DESAPROPRIAÇÃO — COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA A SUA DECRETAÇÃO

— A atribuição dada ao Poder Executivo para decretar as desapropriações é a mais preconizada, a mais racional, a mais corrente com a natureza mesma da declaração de utilidade pública.

— Continua em vigor o disposto no art. 6.º do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941.

PARECER

CONSULTA

A exposição oferecida ficou formulada nos têrmos que se seguem.

"A Prefeitura Municipal de São Paulo, apoiada no que estabelece o art. 6.º, do decreto-lei 3.365, de 21 de junho de 1941, vem declarando de utili-

dade pública, mediante decreto, para fins de expropriação imóveis necessários a obras de interêsse geral.

Não pareceu à Prefeitura indispensável prévia autorização legislativa para as desapropriações que vem decretando porque o mencionado inciso de lei federal se encontra em vigor e não há proibição a propósito dêsses atos de intervenções na ordem econômica, seja na Constituição federal, seja na estadual ou nas leis ordinárias.

A Constituição federal, no art. 141, § 16, ressalva os casos de expropriação. Não estabelece, porém, normas de competência.

A Constituição estadual, embora no art. 20, *c*, mencione as desapropriações, apresenta a limitação da cabeça do artigo — "dentro das atribuições conferidas ao Estado pela Constituição federal" — o que conduz à aceitação de ser indeclinável o atendimento às normas do decreto-lei n.º 3.365, no tocante à matéria expropriatória, pois ela não se contém nas atribuições conferidas ao Estado (Cf. Constituição, art. 5.º, XV, *g*).

A Lei Orgânica dos Municípios (lei n.º 1, de 18 de setembro de 1947) — reza :

"Art. 16 — Compete ao município prover aos seus interêsses, ao bem estar de sua população.

§ 1.º — Cabe-lhe privativamente :

....

IV — desapropriação por utilidade, necessidade ou interêsse social do município, nos casos e pela forma estabelecida em lei.

O art. 32 da Lei Orgânica — que não trata, de competência, mas tão-só de regras elaborativas de lei local, como pode ser aferido pelo exame dos vários parágrafos dêsse lance legal — estabelece que à Câmara cabe legislar sôbre as matérias de competência municipal.

Distribuindo-se o Poder local por dois órgãos — Câmara e Prefeito — é de aceitar-se que as especificações do art. 16 da Lei Orgânica, no pertinente à competência do município, devem ficar distribuídas pelos mencionados órgãos, consoante as normas adequadas a cada espécie.

Daí considerar-se que, sendo a legislação federal expressa sôbre a competência do Prefeito para declarar a desapropriação por decreto correto tem sido o agir da Prefeitura Municipal de São Paulo.

Entretanto, num mandado de segurança conhecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em Sessão Plenária ficou julgado em sentido diverso, entendendo-se indispensável a autorização legislativa para as desapropriações no interêsse do município.

Essa a razão da presente consulta que visa bem esclarecer o debate em tôrno dos princípios indicados".

A Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo (Lei estadual n.º 1, de 18 de setembro de 1947) declara que cabe à Câmara municipal "legislar, com a sanção do Prefeito, sôbre as matérias da competência do município" (art. 32), entre as quais, mencionadamente, "a desapropriação por utilidade, necessidade ou interêsse social do município, nos casos e pela forma estabelecidos em lei" (art. 16 e seu § 1.º), poder ou competência que ao município cabe "privativamente", conforme o expresso no texto legal, daí se concluindo que a atribuição é tôda da Câmara, e não do Prefeito, entre cujas atribuições não se expressa a de decretar desapropriações.

Argumenta-se com o disposto na Constituição do Estado, onde ficou reservado à Assembléia, no quadro das suas atribuições, "autorizar a aquisição, alienação, cessão e arrendamento de bens imóveis do Estado, bem como desapropriações", atribuição, aliás, a ser exercida subordinadamente às prescrições da Constituição federal, consoante os dizeres expressos do texto (art. 20, letra *c*).

