[30] Pensam desta forma Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (Cf. Enterría, Eduardo García de, Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I.* Madri: Civitas, 2000. p. 468.), assim como Carmen Chinchilla Marin (Cf. Marin, Carmen Chinchilla. *La Desviacion de Poder.* Madri: Civitas, 1999. p. 175) e S. Martín-Retortillo (Cf. Martín-Retortillo, S. *La Desviación de Poder en el Derecho Español.* Madri: RAP, 1957. p. 134.).

Carmen Chinchila Marin[31], após afirmar que o desvio de poder é vício de legalidade, aduz que ao Direito e ao Tribunal responsável pela sua aplicação, somente interessa a "moral" na medida em que a mesma se identifica com valores expressos nas normas, ou seja, acredita que a moralidade administrativa está contida no princípio da legalidade.

O artigo 2º da Lei nº 4.717/65 afirma a nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público no caso de desvio de poder, colocando-o, assim, como vício de legalidade[32].

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello "se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí porque os atos incursos neste vício – denominado "desvio de poder" ou "desvio de finalidade" – são *nulos.* Quem desatende ao fim legal desatende à *própria lei*"[33]

Acolhemos a tese do desvio de poder como vício de legalidade, contido na finalidade do ato administrativo, cuja ocorrência levará a sua nulidade.

Ora, no caso da desapropriação, observando-se o desvio de poder na declaração expropriatória, este poderá ser reconhecido pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, culminado com a nulidade do ato administrativo, ou seja, da declaração.

Ocorre que, em virtude do disposto no art. 20, da Lei nº 3.365/41, muitos negam a possibilidade de argüição do desvio de poder na própria ação de desapropriação, posição que para nós não condiz com as normas jurídico-administrativas abraçadas no nosso ordenamento jurídico.

4. DA ARGÜIÇÃO DO VÍCIO DE DESVIO DE FINALIDADE NA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO: INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ARTIGO 20 DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro "à vista dos artigos 9º e 20 da Lei de Desapropriação, se houver alguma ilegalidade no ato declaratório de utilidade pública ou interesse social, quanto à competência, à finalidade, à forma ou mesmo quanto aos fundamentos, o expropriado terá que propor "ação direta"..[34]"

---

[31] Marin, Carmen Chinchilla. *La Desviacion de Poder.* Madri: Civitas, 1999. p. 175.

[32] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991. p. 110.

[33] Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2004, p. 97.

[34] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991. p. 161.

Hely Lopes Meirelles expõe que no processo de desapropriação

> *"é vedado ao juiz entrar em indagações sobre a utilidade, necessidade ou interesse social declarado como fundamento da expropriação (art.9º), ou decidir questões de domínio ou posse. Nada impede, entretanto, que por via autônoma, que a lei denomina "ação direta"(art. 20), o expropriado peça e obtenha do Judiciário o controle de legalidade do ato expropriatório"*[35].

Nessa linha, Diógenes Gasparini aduz que "o desvio de finalidade não é vício que nulifica a nova destinação. Sua ocorrência só enseja ao expropriado o direito de *retrocessão"*[36]. Também advoga o mesmo posicionamento Odete Medauar[37].

Apesar de reconhecer a vasta contribuição doutrinária apresentada pelos referidos doutrinadores, inclusive em matéria de desapropriação, não comungamos com tal entendimento.

Sabe-se que o desvio de finalidade é vício que leva a nulidade do ato. Seabra Fagundes[38] afirma que tal vício viola regra fundamental havida como de obrigatória obediência pela sua natureza e pelo interesse público que a fundamenta. Em conseqüência, com a presença de tal vício, o ato se torna absolutamente inválido, ou seja, não opera efeitos. Por fim, acrescenta o renomado doutrinador que "razões de interesse público e de moralidade administrativa levam a fulminá-los"[39].

Assim, o ato eivado de vício de desvio de poder não admite convalidação. Tratando da matéria, Maria Sylvia afirma que "em relação à finalidade, se o ato foi praticado contra o interesse público ou com finalidade diversa da que decorre da lei, também não é possível a sua correção"[40]. Logo, o ato eivado de tal vício não comporta a convalidação, devendo ser expurgado pela Administração Pública ou pelo Judiciário, visando restabelecer a ordem jurídica[41].

