PARECERES

DESAPROPRIAÇÃO — DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA MEDIANTE DECRETO DO PODER EXECUTIVO

— A declaração de utilidade pública é simples ato administrativo que não condiz com o conceito de lei como disposição de caráter geral; deve caber ao poder executivo conforme prescreve a lei federal.

— Interpretação do art. 6.º do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941.

PARECER

1. A Prefeitura Municipal de São Paulo, com base no art. 6.º do decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, vem declarando de utilidade pública, mediante decreto, para fins de expropriação, imóveis necessários a obras de interêsse geral.

2. Não pareceu à Prefeitura indispensável prévia autorização legislativa, por considerar em vigor aquêle dispositivo. Entretanto, num mandado de segurança, julgado em sessão plenária, pelo Tribunal de Justiça do Estado, decidiu-se ser indispensável a autorização legislativa para as desapropriações em que seja interessado o município.

3. Oferecendo, com a Consulta, cópia da petição inicial do mandado de segurança, das informações prestadas pelo Prefeito, da defesa da Prefeitura, e um retalho de jornal, contendo o resumo do julgamento, pergunta-se:

"A declaração de utilidade pública pode fazer-se por decreto do Prefeito Municipal?"

Respondo afirmativamente e passo a justificar essa resposta.

4. Duas considerações preliminares concorrerão para lançar intensa luz no assunto: a primeira é que a declaração de utilidade pública, simples ato administrativo, não condiz com o conceito de lei como disposição de caráter geral; a segunda é que, mera função administrativa, a sua declaração pelo executivo, com fundamento na lei geral, jamais importará em ofensa a qualquer garantia constitucional, desde que a indenização seja concedida com a indispensável justiça.

5. Examinemos a primeira proposição. Medidas individuais ou concretas, mesmo quando expedidas pelo poder legislativo, não são lei no sentido próprio, pois, neste sentido, lei é uma regra de direito, uma norma destinada a reger um número indeterminado de casos. Planiol, *Traité Élementaire*, vol. 1, n.º 146, pág. 64, Paris, 1908, enumerando os caracteres da lei, escreve:

"A lei é criada, com permanência, para um número indeterminado de atos ou de fatos. Tôda a decisão da autoridade pública que não deva ser executada senão uma vez, *não é lei, é um ato de administração*".

Idêntico conceito pode ser lido na mesma obra, revista e completada por Georges Rippert et Boulanger, vol. I, n.º 188, pág. 91, Paris, 1946.

Capitant, *Introduction à l'Étude du Droit Civil*, pág. 34, Paris, 1912, definindo a lei, escreve:

"A lei é uma regra geral e abstrata, isto é, é feita, não para uma espécie particular, mas para todos os casos em que se reproduzir a relação que ela regulamenta".

6. Não difere a noção em direito público. Esmein-Nézard, *Élements de droit constitutionnel*, vol. I, pág. 29, oitava edição, define a lei como segue:

"Uma regra imperativa ou proibitiva, imposta pelo soberano, que estatui não num interêsse particular, *mas no interêsse comum*, não a respeito de um indivíduo isolado, *mas a respeito de todos*, para o futuro e para sempre".

Adiante, vol. 2, pág. 437, Esmein-Nézard, ponderam que êsses atos particulares, como o que declarasse a utilidade pública de uma propriedade, para fim de desapropriação, se chamam leis apenas porque emanam do poder legislativo, mas de leis só têm a forma:

"A diversidade destas funções, que me proponho examinar sucessivamente, não impede que tôda a decisão tomada pelas duas câmaras, conforme com os seus poderes e em um texto idêntico, traga o nome de *lei*: é o nome genérico pelo qual se designam tôdas as decisões tomadas pelo poder legislativo; de sorte que, em certa terminologia, faz-se entrar todos êstes atos no poder legislativo, e isso é exato sob o ponto de vista da *forma*. Mas, *quanto ao fundo*, muitos dêles não são *leis*. Todos os que, com efeito, são *atos particulares*, e que não estabelecem uma regra geral, de duração indefinida, não correspondem à definição exata de lei".

Duguit, *Droit Constitutionnel*, vol. 2, § 16, pág. 166, terceira edição, ensina que a disposição particular, que desaparece com a sua execução, não é lei em sentido próprio:

"Isto quer dizer que a lei contém uma disposição, que não desaparece após sua aplicação a um caso previsto e determinado de antemão, mas que sobrevive a esta aplicação e será aplicada, enquanto não fôr abrogada, a todos os casos idênticos ao que ela previu. E', então, geral, embora, de fato, não se aplique senão uma vez. A disposição individual, ao contrário, é editada em vista de uma espécie determinada; aplicada a esta espécie desaparece, porque o objeto especial, concreto, que se tinha em mente, realizou-se. A disposição da lei, sendo geral, sobrevive à sua aplicação em uma ou muitas espécies determinadas. Daí vem, que sendo geral, é também abstrata: o que significa que é elaborada sem consideração de espécie ou de pessoa".

Em consequência, Duguit termina por esta forma (pág. 167):

"A disposição por via geral e abstrata é lei no sentido material. A decisão por via individual e concreta não é lei no sentido *material;* é lei no sentido *formal*, se emana do órgão legislativo. Do ponto de vista material será, conforme as circunstâncias, um *ato administrativo* ou um ato jurisdicional".

7. Se a desapropriação não deixa de ser ato administrativo, embora sob a forma de lei, é ilógico imprimir esta forma a um ato caracteristicamente executivo. E' o que desde Romagnosi se reconhece. Ouçamo-lo na transcrição de Sabbatini, *Espropriazioni per pubblica utilità*, vol. 1, pág. 249, 3.ª ed., extraída da Relação Pisanelli:

"Um potente engenho italiano, Romagnosi, em uma erudita monografia sôbre expropriação por causa de necessidade pública, inserta nos *Annali universali di statistica*, e com êle alguns outros escritores, sustentam a tese contrária, isto é, que *a declaração de utilidade pública é um ato que, por sua natureza, não pode entrar na esfera do poder legislativo*. Os argumentos de onde hauriram esta convicção, são em resumo os seguintes:

A lei outra coisa não é que uma regra comum aos cidadãos; ela estabelece os princípios gerais sôbre que repousam os seus direitos políticos e civis; quando se trata de saber se a regra deva ou não aplicar-se ao caso particular, se foi ou não violada, tem-se uma simples questão de fato. Trata-se, então, de

executar a regra, não de criar uma nova.

E' impossível que o poder legislativo pronuncie a declaração de utilidade pública com *segurança* e com *dignidade*. Com *segurança*, porque as questões de fato, o mais das vêzes, dependem de conhecimentos locais; além disso, o corpo legislativo não é constituído para esclarecer e resolver questão de fato. A *dignidade*, pois, dêste corpo seria ofendida, porque os legisladores se transformariam em simples juízes, e muitas vêzes o objeto do juízo não ofereceria senão o mais medíocre interêsse.

O direito de propriedade deve ser considerado como plenamente garantido pelo princípio geral estabelecido na lei, que só a lei poderia alterar, e pela regularidade das formas, seja para comprovar que a utilidade pública é real, seja para fixar o valor do objeto consagrado a esta utilidade.

Mais; no intervalo das sessões parlamentares, por falta da autoridade que pronuncie a declaração de vantagem pública, a execução de obras de interêsse geral seria impedida, ou ao menos retardada, com grave dano, às vêzes, do progresso econômico da sociedade civil".

Em nota, Sabbatini reproduz, no mesmo sentido, a opinião do Conselho de Estado francês:

"No caso, o concurso da autoridade legislativa não é necessário, e a própria natureza das coisas se opõe a que ela possa intervir com a segurança e a dignidade que lhe convém.

A lei outra coisa não é que uma regra comum aos cidadãos: ela estabelece os princípios gerais sôbre que repousam seus direitos políticos e civis. A questão de saber se a regra foi violada na aplicação do direito a um particular é simples questão de fato; trata-se, então, de executar a regra e não de criar uma nova.

A sociedade tem interêsse em que o princípio não seja alterado senão pela própria autoridade que o estabeleceu. O interêsse social não é ferido pelo êrro, nem mesmo pela injustiça na decisão do fato particular. E' um prejuízo individual...

O direito de propriedade deve ser encarado como plenamente garantido pelo princípio geral, que a lei estabeleceu, que só a lei poderia modificar, e pela regularidade das formas, seja para concluir que a utilidade pública é real, seja para fixar o valor do objeto consagrado a esta utilidade".

8. O prof. Adolfo Giaquinto, na monografia sôbre *Espropriazione per pubblica utilità*, que escreveu para o *Nuovo Digesto Italiano*, n.º 32, pág. 659, assim refuta a opinião de Pisanelli, que considerava a desapropriação ato essencialmente legislativo:

"não parece que isto seja cientìficamente exato, porque *à declaração de utilidade pública faltam todos os extremos essenciais para configurar uma norma legislativa*. O ato declarativo, de fato, não tem caráter de generalidade nem eficácia modificativa do direito constituído. Nem é tão pouco exato que êle tenha o efeito de derrogar as normas jurídicas comuns protetoras da propriedade particular: *a derrogação está na norma disciplinadora da expropriação por causa de utilidade pública, não na declaração de utilidade pública, que é sòmente a aplicação do preceito geral ao caso singular*".

9. E aqui chego ao ponto principal: então há necessidade de uma lei municipal para aplicar, em dada espécie, a norma constante da lei geral?

Os autores mais modernos vão afastando essa corruptela que, sem embargo da opinião contrária de eminentes escritores, conseguiu a adesão de outros, penetrando em algumas legislações.

Eis como se expressa Pasquale Carugno, *Espropriazione per pubblica utilità*, pág. 77, segunda edição:

"O sistema adotado pelo nosso legislador tem sido alvo de justas censuras, já que não corresponde a um critério verdadeiramente lógico. Na verdade, uma vez estabelecida a regra que a execução de uma emprêsa de utilidade

pública pode constituir título legítimo para sacrifício do direito individual, *dar execução a esta norma nos casos particulares é tarefa própria do poder executivo*. De onde não se explicar como a declaração de utilidade pública seja reservada, em certos casos, a um poder diverso".

10. Arturo Lentini, *Espropriazione per causa di pubblica utilità*, combate o sistema misto da lei italiana e adota o sistema executivo (pág. 82):

"O sistema executivo apresenta a vantagem da impugnabilidade da medida, da maior rapidez do processo, do maior senso prático dos órgãos chamados a decretar a declaração.

Em justificação do sistema misto alguns aduzem não mais razões de ordem jurídica, mas de ordem política, fundados sôbre a bem conhecida desconfiança do poder legislativo contra o poder executivo, mas, trata-se de princípios e tendências já agora superados e de que não se pode ter em conta, em vista da mudada concepção das relações que correm entre os diversos poderes do Estado, entre os quais, no campo da Administração, deve ter, necessàriamente, preeminência o poder executivo".

11. Esclarecido, assim, que a desapropriação, quando fundada em lei geral, independe de nova lei para cada caso particular, sendo esta providência de execução mera função administrativa, é tempo de mostrar que, na verdade, a desapropriação constitui ato puramente administrativo. Para tanto, limitar-me-ei a transcrever o que já afirmei a respeito (*Problemas e Negócios Jurídicos*, vol. 3, pág. 189):

"A desapropriação provenha do poder legislativo, ou do executivo, é sempre um ato administrativo, pois nem a lei, nem o decreto, que a autorizam, visam estabelecer princípios de direito ou regular questões jurídicas:

"Ici, il ne s'agit pas d'établir des principes de droit et de régler des questions juridiques: c'est au contraire un *acte de gestion administrative...*"

Com êsse ensinamento, que é de Paul Laband (*Le droit public de l'empire allemand*, tomo 2, pág. 349, Paris, 1901), se conforma o de Otto Mayer (*Le droit administratif allemand*, tomo 1, pág. 5, Paris, 1905):

"D'un autre coté, la forme constitutionnelle destinée à produire la loi-règle peut servir à tout autre espèce d'actes. Ce sont surtout des actes individuels dont il s'agit ici: concession de chemins de fer, autorization de vendre des propriétés de l'État, *declaration d'utilité publique en vue d'une expropriation à faire*, etc... Cela s'appelle encore une *loi* à cause de la forme suivie pour émettre l'acte. Mais on y rencontre facilement *les signes caractéristiques d'un acte administratif, d'un acte de gestion*, enfin d'un acte par lequel l'administration nationale participe à l'administration".

Da própria definição do instituto decorre o seu caráter de ato administrativo.

Otto Mayer (Obra citada, vol. 3, pág. 1):

"L'expropriation est un *acte de l'autorité* par lequel est enlevé ou restreint un droit de proprieté du suject, au profit d'une entreprise d'utilité publique".

Presutti, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, v. 1, pág. 291, assim define a desapropriação:

"L'espropriazione per pubblica utilità è l'istituto giuridico di diritto pubblico, pel quale, *in virtù di un ordine dell'autorità amministrativa competente*, viene, contro il pagamento di una indenità all'espropriato, transferita all'espropriante la proprietà di una cosa determinata, di regola immobile, che è necessária per l'esecuzione di un'opera dichiarata, in conformità della legge, di pubblica utilità".

A grande enciclopédia jurídica *Corpus Juris*, vol. 20, pág. 874, vb. *Eminent domain*, assim se expressa:

"The appropriation of the property is *an act of public administration*, and the form and manner of its perfomance

is such as the legislature shall in its discretion prescribe".

Assim, a desapropriação não deixa de ser ato administrativo pelo fato de emanar de uma lei ou de um decreto".

12. Nos Estados Unidos adota-se o sistema legislativo; mas reconhece-se o caráter administrativo da desapropriação; e, por isso, só se considera garantia constitucional o pagamento da indenização em forma legal; não, porém, as formalidades da declaração de utilidades da declaração de utilidade pública. Vejamos o que escreve Albert de Forest Tyler, em seu tratado de desapropriações, publicado no *Corpus Juris, Eminent Domain*, vol. 20, § 313, pág. 886, sob o título *Due Process of Law*:

"Não é necessário que o poder legislativo, no exercício da faculdade de desapropriação, revista o processo das formas ou substância de um processo judicial. A apropriação da propriedade é matéria de *Administração pública* e a forma e maneira de sua execução será a que o legislador prescrever discricionàriamente (*in its discretion*). A êste respeito, portanto, a garantia constitucional do processo em forma legal (*due process of law*) não tem aplicação. Aplica-se, entretanto, no que diz com o modo de acertar a indenização a ser paga pela propriedade tomada. Por consumo geral não basta um mero ato de legislativo. Requer-se um processo judicial regular no qual o proprietário tenha oportunidade de contestar a tomada de sua propriedade e ser ouvido sôbre a importância da indenização a ser paga por ela".

O excelente voto do juiz Denio, de onde se extraiu a lição supra, pode ser lido em Cooley, *Constitutional Limitations*, pág. 778, Boston, 1903. A lição é ainda aceita por Campbell Black *Constitutional Law*, pág. 474, nota 19.

13. Também no Brasil, o legislador não está obrigado a respeitar qualquer forma especial, pois o art. 141, § 16, da Constituição federal não prescreve nenhuma, limitando-se à exigência da prévia e justa indenização em dinheiro. O decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941 não é, portanto, incompatível com a Constituição federal. Sê-lo-á no ponto em que atribui, no art. 6.º, ao poder executivo — Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito — a declaração de utilidade pública? Não se vê por que. No caso particular da Consulta é bem fácil demonstrar que o art. 6.º, referido, está em vigor, porque conforme com a Constituição federal e não foi revogado por nenhuma lei posterior. Convém ter sempre em vista que a abrogação da lei não se presume e que, no silêncio do legislador, deve presumir-se que a lei nova pode conciliar-se com a lei precedente (Espínola e Espínola Filho, *Tratado*, vol. 2.º, n.º 32, pág. 134).

14. No Império as Províncias podiam legislar sôbre a desapropriação. Por isso, no regime da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, entendeu o Supremo Tribunal Federal que tendo os Estados maior autonomia não era possível recusar-lhes o direito que tinham as Províncias, respeitados, é claro, os limites traçados pela Constituição federal (*Revista do Supremo Tribunal Federal*, vs. 19, pág. 57 e 36, pág. 80).

A doutrina dominante, entretanto, é que só a União tinha essa competência (vários pareceres de jurisconsultos na *Revista do Supremo Tribunal*, vol. 43, pág. 321 e segs.). Eduardo Espínola respondeu à objeção de se não tratar de direito substantivo privado, pois só a êsse ter-se-ia referido o art. 34, n.º 23, salientando que embora direito público, seu caráter era *federal* na parte em que fundamentou a desapropriação e lhe traçou os limites conceituais. Rui Barbosa, *Constituição Federal*, vol. 5, pág. 427, escreveu:

"Nem outra coisa era possível num regime, cuja Constituição, mantendo o direito de propriedade em tôda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública (art. 72, § 17), *ipso jure*, imprimiu à averiguação dessa *necessidade*, ou dessa *utilidade*, o caráter de *questões constitucionais*.

Logo, se *questões constitucionais* são, ante a Constituição brasileira, a questão de necessidade pública e a questão de utilidade pública, nas desapropriações, consequência imediata é, imediata e inelutável, que

1.º) o seu direito é federal;
2.º) o seu processo é federal;
3.º) a sua justiça é federal".

15. Para cortar dúvidas, a Constituição de 16 de julho de 1934 tornou expresso (art. 5, n.º XIX, letra *d*) que só a União poderia legislar sôbre desapropriações, facultando, todavia, aos Estados (art. 5.º, § 3.º) legislarem supletiva ou complementarmente para, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal. A Constituição vigente, de 18 de setembro de 1946, manteve, no art. 5.º, n.º XV, letra *g*, a competência privativa da União, mas não concedeu aos Estados (art. 6.º) nenhuma competência supletiva ou complementar.

16. Sendo assim, não se vê a razão pela qual não deva prevalecer o sistema executivo que o art. 6.º do decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, criou. A União tem, com exclusividade, a competência material; tem a competência formal. Há, portanto, perfeita compatibilidade entre êsse texto e a Constituição. Objetar-se-á que a organização administrativa cabe aos Estados e municípios. Mas, não é lícito tirar daí a consequência que a essas entidades caiba legislar sôbre a competência funcional com exclusão absoluta da União. É excessiva a ilação. No que diz com o Poder Judiciário, não há dúvida de que compete aos Estados legislar sôbre a competência funcional ou de atribuições, pois pertencendo a êstes a organização judiciária, seria ilógico admitir que a União legislasse para órgãos que desconhece. Essa regra, entretanto, não é absoluta. Comporta exceções. O Código de Processo Civil contém uma, quando determina, no art. 140, § 1.º, que só os juízes que tiverem garantia de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, poderão julgar as ações relativas ao Estado e à capacidade das pessoas. Idêntica exceção contém o art. 57 do decreto-lei n.º 960, de 17 de dezembro de 1938. A mesma exceção se lê no art. 12 do decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941. Nunca se julgaram inconstitucionais êsses dispositivos. E' perfeitamente admissível que a União, atendendo à importância de certas matérias, se tenha reservado, implìcitamente, o direito de designar a autoridade competente para a prática de atos relativos a tais matérias. Em nada, evidentemente, sofre a regra com essa exceção.

17. Duas objeções não prevalecem a meu ver. Primeiro, que a Constituição do Estado já sofreu exame por parte do Supremo Tribunal Federal. Mas, como se vê da minuciosa discussão que sofreu êsse assunto, o dispositivo do art. 20, letra *c*, pelo qual compete à Assembléia Legislativa autorizar desapropriações, não foi objeto de estudo. Nada se alegou a êsse respeito, nem era possível fazê-lo, ante o disposto no art. 8.º do decreto-lei n.º 3.365, que conferiu ao Poder Legislativo competência facultativa para tomar a iniciativa da desapropriação. Trata-se de competência supletiva, da qual, sem razão alguma, se pretende excluir o poder executivo.

18. A segunda objeção de que o intuito do legislador, ao elaborar o decreto-lei n.º 3.365, teria sido dispor apenas acêrca da parte material e formal das desapropriações, e não também designar, obrigatòriamente, a autoridade competente, não deve prevalecer. A lei federal em aprêço não conferiu ao poder executivo a iniciativa das desapropriações pelo fato de estarmos, nessa época, em ditadura. O intuito claro, que transparece de tôda a lei, foi fazê-lo em definitivo, tendo em vista a situação constitucional normal, tanto que nela, como se acaba de ver, não se esquece a parte que possa ter o poder legislativo. Acresce que o legislador federal não atribuiu ao poder executivo essa faculdade, por estarmos em govêrno de fato. Mesmo, em regime constitucional, se o legislador fôsse o mes-

mo, outra não seria a solução, pois o que se quis, nìtidamente, foi, atenta à natureza puramente administrativa da matéria, acolher o sistema executivo. Se êsse foi o intuito do legislador, não é obra de boa hermenêutica decidir contra essa intenção. Lentini, em sua citada obra (pág. 81) quando trata da autoridade a quem cabe a declaração de utilidade pública, diz que os sistemas em vigor nos diversos Estados são os seguintes: *a*) sistema legislativo, em vigor na Inglaterra, na Suíça, na América do Norte; *b*) sistema do poder executivo, acolhido pela lei espanhola de 1869, pela prussiana de 1874 e bavara de 1837; *c*) misto, seguido pelas legislações francesa e italiana. Lentini, como vimos, é francamente pelo sistema do poder executivo, considerando superada a concepção de desconfiança do legislativo sôbre o executivo, desconfiança que não deve existir num regime de harmonia de poderes e que não deve mais servir de base à repulsa de um sistema que tem grandes vantagens com relação aos outros, como salientou. Ora, o legislador brasileiro de 1941, aceitou essa concepção e quis, efetivamente, adotar o sistema do poder executivo, não, repito, por estarmos em regime ditatorial, mas pelo imperativo de uma doutrina que julgou a mais conveniente. De fato, na *Exposição de Motivos*, com que o eminente jurisconsulto e exímio constitucionalista prof. Francisco Campos, justificou o decreto-lei n.º 3.365, lê-se logo no início:

"O Código de Processo Civil deixou de regular os processos relativos à cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, *desapropriações*, falências e acidentes no trabalho pela *natureza especial de que se revestem*. O interêsse preponderante do Estado nos executivos fiscais e nas *desapropriações* e o entrelaçamento das normas do direito material com as do direito formal, nas falências e acidentes no trabalho, as contingências de natureza econômica e administrativa a que devem atender uns e outros, aconselham a não codificação de tais processos...

A declaração de utilidade pública *passa a ser de iniciativa do poder executivo*, a quem cabe a iniciativa e os estudos preliminares à realização das obras públicas. Ao legislativo, *em caso de omissão do executivo*, fica reservada igual faculdade, bem como a *fiscalização* dos atos do outro poder, *mediante concessão ou denegação de créditos* para efetivação das desapropriações decretadas...

O projeto permite, assim, que por um *processo rápido* o poder público decrete a desapropriação..."

O sistema do poder Executivo foi, portanto, o adotado, já porque a *iniciativa passou para êsse poder*, já porque o legislativo só deverá intervir para suprir a inércia do executivo, já porque, finalmente, utilizando-se o executivo da faculdade concedida, não poderá o legislativo intervir, senão para conceder ou negar créditos, conforme lhe pareça legal ou ilegal a desapropriação.

19. Se a Constituição federal quisesse alterar o sistema, tê-lo-ia feito, tanto mais quanto êsse assunto lhe mereceu especial atenção, tanto que, não contente de se reservar a legislação substantiva e adjetiva, o que seria, talvez, suficiente, tornou expressa a ressalva de lhe competir legislar sôbre desapropriação e negou ao Estados competência legislativa supletiva ou complementar. Não há, assim, nada, na Constituição federal, que contrarie o sistema aceito pelo decreto-lei n.º 3.365. Não tendo havido revogação expressa, tão pouco existe revogação implícita, uma vez que a idéia dominante no decreto-lei n.º 3.365 corresponde em tudo ao pensamento que orientou a Constituição federal, nada deixando, nessa matéria, para os Estados.

20. O sistema do decreto-lei número 3.365 é lógico, pois não há necessidade de lei especial para cumprir a lei geral. Os casos de utilidade pública estão expressos no art. 5.º. O agente executivo não poderá sair daí. A enumeração é taxativa, porque restrições ao direito de propriedade só existem

nos casos declarados. Excesso ou abuso de poder dão lugar (art. 7.º) a perdas e danos e a ação penal. Não se vê, por conseguinte, porque esteja revogada uma disposição que na verdade nada tem contra si na Constituição federal.

21. O art. 20, letra *c*, da Constituição do Estado prescreve caber à Assembléia Legislativa autorizar desapropriações. Bem interpretado êste dispositivo, não pode significar outra coisa senão: *a*) tomar a iniciativa, quando o Executivo fôr inerte; *b*) conceder ou negar o crédito necessário, conforme seja ou não legal o ato do Executivo. Assim entendido, o texto se põe de acôrdo com a lei federal (art. 8.º) e com a inteligência que decorre da *Exposição de Motivos* nas passagens acima transcritas. Só num caso o Poder Executivo depende de autorização legislativa: é quando se trata de desapropriar bens públicos (art. 2.º, § 2.º, do decreto-lei n.º 3.365).

22. A Lei Orgânica dos municípios é omissa a respeito. O art. 34 prevê matérias privativas da Câmara Municipal: a desapropriação aí não está. O art. 32 diz caber à Câmara Municipal legislar, com a sanção do Prefeito, sôbre as matérias de competência do município. Essas matérias constam do art. 16, onde estão mescladas funções próprias do legislativo e próprias do executivo. Isso é que o art. 32 quis significar. Cabe à Câmara Municipal, com sanção do Prefeito, discriminar as atribuições enumeradas no art. 16, declarando quais as do legislativo e quais as do executivo. Se o intuito do art. 32 não fôsse êsse, seria inútil; porque a faculdade de legislar é implícita na enumeração do art. 16, quanto ao que necessita de legislação; e quanto ao que não necessita, por ser função administrativa ou executiva, como arrecadar tributos, administrar os bens municipais, colocar em disponibilidade funcionários, regulamentar serviços e usos, conceder licença para abertura e funcionamento de casas industriais e congêneres, abrir e conservar estradas. executar serviços públicos etc., quanto a isso seria não só inútil como absurdo.

23. O advérbio "privativamente constante do art. 16, § 1.º, em nada altera o que ficou exposto: evidentemente o que se quis dizer é que só ao municípios incumbe aquêles atos: nem a União, nem o Estado nêles podem interferir.

24. Em conclusão. A desapropriação é medida particular e é ato administrativo. Por isso, desde Romagnosi se reconhece que só por corruptela pode constituir objeto de lei; sendo muito mais lógico conferir, como fêz o legislador federal, ao órgão executivo essa função, que lhe é própria. Ademais, como observou muito bem Giaquintino é excessivo exigir uma lei particular para pôr em execução o que já está autorizado na lei geral. Esta acolheu o sistema do poder executivo. Podia fazê-lo porque nada existe em contrário na Constituição federal.

25. Mesmo que se concedesse, por caridade de argumentação, que a lei estadual ou municipal podia retirar ao Prefeito a atribuição, que lhe confere, indiscutìvelmente, a lei federal, ainda, assim, nada lucraria a teoria contrária, porque não existindo, ainda, essa lei, a federal é que prevalece. Em hipótese idêntica, escreveu Clóvis Beviláqua (*Revista do Supremo Tribunal*, v. 43, pág. 324):

"Se não há lei paulista que regule o processo de desapropriação por *necessidade* pública, e de fato não há, *essa desapropriação há de ser disciplinada pela lei nacional de* 1826. *Afastada esta lei, não há possibilidade de desapropriação por necessidade pública em São Paulo*".

Aí está o princípio. A falta da lei local determina a aplicação da lei geral, não sendo possível inferir do disposto no art. 20 letra *c*, da Constituição do Estado sistema ou diretriz, que a elimine. No *Atos Inconstitucionais*, pág. 64, Rui Barbosa ensinou, que nos países federalizados, como os Estados Unidos, como o Brasil, a escala na ordem da legislação é quádrupla: a Cons-

tituição federal, as leis federais, as Constituições dos Estados, as leis dêstes. Daí vem que se acaso o aludido texto da Constituição do Estado visasse criar norma diversa da perfilhada na lei federal, tal idéia não poderia prevalecer contra esta lei, sem quebra do princípio de que, na hierarquia das leis, a inferior cede sempre à superior, quando se ponham em antagonismo.

Penso ter, assim, justificado a resposta positiva que julguei merecer o quesito proposto.

São Paulo, 1952. — *Antão de Morais,* Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.