Objeta-se, finalmente, que o disposto no art. 6.º da lei federal sôbre desapropriações (decreto-lei 3.365, de 21 de junho de 1941), conferindo ao Presidente da República, aos Interventores

e Prefeitos o decretar desapropriações, explica-se pela inexistência, ao tempo daquele decreto-lei, de assembléias legislativas, no mecanismo federal, como no estadual e municipal.

1. Não foi pela razão exposta de inexistirem, ao tempo do decreto-lei 3.365, de 1941, órgãos legislativos da União, dos Estados e dos municípios que se conferiu aos respectivos chefes de Executivo a atribuição constante do art. 6.º : "A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito".

Vê-se daquela lei (aliás a referência a "governador", no passo acima indica que se legislou no pressuposto do advento do regime constitucional) que em certos casos, se declarou necessária autorização legislativa.

Assim é que, em se tratando de bens do domínio público de entidade menor, desapropriados por entidade maior, e, ainda, nos casos de desapropriações decretadas em benefício de emprêsas concessionárias e estabelecimentos de caráter público, exige-se a prévia autorização legislativa (art. 2.º, § 2.º e art. 3.º). Em tais casos, ainda que a utilidade pública esteja prevista na lei, não bastará o ato executivo, o que leva a concluir que, fora daquelas hipóteses, será bastante.

Atenda-se, ainda, ao disposto no art. 8.º "O Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo praticar os atos necessários à sua efetivação".

Vale dizer que a desapropriação pode ser decretada pelo Legislativo, quando dêste a iniciativa ou nas hipóteses do art. 2.º, § 2.º e art. 3.º, condicionadas à sua autorização; e pelo Executivo, nos demais casos, isto é, fora dessas hipóteses.

No regime vigente ao tempo do decreto-lei de 1941, os chefes do Executivo (União Estados, Municípios) cumulavam com a função própria a legislativa, exercida sob a forma de decretos-leis. Na órbita municipal a mesma dicotomia, nos têrmos do decreto-lei federal n.º 1.202, de 8 de abril de 1939, que dispõe sôbre o govêrno local. Existia no mecanismo o Departamento Administrativo, que fazia às vêzes de Câmara Municipal, e do qual dependeria a aprovação dos decretos-leis expedidos pelos Prefeitos : "Ao Interventor ou Governador e ao Prefeito cabe exercer as funções executivas, e, em colaboração com o Departamento Administrativo, legislar nas matérias da competência dos Estados e dos municípios, enquanto não se constituirem os respectivos órgãos legislativos" (art. 5.º combinado com art. 17, *a*).

Em matéria de desapropriações, os casos previstos na lei respectiva, e para os quais se exige a intervenção legislativa, não seriam sòmente da alçada do Prefeito, senão dêste articuladamente com o Departamento Administrativo, e sob a forma de decreto-lei.

Já era possível, portanto, pôr em prática a distinção estabelecida em a nova lei de desapropriações, com a ressalva admitida, em dados casos, da decretação legislativa, ainda antes do atual regime constitucional. As atribuições das assembléias representativas eram exercidas, é certo, pelos chefes dos Executivos, mas em forma legislativa, por decretos-leis, sendo que no âmbito local com a colaboração de um órgão deliberante, o Departamento Administrativo.

Mostra-se com isso que não terá sido no pressuposto de inexistirem, em 1941, assembléias representativas locais que o legislador das desapropriações conferiu aos Prefeitos a atribuição para decretá-las; teria estatuído que o fizessem por decreto-lei, se a atribuição fôsse de índole legislativa, e não de índole administrativa, como lhe terá parecido, por exclusão sòmente daqueles casos, acima indicados. A atribuição titulada, como regra, no Executivo, obedeceu, portanto, a outra razão, conforme veremos adiante.

2 — As disposições estaduais invocadas, quer as de base constitucional, quer as da Lei Orgânica dos municípios, supõem, (e, aliás, expressamente ressal-

vam) o direito federal nas restrições que houverem sido estabelecidas.

Seriam, aliás, inconstitucionais se pudessem ser entendidas de outro modo. Se a restrição está na competência legislativa da União, e sem dúvida o está, de vez que a ela compete legislar sôbre desapropriações (Const. fed. art. 5.º, XV, letra *g*) tudo o que se contiver na lei especial aí prevista terá de ser observado, em linha de princípio, pelos Estados e municípios, cuja autoridade legiferante estará limitada por tal preceituação.

A disciplinação legal das desapropriações, como a dos executivos fiscais falências, etc., abrange todos os aspectos, sem qualquer distinção limitativa da competência federal. Esta se estende (e já assim se estendia quando da competência estadual legislar sôbre processo) aos aspectos substantivos e adjetivos do instituto, e bem assim aos atinentes ao direito administrativo, do que resulta que, não obstante peculiar às entidades menores (Estados-membros, Municípios) o legislarem sôbre a competência das suas autoridades administrativas e outras matérias do seu Direito Administrativo, a competência federal absorve tal competência, se tanto fôr necessário para não comprometer a idéia de sistema, inerente a tais preceituações e dominante no entendimento da competência da União para dispor sôbre aquelas matérias. Se, portanto, a lei federal sôbre desapropriações dispõe que a decretação da utilidade pública, em concreto, compete aos chefes do Executivo, não poderá um Estado contravir a essa disposição e a tanto equivaleria transferir a atribuição para a Assembléia Legislativa.

Muito menos no âmbito municipal, por determinação da Lei Orgânica de tais circunscrições tão certo é que umas e outras, Constituições e leis estaduais, estão hieràrquicamente subordinadas ao direito federal, nas matérias reservadas à União com assento na Constituição.

Inconsistente, à evidência, se me afigura o argumento tirado do advérbio privativamente, usado pela Lei Orgânica para indicar que aos municípios compete dispor sôbre desapropriações. O que se fixou foi a competência do município, por exclusão da do Estado (e da União) para as decretações em concreto; e não a competência do órgão a que caiba, na esfera municipal, exercer essa atribuição. Aliás, o texto mesmo ressalva — (nos casos e pela forma estabelecidos em lei), lei que não poderá ser outra senão a federal, na enumeração dos casos de utilidade pública e nas prescrições concernentes à respectiva declaração.

3 — A questão de saber a qual dentre os órgãos representativos do Estado deve caber a declaração da utilidade pública para fins de desapropriação, tem sido muito debatida, e de longa data, na exposição do direito.

Nada menos de três sistemas disputam a preferência : a) o legislativo, adotado na Inglaterra, nos Estados Unidos e na Suíça; b) o executivo, isto é o que atribui ao Poder Executivo a decretação; c) o sistema misto, em vigor na França e na Itália (Lentini, *Le Espropriazioni per causa de publica utilitá*, pág. 81).

Êste último consiste em reservar ao Poder Legislativo a declaração da utilidade pública, ainda que repartidamente com o Executivo nos casos de menor importância, mediante o critério indicado na lei e fundado na distinção entre obras de grande vulto (estradas nacionais, caminhos de ferro abertura de canais navegáveis, dessecamento de lagos, etc.) e outras de menor relêvo deixadas à decretação administrativa, salvo se delas resultar a imposição de contribuições deslocando-se, já então, para o âmbito legislativo (Sabbatini, *Espropriazione*, vol. I, págs. 209 e segs.).

Existe ainda uma variante, por efeito da intervenção consentida do Judiciário na apreciação, em concreto, da utilidade pública, antes da expedição do ato declaratório, intervenção que, combinada com o critério distintivo acima exposto, ainda vigora na França (Vejase, entre outros, Bonnard, *Droit Ad-*

ministratif, págs. 449 e 453); intervenção judicial que era admitida em nossas antigas leis, ao tempo do Império.

O sistema misto não arreda, antes afirma, por exclusão dos casos reservados ao legislador, a regra da decretação executiva : "Fuori dei casi o espressamente richiamati dalla legge o dominati dal criterio di cui abbiamo fatto parola, la dichiarazione di pubblica utilità deve essere fatta dal potere esecutivos" (Schalvanti, *Primo Trat. de Orlando*, vol. 4.º, *La Espropre*, n.º 38, pág. 99; vide também Sabbatini, *Espropriazioni*, vol. 1.º, págs. 209 e segs.). E semelhante na França, onde subsiste idêntico sistema, fundado na distinção acima referida, sendo que as desapropriações de interêsse local, isto é, as que se façam necessárias para obras ou trabalhos a cargo dos departamentos e comunas, prescindem daquele critério distintivo : são decretadas por decisão motivada do Prefeito (chefe executivo do departamento) mediante parecer favorável de agente comissionado para ajuizar da conveniência da decretação (Hauriou, *Droit Administratif*, pág. 735).

A atribuição titulada no Executivo é hoje (pode afirmar-se) a mais preconizada, a mais racional, a mais coerente com a natureza mesma da declaração de utilidade pública. Quem primeiro, e com a autoridade do seu grande relêvo nas letras jurídicas, a preconizou — foi Romagnosi. A garantia do direito de propriedade — observou — está no elenco dos casos previstos na lei para que se autorize a desapropriação. Essa verificação, ou se a utilidade pública do bem particular como meio indispensável à realização de dada obra de interêsse geral, é uma questão de fato, mais própria do âmbito governamental ou administrativo do que do legislativo. E ato de mera execução da lei, a ser praticado com a assistência técnica de que estão aparelhados os órgãos executivos, a cuja iniciativa, fundada em considerações de conveniência administrativa, deverá caber.

Essa, em breve resumo, a justificação convincente do grande jurista italiano (*apud* Sabbatini, ob. cit., *ibidem*, pág. 213).

Na verdade, a declaração de utilidade pública é, por sua natureza, um ato de govêrno, ainda quando sob a forma de autorização legislativa. Lei pròpriamente, é a que estatui, por disposição, geral sôbre a matéria e leis formais, leis estas que só o são porque emanadas de um órgão legiferante, mas cujo conteúdo é um ato administrativo ou de govêrno.

Rastreando essa distinção, nota Schalvanti que o estatuto-norma é a lei disciplinadora das desapropriações, nas disposições relativas ao fundo e à forma a ser observada, competindo ao executivo aplicá-la mediante o que êle chama "decreto-provedimento" (Schalvanti, *Ibidem*, vol. IV, pág. 96).

Vejamos a lição sempre lúcida do clássico Meucci, na preferência manifestada pela competência governamental. Depois de apontar os três sistemas, diz êle:

"Ma é evidente che l'accertamento di un interesse pubblico è affare d'amministrazione, e non di legislazione. La deroga al diritto comune, se è tale, la fa la legge : il potere ne verifica la condizione (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, pág. 551).

Do mesmo modo Giaquinto, que opta declaradamente pela competência executiva :

"L'atto dichiarativo, infatti, no ha carattere di generalità nè efficacia modificative del diritto costituito. Nè è punto esatto che essa abbia l'effetto di derogare alle norme giuridiche protettive della proprietà privata : la deroga è nella norma disciplinatrice dell'espropriazione per causa di pubblica utilità, non nella dichiarazione di pubblica utilità, che è soltanto, l'applicazione del precetto generale al caso singolo (*Nuovo Digesto Italiano*, verb : Espropr., n.º 32, pág. 659).

No mesmo rumo, dentre os mais modernos expositores, está Cino Vitta, que mostra incisivamente a sem razão — fruto de um equívoco — da competência legislativa :

"Lintervento del legislatores soleva giustificarsi col principio che la proprietà essendo garantia dalla legge, soltanto una legge può toglierla : ma cioè era fruto di un equivoco, essendo bensi nei regimi costituzionali necessaria una legge a giustificare l'espropriazione, ma non una legge speciale per ogni singolo caso di espropriazione, e bastando quindi la potestà attribuita da una legge generale all'a. p. di procedere all'espropriazione per i casi che in pratica si fossero presentati. Ogni singolo atto di espropriazione, come già insegnò il Romagnosi, è invece un atto sostanzialmente amministrativo, per chè tende a provvedere ad una pubblica utilità in uno caso concreto, e sembra quindi normale di attribuirne l'emissione alla stessa a. p." (*Diritto Amministrativo*, 1950, vol. II, pág. 114).

Dentre os nossos expositores que escreveram já na vigência da nova Lei, tenha à mão as obras de Seabra Fagundes, Eurico Sodré e Ildefonso Mascarenhas. Nenhum dêles impugna a disposição do art. 6.º; antes o aplaudem, assinalando como função própria do Executivo a declaração, em concreto, da utilidade pública (Seabra Fagundes, *Da Desapropriação*, 1942, págs. 115, 116 e 117; Eurico Sodré, *Desapropriação*, 1945, pág. 57, Ildefonso Mascarenhas, *Desapropriação*, 1947, pág. 126).

4 — Não será demais observar que a argüida inconstitucionalidade da competência do Executivo, após a reconstitucionalização do país, com a restauração das assembléias representativas, teria de certo, acudido aos que escreveram sôbre a matéria, a *latere* do decreto-lei 3.365, e bem assim ao Congresso Nacional, ao elaborar a nova lei orgânica do Distrito Federal.

No entanto, quer Seabra Fagundes, quer Eurico Sodré, aplaudiram, sem qualquer restrição, a solução adotada, que lhes terá parecido compatível com o representativo, aliás já em vésperas de ser restaurado; e Ildefonso Mascarenhas, cujo livro é posterior à nova Constituição, não opõe qualquer reparo que, certamente, lhe acudiria ao comentar o art. 6.º.

Por outro lado, mais expressivamente ainda, o Congresso, ao legislar sôbre a organização do Distrito Federal (Lei Orgânica n.º 217, de 15 de janeiro de 1948) referendou a titulação no Executivo da atribuição, que terá tido por incensurável, ao dispor, no art. 24, § 1.º, VI, que ao Prefeito compete "decretar a desapropriação, ... nos casos por lei considerados de necessidade ou utilidade pública ou de interêsse social".

5 — No direito anterior, a competência não era tôda do Legislativo; estava repartida entre êste e o Executivo. No Regulamento expedido, em 1903, com base no decreto legislativo n.º 1.021, de 23 de agôsto dêsse ano, e no qual se consolidou a legislação preexistente, com várias alterações, já se expressava no art. 5.º : "A verificação dos casos de utilidade pública terá lugar por ato do Congresso ou do Presidente da República quanto às obras da competência da União ..... E por ato do Conselho, ou do Prefeito do Distrito Federal, em relação às obras de utilidade pública do Município .....", explicando Solidônio Leite que a palavra "verificação" estava aí empregada no sentido de declaração : "Melhor fôra dizer que a necessidade ou a utilidade é declarada, etc." (*Desapropriação por utilidade pública*, pág. 51).

E' lícito afirmar, portanto, que a lei vigente, fixando no Executivo a competência para a declaração, em concreto, da utilidade pública, não modificou tão profundamente quanto se afigura ao primeiro exame, a preceituação anterior, de vez que não exclui a competência paralela das Câmaras Legislativas nos casos em que destas seja a iniciativa da desapropriação, reservando-lhes, por outro lado, a competência em certos casos (desapropriação de bens do domínio público, ou no interêsse de concessionários e autarquias, ou, ainda, por extensão razoável, quando haja imposição de encargos, contribuições, etc. a terceiros), com a conseqüente incompe-

tência do órgão executivo, federal ou local.

Já em 1914, observava, com razão, Viveiros de Castro que "a causa pública e "utilitatis", legalmente constatada, é a causa verdadeira que determina o ato da desapropriação", não sendo o poder público, ou até o ente privado que lhe faça as vêzes, senão "o motor" que realiza em concreto e enquadramento da obra em algum dos casos previstos em lei; daí concluindo que "é da competência exclusiva das autoridades administrativas determinar se tal ou qual imóvel deve ser desapropriado ....." (*Ciência da Administração e Direito Administrativo*, págs. 304-305).

6 — Posta a questão no plano constitucional, para saber se compatível com a garantia do direito de propriedade a titulação no Executivo para declarar de utilidade pública tais ou quais bens, nada autoriza, nem explícita nem implìcitamente, a solução pela negativa.

Limita-se a Constituição, no § 16 do art. 141, a reafirmar ou proclamar o princípio da propriedade individual, como direito subjetivo, com ressalva da desapropriação, nos casos, a prefigurar, de necessidade ou utilidade pública, e "mediante prévia e justa indenização em dinheiro", nisso ou nessa ressalva, consistindo pròpriamente a garantia consoante a distinção conhecida entre direitos individuais e garantias tutelares do seu exercício.

No art. 147 prescreve-se que "o uso da propriedade será condicionado ao bem estar social", disposição programática a ser entendida combinadamente com aquela nos casos em que haja por bem desapossar o proprietário, ou seja adjudicar ao Estado (na acepção ampla) o bem particular.

Finalmente, no art. 5.º, XV, letra *g*, confere-se à União legislar sôbre desapropriações, sem qualquer limitação, salvo as que puderem decorrer dos textos constitucionais.

Nada se adianta, em qualquer dêsses dispositivos, acêrca da competência para executar, seja na fase preliminar administrativa, seja na fase judicial subseqüente, a lei de desapropriações. E declarar a utilidade pública por enquadramento da obra ou trabalho público em algum dos casos previstos é, como já vimos, ato de execução, de seu natural da alçada da Administração.

O que é essencial, o que diz com a garantia do direito de propriedade é a enumeração dos casos em que se justifique, para atender ao interêsse público, o sacrifício, ainda que relativo, daquele direito; e bem assim a prestação monetária do equivalente, prestação que há de ser prévia e justa.

Como observa Duguit, são essas as normas fundamentais, os têrmos em que se configure a necessidade ou utilidade pública e a indenização correspondente, sendo que as leis sôbre desapropriação são leis construtivas visando a organização dos meios de realizar tais normas.

"Je dirai qu'il existe une norme juridique aux termes de laquelle, lorsque la nécessité publique l'exige impérieusement, les agents de l'État peuvent, par un acte unilatéral de volunté, traire une richesse qu'elle soit à l'utité individuelle à laquelle elle est affectée, pour l'affecter à l'utilité collective, mais sour la condition que la caisse collective paie à l'intéressé une indemnité en argent égale à la valeur actuelle de la richesse, c'est-à-dire égale à la somme d'argent qu'il aurait pour obtenir s'il avait volontairement, par le jeu naturel des contrats, réalisé cette richesse. Les lois sur l'expropriation et la réquisition sont des lois constructives qui ont organizé les moyens de réaliser cette norme juridique" (Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. III, pág. 373).

7 — Do exposto concluo que o art. 6.º do decreto-lei 3.365, de 1941, conferindo ao Presidente da República, Governadores e Prefeitos a atribuição para, sem dependência de autorização legislativa, declararem a utilidade pública, para fins de desapropriação, nas respectivas esferas administrativas, continua em vigor, sem embargos da restauração

das assembléias legislativas, de vez que tal atribuição é, por sua natureza, própria do Poder Executivo, com as exceções previstas naquele decreto-lei.

Tal é o meu parecer. S. M. J. Rio 24 de julho de 1952. *José de Castro Nunes*, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.