Ora, o posicionamento adotado pelos doutrinadores antes referidos, decorrente da interpretação literal dos arts. 9º e 20 do Decreto-lei 3.365/41, retira a prerrogativa do Poder Judiciário de exercer, na ação de

---

[35] Meirelles, Hely Lopes *Direito Administrativo Brasileiro.* Malheiros: São Paulo, 2002, p. 575.

[36] Gasparini, Diógenes. *Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2004, p.677.

[37] Medauar, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 425.

[38] Fagundes, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.* Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 70.

[39] Fagundes, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.* Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 71.

[40] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991. p. 236.

[41] Nesse ponto sugerimos consulta a obra de Weida Zancaner que trata com primor da matéria (Cf. Zancaner, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos.* São Paulo: Malheiros, 2001).

desapropriação, o controle de legalidade do ato administrativo inválido. Ou seja, mesmo demonstrado pelo expropriado na contestação o desvio de finalidade da desapropriação, o juiz não poderá ingressar nessa análise, apesar de saber que tal vício é capaz de invalidar a pretensa restrição à propriedade.

Determina o art. 283 do Código de Processo Civil que "a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação". Calmon de Passos, comentando o referido dispositivo afirma que "a juntada de um documento indispensável é um dever processual do autor. Se desatendido indefere-se a inicial"[42].

Dentre os documentos indispensáveis à propositura da ação de desapropriação, exige-se o exemplar do jornal oficial que houver publicado o decreto de desapropriação (art. 13, do Decreto-lei nº 3.365/41), quer dizer, a prova da declaração expropriatória. Ora, pensamos que o decreto eivado de vício de nulidade não atende a pretensão legal, ou seja, ao requisito da petição inicial. Logo, demonstrado o desvio de finalidade na declaração expropriatória, que tem como conseqüência a sua nulidade, nada impede que o juiz reconheça desatendido substancialmente um dos requisitos da peça exordial, não acolhendo a pretensão expropriatória.

Os artigos 9º e 20 não constituem obstáculos a esse entendimento. Quanto ao artigo 9º, ao afirmar que não cabe ao Poder Judiciário decidir se verificaram ou não os casos de utilidade pública, está impedindo a análise do mérito administrativo, ou seja, da conveniência e oportunidade da desapropriação. A decisão pela realização da desapropriação ou outra forma de restrição à propriedade, cabe à Administração Pública. Assim, não pode o judiciário se manifestar quanto à conveniência ou não da escolha administrativa. Caso o Poder Público declare de utilidade pública, para fins de desapropriação, um terreno que será utilizado na construção de um cemitério, não poderá o judiciário decidir pela inviabilidade da medida, alegando que não há interesse público na construção pretendida.

No que concerne ao art. 20, que limita o conteúdo da contestação a vício do processo judicial ou impugnação de preço, o mesmo deve ser analisado com ressalvas. Juarez Freitas comentando tal dispositivo leciona que "ao examinar o processo de desapropriação, o Poder Judiciário limitar-se-á, em regra e em termos, à apreciação de aspectos extrínsecos, mas tal não quer dizer que se deva cingir, no controle da legalidade, a questões estritamente formais"[43]. Desta forma, não se pode pensar que esse dispositivo veda a verificação da validade dos documentos classificados pela própria lei como requisitos da peça exordial.

Celso Antônio seguindo essa linha aduz que

---

[42] Calmon de Passos, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 270 a 331.* Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 167.

[43] Freitas, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 1997, 96.

> *a discricionariedade, dentro das hipóteses legais de desapropriação, não é, evidentemente, possibilidade aberta ao Poder Público de servir-se formalmente das expressões legais para atribuir-lhes a força de instrumento de satisfação de propósitos alheios aos que a lei protege, deseja e expressa. Ato de tal natureza configura desvio de poder e deve ser coartado pelo Judiciário através de meio eficaz, isto é, na própria ação de desapropriação, sob pena de não resultar na proteção pleiteada a valor jurídico resguardável*[44].

Leve-se, ainda, em consideração que o referido dispositivo acompanha o Decreto-lei nº 3.365, desde de sua redação original, quer dizer desde de 1941. Atualmente vivemos sob a égide da Constituição promulgada em 1998, que inovou ao submeter expressamente a Administração direta e indireta a observância dos princípios administrativos[45] (art. 37, *caput*). Em virtude dessa vinculação aos princípios expressa constitucionalmente, impõe-se a realização de um maior controle principiológico da atuação administrativa. Com efeito, havendo induvidoso desvio de finalidade, demonstrável objetivamente pelo expropriado, a interpretação literal do art. 20 do Decreto-lei mencionado, parece colidir com a sistemática constitucional vigente.

No Direito argentino, por exemplo, não há norma expressa sobre a contestação na ação expropriatória, fato que tem levados os doutrinadores a entenderem que ao contestar a demanda o expropriado não está limitado a questionar apenas o montante da indenização, podendo impugnar a constitucionalidade da lei qualificativa da utilidade pública ou a determinação administrativa do bem[46].

Obviamente que não se pode negar a dificuldade existente no terreno da prova no desvio de finalidade. Diante de tal dificuldade, Jean Rivero[47] afirma que o Conselho de Estado Francês admite que a prova se deduza dos diversos elementos do processo: outras peças escritas, circunstâncias em que surgiu o ato, inexatidão dos motivos alegados que deixam transparecer o verdadeiro fim, etc. Acrescenta o autor que "procura menos uma prova manifesta que uma convicção, que pode resultar em um <feixe de indícios convergentes>"[48]. Apesar de toda dificuldade, uma vez demonstrado objetivamente o vício, deverá ser acatado pelo juiz na própria ação de desapropriação.

Negar a possibilidade da apreciação do desvio de poder na ação expropriatória é negar a evolução do Direito Administrativo, que não mais se contenta com a satisfação formal do interesse público. Quer-se o efetivo atendimento desse interesse e, para garantir essa efetividade, se fazem necessários meios objetivos, eficazes, capazes de tolher a atuação contaminada pelo "vírus do poder", que muitas vezes atinge o Administrador

---

[44] Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2004, p.784.

[45] Cumpre acrescentar, que acolhemos a tese da normatividade dos princípios. Logo os princípios são normas de observância obrigatória e não meras recomendações.

[46] Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p.829.

[47] Rivero, Jean. *Direito Administrativo.* Coimbra: Almedina, 1981, p. 202.

[48] Rivero, Jean. *Direito Administrativo.* Coimbra: Almedina, 1981, p. 202.

público. A espera pela propositura da ação direta para discussão do desvio de poder na desapropriação pode tornar sem efeito a proteção desejada, uma vez que integrado o bem, ainda que indevidamente, ao Patrimônio Público a questão se resolverá em perdas e danos, conforme explicita o art. 35, do Decreto-lei 3.365. Ou seja, viola-se a lei e o direito do cidadão a um só tempo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Bandeira de Mello, Celso Antônio. O Desvio de Poder. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n. 172, abr./jun. 1988.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2004.

Bevilacqua, Clóvis. *Comentários ao Código Civil.* Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1945, v. III.

Brandão, Antônio José. Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 25, jul./set. 1951.

Calmon de Passos, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 270 a 331.* Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2003.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991.

Di Pitro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2002.

Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

Enterría, Eduardo García e Fernandez, Tómas-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo.* Madri: Civitas, 2000, vol. II.

Fagundes, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.* Rio de Janeiro: Forense, 1957.

Fiorini, Bartolome A. *Manual de Derecho Administrativo.* Buenos Aires: La Ley, 1968.

França. Rubens Limongi. *Manual Prático das Desapropriações.* Rio de Janeiro: Lumens Júris, 1987.

Freitas, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 1997.

Gasparini, Diógenes. *Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2004.

Harada, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. São Paulo: Atlas, 2002.

Marin, Carmen Chinchilla. *La Desviacion de Poder.* Madri: Civitas, 1999.

Martín-Retortillo, S. *La Desviación de Poder en el Derecho Español.* Madri: RAP, 1957.

Medauar, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* Malheiros: São Paulo, 2002.

Queiró, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo.* Coimbra: Coimbra Editora, 1940.

Queiró, Afonso Rodrigues. A Teoria do "Desvio de Poder" em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 6, 1968.

Rivero, Jean. *Direito Administrativo.* Coimbra: Almedina, 1981.

Rui Cirne Lima. *Princípios de Direito Administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

Zancaner, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos.* São Paulo: Malheiros, 2001.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

TOURINHO, Rita. O Desvio de Finalidade na Ação Expropriatória: Interpretação Sistemática do Decreto-Lei Nº 3.365/41. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 8, outubro/novembro/dezembro, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível.