DESAPROPRIAÇÃO — DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA — COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO

— A regra do art. 6.º do decreto-lei n.º 3.365, de 1941, que confere ao Prefeito a faculdade de decretar desapropriação é imperativa, não podendo contra ela prevalecer qualquer dispositivo emanado pelos legisladores locais.

PARECER

A Prefeitura Municipal de São Paulo, apoiada no que estabelece o art. 6.º do decreto 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.

Não pareceu à Prefeitura indispensável prévia autorização legislativa para as desapropriações que vem decretando, porque o mencionado inciso de lei federal se encontra em pleno vigor e não há proibição a propósito dêsses atos de intervenção 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 desapropria-

ções, apresenta a limitação da cabeça do art. — "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 da 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.

1 — O objeto da presente consulta implica em uma série de questões que poderiam ser assim discriminadas:

a) A Lei Orgânica dos Municípios, vigente em São Paulo, exige a prévia autorização da Câmara Municipal, para que o Prefeito possa declarar de utilidade ou necessidade pública determinados bens, para fins de desapropriação?

b) Não determinando a Lei Orgânica dos Municípios que a referida declaração deva ser feita sempre por lei, poderá ser realizada por decreto, ou dever-se-á aplicar a regra do art. 20 "c" da Constituição do Estado, entendendo-se que nesta se configura, imperativamente, a natureza legislativa do ato?

c) Nesta última hipótese, que sentido se deve dar ao mencionado art. 20, "c", da Constituição paulista, ante os têrmos do decreto-lei federal n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, em seu art. 6.º, e a expressa competência da União para legislar privativamente sôbre desapropriação?

Essa a ordem que iremos seguir na apreciação do assunto submetido ao nosso exame.

2 — Não nos parece que possa haver dúvida quanto à inexistência de dispositivo expresso na Lei Orgânica dos Municípios (lei n.º 1, de 18 de setembro de 1947) tornando obrigatória a prévia autorização legislativa para o ato de declaração de utilidade pública de bens a serem expropriados pelas entidades municipais.

Cabe, porém, indagar se se trata de mera lacuna de dispositivo, ou de lacuna no sistema, ou seja, se, inexistindo preceito particular expresso consagrando a forma legislativa do ato, esta não estaria, contudo, implícita no conjunto sistemático das normas do mencionado diploma legal.

Também esta segunda hipótese se nos afigura inadmissível, após rigorosa integração dos textos legais concernentes ao assunto, que são os do Título II (arts. 16 "usque" 21) e os que determinam a competência privativa da Câmara (art. 32) ou a do Prefeito (art. 52).

O fato de se ler no art. 32 que "cabe à Câmara Municipal legislar, com a sanção do Prefeito, sôbre as matérias de competência do Município", ou seja, sôbre tôdas as questões discriminadas no citado Título II, não pode, sem graves equívocos, significar que tôda a matéria casuìsticamente reconhecida como pertencente à esfera de atribuição privativa ou supletiva do Município seja, "ipso facto", sempre e necessàriamente, de ordem legislativa.

A simples leitura do Título II, — base essencial à hermenêutica do sistema de normas que estamos analisando — bastará para evidenciar que o legislador estadual, sob a rubrica geral "Da competência do Município", reuniu atos ou funções de diversa natureza, sendo uns de ordem legislativa, e outros não.

Estando consagrado na Constituição da República, da maneira mais ampla, o princípio de autonomia municipal, que é ao mesmo tempo de caráter político, administrativo e financeiro; sendo o federalismo brasileiro estruturado de maneira tridimensional, com três entidades, a União, o Estado e o Município, dotados cada um dêles de órbita própria de ação e ordenamentos jurídicos distintos, cabia ao legislador estadual declarar quais os atos que aos Municípios seria consentido executar "concorrentemente com o Estado e supletivamente a êle"", abstendo-se de discriminar tôdas as hipóteses variadíssimas de casos de competência privativa, conferida diretamente pela Carta Maior sob a fórmula plástica e prudente de administrar "no que concerne ao seu peculiar interêsse" (Constituição, art. 28, II).

Não entendeu assim o legislador de 1947, pois, ao lado da fixação do âmbito de competência concorrente e supletiva do Município (art. 16, § 3.º), entendeu de bom alvitre explicitar, mediante uma enumeração destituída de rigor técnico, tudo o que julgou pertinente ao interêsse local. Essa enumeração só pode ser, evidentemente, considerada exemplificativa, pois caberá, de maneira exclusiva, ao Município, por fôrça da Constituição da República, tudo o que se enquadrar na órbita de seu peculiar interêsse, ainda que não previsto pelos preceitos da Lei Orgânica.

3 — Para se demonstrar que o Título II não se refere apenas a atos que impliquem na interferência ou autorização da Câmara Municipal, lembre-se que, em seu art. 16, § 1.º, se inscrevem, entre outros, os seguintes itens discriminativos da competência geral dos Municípios:

VI) "a nomeação, exoneração, demissão, promoção, férias e licenças de funcionários", atos êstes que se incluem, òbviamente, na atribuição privativa do Executivo ou da Câmara, cada qual na esfera de seus quadros de servidores públicos.

X) regulamentar (sic) a utilização dos logradouros públicos, e em particular o trânsito e a circulação das vias públicas.

XII) regulamentar a instalação e funcionamento de elevadores.

XIII) prover sôbre a limpeza dos logradouros públicos.

XIX) regulamentar e licenciar (sic) a afixação de cartazes.

Desnecessário é continuar. Os exemplos invocados são suficientes para se verificar que o fato de constar no Título II da Lei Orgânica, não tem fôrça mágica de converter em legislativo o que é, e pacìficamente tem sido reconhecido, como sendo de natureza executiva, como o ato de conceder licenças a funcionários ou de regulamentar leis, quando o poder de regulamentar é da essência mesma do Executivo, como foi proclamado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Representação n.º 96, formulada pelo Govêrno do Estado de São Paulo sôbre a Constituição paulista de 9 de julho de 1947 (vide "Arquivo Judiciário", vol. LXXXV, fasc. n.º 1).

Pelas mesmas razões diremos que não encontra apoio lógico a hermenêutica que leva a afirmar-se que, segundo a Lei Orgânica, compete à Câmara autorizar a declaração de utilidade pública,

só porque lhe cabe legislar sôbre as questões enumeradas no Título II, cujo art. 16, § 1.º, inclui a matéria de desapropriação nestes têrmos:

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

Considerando êsse texto da Lei Orgânica, não há mister de atilada hermenêutica para se verificar que o que se pretendeu dizer, e claramente se disse foi apenas isto:

a) cabe tão-sòmente ao Município, com exclusão da União e do Estado, efetuar desapropriações que devam satisfazer à sua utilidade ou necessidade, ou ao seu interêsse social;

b) tais desapropriações deverão ser feitas nos casos e pelas formas estabelecidas em lei.

Nada se encontra dito quanto à competência da Câmara para a declaração de utilidade pública, nem aqui, nem em outros textos.

Relativamente a êste ponto, deve-se reconhecer, em suma, que a Lei Orgânica dos Municípios é lacunosa, impondo-se ao intérprete preencher a lacuna recorrendo aos processos técnicos integrativos da ordem legal.

4 — A primeira observação que julgamos necessário aduzir é a seguinte: se o legislador, no Título II da Lei Orgânica, apresentou uma série de casos como sendo "da competência do Município", e se tais casos são de ordem geral ou particular, de natureza legislativa ou regulamentar, é tarefa do intérprete determinar quais dêles devam, parcial ou totalmente, ficar subordinados à competência da Câmara e quais os que dela se excluem, por carecerem de "substância legislativa".

Em verdade, proclamar que determinada matéria se inclui na competência do Município, não significa que ela seja tôda envolvida, sempre e necessàriamente, pela atribuição conjunta e complementar do Legislativo e do Executivo Municipais. O que é declarado competir ao Município pode, como vimos, enquadrar-se na esfera de ação de ambos os ramos da administração local, ou então, na de cada um dêles separadamente, com exclusão do outro.

Isto pôsto, torna-se imprescindível averiguar, — fazendo por ora abstração da lei federal própria, cuja aplicabilidade é, como veremos, imperativa, — se o ato de declaração de utilidade ou necessidade pública pertence ao gênero dos atos considerados na tradição de nosso direito, como sendo de caráter normalmente administrativo.

Em quase todos os países considera-se superada a tese individualista que subordinava ao Parlamento o ato declaratório em um excessivo apêgo às prerrogativas do direito de propriedade. Como observa Meucci, foi especialmente nos países anglo-saxônios que imperou essa orientação, partindo-se do pressuposto que só por lei se poderia excluir alguém de um direito solenemente garantido por normas ou declarações constitucionais.

"A declaração de utilidade pública, escreve Seabra Fagundes, é um ato administrativo preliminar do procedimento expropriatório.

O seu objetivo característico é manifestar a vontade da Administração no sentido de apropriar-se do direito, por assim ser de utilidade pública.

Houve tempo em que, como observa Savatier, sob a influência da idéia de intangibilidade da propriedade, se tinha como necessário a protegê-la, a existência de um ato legislativo para cada caso de expropriamento. A declaração era, então, ato de Parlamento" (Cf. Seabra Fagundes (*Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, pág. 133, e Savatier, *Du Droit Civil au Droit Public*, pág. 46).

Essa maneira de conceituar a declaração de utilidade pública como ato administrativo por natureza (ob. cit., pág. 147), encontra-se consagrada no direito de países de análoga tradição jurídica. E' assim que Maurice Hauriou, por exemplo, se manifesta:

"La procédure normale de l'expropriation se decompose en trois phases: une phase administrative qui compreend

la déclaration d'utilité publique... etc." (Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 7.ª ed., pág. 646).

No mesmo sentido se expressa Lorenzo Meucci, reputando, aliás, a questão insuscetível de dúvida:

"Mas é evidente (sic) che l'accertamento di un interesse publico é affare d'amministrazione e non di legislazione. La deroga al diritto comune, se é tale, la fa la legge: il potere ne verifica la condizione" (Meucci, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*", 6.ª ed., pág. 549).

Idêntico o pensar do mestre da Universidade de Roma, Guido Zanobini, quando nos apresenta o ato declaratório como função própria e normal da autoridade administrativa, ou *verbis*:

"La competenza ad emanare il decreto di dichiarazione di pubblica utilità appartiene agli organi del potere esecutivo. Un tempo fu discusso se tale competenza non devesse essere attribuita, invece, agli organi legislativi: questa tesi si fondava sul carattere eccezionale che avrebbe l'espropriazione rispetto al principio della inviolabilità del diritto del proprietaria. Il ragionamento era, però, errato: una volta ammesso con norma generale che la proprietà, sebbene inviolabile, può essere sacrificata quando l'interesse pubblico lo esiga, l'accertare la sussistenza o meno di questa esigenza nei casi singoli è funzione propria e normale dell'autorità amministrativa (Zanobini *Corso di Diritto Amministrativo*, 2.ª ed., vol. IV, pág. 211).

Antônio Lancis não discrepa dessa opinião, que é a dominante:

"El procedimiento se inicia por la administración o empresa de interés publico, puesto que son estas quienes han de apreciar siempre la conveniencia de la ejecución de una obra, la utilidad de la misma y lo que para ella puede serles necessário" (Antônio Lancis, *Derecho Administrativo*, pág. 404).

Se assim é, se a declaração se caracteriza, em regra, como ato de natureza administrativa, a conclusão que nos parece lógica é a seguinte: não havendo na Lei Orgânica dos Municípios (e veremos que, se houvesse, seria inócua) disposição alguma que exija sempre ato legislativo, para a declaração de utilidade pública, deve-se entender que o legislador muito acertadamente reconheceu o caráter imperativo da lei federal própria, que confere aquela função a ambos os ramos da administração local.

6 — Em verdade, o Direito pátrio não se filiou, em matéria de desapropriação, ao sistema anglo-norte-americano de tendência prevalecentemente legislativa (embora com atenuações relevantes nestas últimas décadas), nem ao sistema hispano-bávaro de natureza francamente executiva, mas sim ao sistema franco-italiano, ou sistema misto, segundo o qual o ato de declaração de utilidade pública cabe, em regra, ao Executivo, sendo exigível a anuência prévia do Legislativo em determinados casos e circunstâncias.

Consoante a lei vigente, aliás, ao Legislativo se assegurou também a iniciativa da desapropriação, sendo imprescindível o seu pronunciamento prévio quando o ato objetivar bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios (decreto-lei n.º 3.365, art. 2.º, § 2.º).

7 — Como entender-se, então, o disposto no art. 20, "c", da Constituição de São Paulo, que parece consagrar o sistema legislativo em matéria de desapropriação, ao arrepio de tôda a evolução de nosso Direito?

Aqui se põem três questões que se ligam diretamente ao objeto da Consulta: Consagra efetivamente a Carta paulista o sistema legislativo para as desapropriações, a partir do ato declaratório de utilidade pública? Se fôr êsse o entendimento lógico-sistemático do texto, poderá êle prevalecer em face da lei federal própria, tendo a União competência privativa para legislar sôbre a matéria? Na hipótese de ser possível um regime especial para as desapropriações realizáveis pelo Estado de São Paulo, estarão seus Municípios obriga-

dos a adotá-lo, estendendo-se compulsòriamente à esfera de sua competência uma disciplina porventura válida no plano ou no ordenamento estadual?

Em primeiro lugar, não cremos que se possa e se deva dar ao art. 20, "c", da Constituição paulista, a interpretação rigorista, excessivamente gramatical, que culmina na exigência universal da autorização legislativa, em todos os casos em que o Estado surja como sujeito expropriante.

A Constituição paulista de 1947, conforme se depreende dos Pareceres n.º 255 e 256, de 1948, prolatados pela Comissão de Justiça da Assembléia estadual, a propósito dos projetos de lei n.º 310-47 e 403-47, jamais cogitou de alterar, no âmbito particular da administração paulista, o sistema vigente em todo o país em matéria de expropriação, privando o Executivo estadual de uma de suas funções normais.

Por outra lado, o Executivo paulista sempre deu ao citado art. 20, "c", a interpretação conciliável, não só com a legislação federal, mas com a tradição de nosso Direito e os interêsses imperiosos da administração.

Nem se diga que, quando da Representação n.º 96, dirigida ao venerando Supremo Tribunal para se escoimar a Constituição de 9 de julho de 1947 de todos os seus vícios constitucionais, nada se argüiu contra o mencionado dispositivo. Na realidade, nenhuma argüição se fêz porque a sua interpretação pode harmonizar-se perfeitamente com a Constituição federal, nem discrepa da lei federal sôbre desapropriação. Só se deve recusar vigência a uma lei por vício de manifesta inconstitucionalidade, isto é, quando não seja possível interpretá-la em consonância com as normas constitucionais.

Que reza a Constituição paulista? Que compete à Assembléia "autorizar aquisição, alienação, cessão e arrendamento de bens imóveis do Estado, bem como desapropriações".

Ora, a Constituição federal, consagrando solenemente o princípio de desapropriação, reservou à União a competência para legislar sôbre tal matéria, inclusive para determinar quais os órgãos competentes à prática desta ou daquela outra função, em todo o território nacional.

Dessarte, mesmo que o art. 20, "c", só comportasse a interpretação rigorista que se lhe quer dar, a sua inconstitucionalidade decorreria de ter invadido esfera de competência privativa da União (art. 5.º n.º XV, "g"), em desrespeito à lei federal própria (decreto-lei n.º 3.365) e não poderia ser argüida, com propriedade, em uma Representação formulada para os fins precisos do art. 8.º, só podendo envolver matéria concernente aos "princípios constitucionais" enumerados no art. 7.º, n.º VII.

Ainda que fôsse compatível formalmente a argüição de inconstitucionalidade, não teria ela procedência, pois no texto da lei paulista compete à Assembléia a atribuição de autorizar desapropriações nos casos e na forma da lei própria, que é a federal.

Na vigência do decreto-lei n.º 3.365 cabe, com efeito, à Assembléia pronunciar-se prèviamente, em se tratando de expropriação de bens públicos (art. 8.º), assim como é de sua atribuição manifestar-se no que se refere à autorização das despesas necessárias, à aprovação das verbas e dos créditos indispensaveis ao aperfeiçoamento da medida.

Nem outra coisa pretende o legislador federal, como resulta, aliás, da Exposição de Motivos com que o então Ministro Francisco Campos acompanhou o projeto de lei:

"A declaração de utilidade pública passa a ser de iniciativa do Poder Executivo, a quem cabe a iniciativa e os estudos preliminares, necessários à realização das obras públicas. Ao Legislativo, em caso de omissão do Executivo, fica reservada igual faculdade, bem como a fiscalização dos atos de outro Poder, mediante concessão ou denegação de créditos para a efetivação das desapropriações decretadas, que, não cumpridas, caducarão automàticamente, pelo simples decurso do tempo".

A bem de ver, tôdas as desapropriações se realizam graças à autorização do Legislativo, pois nenhuma expropriação se aperfeiçoa enquanto não é paga a indenização correspondente, sendo certo que tal pagamento pressupõe a existência de uma despesa legalmente autorizada. Essa autorização pode ser *a priori*, ou seja, pode preexistir ao decreto declaratório de utilidade pública, como acontece quando uma lei especial ou a própria lei orçamentária destina verba global à realização de determinadas obras, cabendo ao Executivo concretizar os objetivos genèricamente aprovados, elegendo os bens tècnicamente aconselháveis à consecução dos fins; ou então poderá a autorização verificar-se *a posteriori*, como quando o Executivo toma a iniciativa da declaração e solicita à Câmara dos Representantes os recursos necessários, não raro premido pela urgência de medidas acautelatórias dos interêsses sociais, como ocorre quando os proprietários dão comêço a serviços em prejuízo do plano da administração.

8 — Admitamos que o art. 20, "c", da Constituição de São Paulo, não comporte outra interpretação senão a que converte a declaração de utilidade pública em ato legislativo, e vejamos se essa hermenêutica se compadece com a ordem constitucional do país.

Em apoio dessa tese, lembra-se, preliminarmente, que cada Estado-membro da Federação, e tão-sòmente êle, pode, com legitimidade, discriminar e distribuir as esferas de competência de seus órgãos, para a prática de quaisquer atos ou funções, inclusive para promover desapropriações.

Dizer se o ato declaratório de utilidade pública compete ao Governador, ou conjuntamente ao Executivo e ao Legislativo, é assunto de "distribuição de competência", que cada Estado dita a si mesmo, por fôrça de sua autonomia fato êsse que se afirma no ato solene de seu auto constituir-se, que é a sua Constituição. Se esta consagra normas que se não harmonizam com leis federais, não poderão as segundas prevalecer na órbita que a cada unidade federada se destinou como próprio.

A Constituição federal, acrescentam os propugnadores de uma solução estadualista, declara ser da competência privativa da União legislar sôbre desapropriações, mas uma coisa é legislar sôbre êste instituto, formal e materialmente, dispondo sôbre as condições de desapropriação, garantias do expropriado, processo de julgamento, etc., e outra coisa é dizer a quem compete, no âmbito dos Estados e dos Municípios, realizar os atos previstos na lei federal própria. Esta primeira parte diz respeito aos atos previstos na lei federal própria. Esta segunda parte diz respeito à autonomia dos Estados, de sorte que a lei de expropriação deve ser considerada insubsistente.

Essa ordem de argumentos corresponde a uma tendência federalista que a Constituição de 1946 até certo ponto favorece, no sentido de super-valorizar os Estados, como bases da Federação, destinando-lhes todos os poderes e atribuições não expressamente outorgados à União no texto constitucional; destarte, concluem, se a Constituição não atribui à União competência para declarar as competências em matéria expropriatória, toca a cada Estado fazê-lo segundo seu critério e discrição.

Não resta dúvida que a Carta Magna, em seu art. 18, § 1.º, reserva aos Estados todos os poderes que implícita ou explìcitamente não lhe sejam vedados, mas não é menos certo que "na reserva de poderes feita em favor dos Estados se excluem os que implìcitamente tocam à União"", como foi bem observado por Carlos Medeiros Silva (cf. *Pareceres do Consultor Geral da República*, vol. I. pág. 122).

A mesma Constituição que outorgou aos Estados todos os poderes não conferidos à União, dispõe, no art. 5.º, que é o Govêrno federal o único competente para legislar sôbre desapropriações (art. 5.º, XV, "g").

Como entender-se êsse dispositivo, máxime levando-se em conta que, conforme disposto na letra "a", já se con-

sagra a competência privativa da União para legislar sôbre direito processual?

E' claro que à União cabe legislar sôbre desapropriações do ponto de vista formal e material, não só fixando normas de processamento, como as relativas às condições ou pressupostos do exercício do direito expropriatório pelo poder público ou seus concessionários.

Nesse ponto, pode dizer-se que é pacífica a conclusão dos nossos mais abalizados hermeneutas do texto constitucional no sentido de que, em se tratando de desapropriação, a competência do Govêrno federal é de ordem absoluta.

Assim se expressa Carlos Maximiliano.

A desapropriação constitui uma decorrência da primazia do interêsse público em face do particular, concernente à propriedade. Esta se rege por normas federais, exclusivamente; seria ilógico, e pràticamente perigoso, atribuir aos Estados competência para regular o assunto, embora supletivamente" (Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, pág. 198).

De igual teor é a observação de Temístocles Cavalcanti:

"A matéria de desapropriações é de direito substantivo e formal, porque, não se disciplina ali sòmente o conteúdo do direito do Estado, mas também o processo próprio para tornar efetiva a incorporação dos bens ao domínio do Estado (.....) E' natural que também o poder de legislar sôbre a matéria tivesse ficado com a União, não tendo ficado para os Estados nem a legislação supletiva, o que torna nula qualquer disposição de lei estadual que discipline a matéria" (*A Constituição Federal Comentada*, vol. 1.º, pág. 120).

Por sua vez, José Duarte, em *A Constituição Brasileira de* 1946, escreve:

"A desapropriação foi incluída entre as matérias sôbre as quais só à União caberá legislar. A desapropriação entende como o direito de propriedade e não há nenhuma vantagem em admitir, a respeito dela, a legislação estadual". (ob. cit., vol. 1.º, pág. 294).

Não menos claro e incisivo é Pontes de Miranda:

"Quando se legisla sôbre desapropriação, formulam-se regras em que se fixam os pressupostos e se diz o processo dentro do qual se pode expropriar. A legislação é, portanto, material e formal" (*Comentários à Constituição de* 1946, vol. 1.º, pág. 266).

Assim sendo, importa averiguar se a declaração de utilidade pública é ou não, pressuposto das desapropriações, algo de inseparável do instituto em sua essência. Não padece dúvida que sim.

"Il decreto di espropriazione, como ensina Zanobini, si perfeziona attraverso un procedimento alquanto complesso, la cui prima fase è diretta ad accertare il pressupposto essenziale del procedimento: la pubblica utilità dell'opera nella quale il bene da espropriare deve essere impiegato" (ob. cit., vol. IV, pág. 209).

Já nos referimos às três grandes orientações dominantes na matéria a propósito do ato declaratório de utilidade pública, mostrando que a tradição de nosso Direito enquadra-se na corrente que, em princípio, confere aquela faculdade aos órgãos administrativos, por entender serem êles os mais aptos a julgar da conveniência "em concreto" dos bens expropriandos, sendo necessária a autorização do Legislativo sòmente em dadas hipóteses e circunstâncias.

Trata-se, efetivamente, de um pressuposto essencial do instituto de desapropriação, de uma condição fundamental da qual depende o caráter do sistema normativo preferido pelo legislador.

Dessarte, como negar-se à União o direito de fixar os pressupostos da desapropriação, se a totalidade dêste instituto se inclui na esfera de sua competência? Quem tem atribuição para legislar sôbre instituto, tem-na necessàriamente para legislar sôbre os seus pressupostos.

9 — Não se deve, por outro lado, exagerar a regra do art. 18, § 1.º, da Constituição, até ao ponto de se excluirem da competência da União as maté-

rias implìcitamente contidas no círculo de suas atribuições privativas. Uma interpretação do mencionado art. 18, de cunho estritamente gramatical, estaria em manifesto contraste com tôda a evolução do federalismo contemporâneo, c qual se caracteriza pelo reconhecimento progressivo de maiores faculdades, ao Poder central (Cf. Michel Monskhély, *La Theorie du federalisme, in La Técnique et les Principes du Droit Public*, 1950, tomo I, pág. 405).

Como acentuam os tratadistas, novas exigências sociais vieram demonstrando a necessidade de uma compreensão mais profunda do princípio da "unidade no federalismo", o que observou nos Estados Unidos da América do Norte desde que Marshall formulou a sua doutrina dos poderes implícitos ("doctrine of implied or incidental powers").

Em seu notável *Traité de Science Politique*, Georges Burdeau asinala êsse "primado do caráter unitário" do federalismo atual, mostrando que isto ocorre mesmo naqueles países onde vigora a fórmula correspondente ao § 1.º do art. 18 de nossa Lei Magna:

"Cependant, pondera Burdeau, la participation des Estats-membres à la puissance féderale n'est pas qu'elle puisse effacer la primauté du caractère unitaire qui ressort avec évidence de l'exame des diverses organisations fédérales existantes.

Cette prééminence de l'aspect unitaire qui se traduit par la supériorité de l'Etat fédéral sur les Etats particuliers se manifeste sur plusieurs poinsts essentiels. Matériellement d'abord, par l'importance des attributions fédérales, car, même lorsque les competences des organes centraux sont énumerée limitativement leur enoncée est fait en termes si larges que le domaine réservé aux autorités locales est pratiquement fort limité. Ensuite, la prépondérance de l'Etat féderal s'affirme en ce que les lois qu'il édicte sur des objects de sa compétence sont immédiatement obligatoires dans chaque Etat particulier" (ob. cit., tomo II, *L'Etat*, pág. 446).

Lembramos aqui de passagem, que não nos parece exato afirmar-se que é a União que se reserva uma soma de poderes e "delega" outros aos Estados. nem por outro lado, se pode sustentar que são "os Estados contratantes do pacto federal" que se reservam os poderes não atribuidos à União (Neste sentido, vide *Revista Forense*, 117-173). Ambas essas teses, sustentadas por "centralistas" e "estadualistas" afiguram-se-nos inaceitáveis: a Assembléia Constituinte, que é expressão do todo nacional, distribui o exercício do poder estatal entre os Municípios, os Estados e a União, sendo esta uma das expressões, a expressão máxima, sem dúvida, do ordenamento interno do Estado brasileiro.

Esta observação a fazemos para que se não tire do art. 18, § 1.º, da Constituição, que reserva aos Estados todos os poderes que, implícita ou explìcitamente, nela não lhes sejam vedados, — a conclusão de que há no Brasil efetivamente um pacto federalista em que os Estados são altas partes contratantes. Na realidade, o citado dispositivo não pode, nem deve ser interpretado isoladamente, mas no conjunto de nosso sistema constitucional que consagra, claramente, a preponderância natural da União.

E' dentro dêsses princípios que devemos reconhecer à União a faculdade de legislar sôbre os pressupostos da desapropriação, estabelecendo quais os órgãos competentes para declarar a utilidade pública.

Isto pôsto, é irrecusável a vigência do decreto-lei federal n.º 3.365, cujo art. 6.º confere ao Presidente, Governador ou Prefeito, aquela função de natureza administrativa; essa regra é imperativa, não podendo contra ela prevalecer qualquer dispositivo emanado pelos legisladores locais, muito embora constem no texto das Constituições dos Estados.

10 — Se, porém, fôsse possível a validade do art. 20, *c*, da Constituição paulista, com o entendimento a que se refere a Consulta, ainda haveria um

outro delicado problema a ser resolvido.

A Constituição de São Paulo, nos artigos 20 e segs., discrimina as atribuições do Poder Legislativo do Estado, e não a de todos os corpos legiferantes com ação no território estadual, de sorte a abranger as Câmaras Municipais.

Não existe nem na Constituição, nem na Lei Orgânica, dispositivo algum estendendo à esfera municipal o disposto no controvertido art. 20, *c*, bem como os demais preceitos concernentes às atribuições do Legislativo estadual.

Nem será possível afirmar que tais dispositivos sejam auto-aplicáveis no âmbito municipal, como se os Municípios fôssem entidades destituídas de autonomia.

Como escrevemos a propósito do *Problema jurídico da criação dos Municípios*, êstes não recebem dos Estados-membros da Federação, como poderia parecer em virtude de usos inveterados de nosso meio político, as linhas demarcatórias de suas faculdades privativas de agir com autonomia, ou seja, para atender a fins próprios com meios próprios.

E' a Constituição a fonte primordial, a cuja luz devem ser examinados os textos, não só das leis estaduais de organização municipal, como também os preceitos das próprias Constituições promulgadas em cada uma das unidades federadas.

Uma cez ordenada constitucionalmente a Nação, ficam potencialmente ordenados os Estados e Municípios, cujas leis constitucionais ou orgânicas não fazem senão tornar explícitos ou atuais, com tôda a riqueza de suas particularidades, os direitos e deveres peculiares a cada expressão do poder popular. Tanto assim é que, quando a "atualização das fôrças hauridas na matriz constitucional se processa de maneira discrepante das normas fundamentais, reage o poder federal negando-lhe "constitucionalidade", o que quer dizer, vigência ou validade jurídica.

Examinando-se o texto da Constituição atual, podemos verificar que a Assembléia Constituinte, como detentora do feixe dos poderes nacionais, distribuiu o exercício da autoridade política de uma forma complexa, que não caberia aqui pormenorizar, traçando três círculos distintos de competência privativa, sem prejuízo de círculos da competência concorrente.

Nossa Constituição, com efeito, após discriminar no art. 5.º a competência da União, e de fixar, nos artigos seguintes, a universal observância de certos princípios fundamentais, prevendo taxativamente as hipóteses de intervenção federal, e delimitando a natureza e o alcance de seu poder tributário, declarou que "aos Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explìcitamente, não lhes sejam vedados na mesma Constituição" (art. 18, § 19).

Não se especifica, portanto, aquilo que cabe aos Estados, mas se declara, no *caput* do artigo citado, que as leis estaduais devem "obedecer aos princípios estabelecidos na Constituição".

Princípios da Constituição ou princípios constitucionais por excelência são os sete discriminados no item VII do art. 7.º, sem prejuízo de outros da essência do regime. Entre aquêles está a "autonomia municipal".

A autonomia municipal ascende, dessarte, no Estatuto básico de 1946, como já no de 1934, à dignidade máxima de um princípio constitucional, armado, aliás, de base econômica em virtude da garantia representada pela capacidade tributária expressa. Limitou-se, pois, o poder de auto-organização dos Estados, que não poderão, a seu talante, restringir a autonomia dos municípios a ponto de torná-los meros executores de ordens superiores. Pode-se dizer que, hoje em dia, o ordenamento jurídico municipal não resulta apenas dos Estados, mas deriva de fonte nacional, dependendo dos Estados quanto à verificação da conveniência política do reconhecimento de novos municípios ou da extinção de entidades insuficientes.

O art. 28 da Constituição federal torna, aliás, patente o caráter de derivação imediata e originária do poder mu-

nicipal, quando lhe assegura autonomia pela eleição do prefeito e dos vereadores, pela "administração própria, no que concerne ao seu peculiar interêsse", garantindo, ainda, os arts. 29 e 15, §§ 2.º e 4.º, competência tributária própria. No julgamento da Representação do Govêrno de São Paulo sôbre a Constituição paulista, reconheceu o Supremo Tribunal que é insuscetível de restrição pelo Estado "a capacidade de organização dos serviços públicos locais, da decretação dos tributos de sua competência, de aplicação das suas rendas" (v. acórdão na Representação n.º 96, *in Arquivo Judiciário*, vol. citado).

11 — O Município, por conseguinte, não pode sofrer restrições estaduais no que se refere à sua autonomia, nem esta se encontra mais, como no regime da Constituição de 1891 (antes de revista), à mercê das leis estaduais, "que definissem o que dentro do Município, constitui interêsse dêste com a exclusão do interêsse do Estado", consoante exegese firmada em vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal, especialmente quanto à possibilidade de nomeação dos Chefes dos Executivos municipais (cf. Castro Nunes, *O Estado Federado e sua Organização Municipal;* Leví Carneiro, *Problemas Municipais*, págs. 76 e seguintes, e Amaro Cavalcânti, *Regime Federativo*, págs. 367 e segs.).

A nossa organização estatal apresenta, pelo exposto, uma fisionomia peculiar, que se distingue nìtidamente da de tipo norte-americano. A Federação "yankee" foi o resultado de um acôrdo entre Estados, marcando um crescendo de integração rumo à unidade política. Entre nós, ao contrário, justamente porque a unidade política já a possuíamos, o federalismo não foi e não pode ser senão um processo técnico próprio de ordenação político-administrativa. Se lá, na América do Norte, o federalismo tem dois têrmos (a União e os Estados), possuindo os Municípios uma existência mais consagrada pela experiência histórica e costumeira do que por normas legais ("because it is a matter, diz Bryce, regulated not by Federal law, but by the several States and Territories each of which establishes such local authorities, rural and urban, as the people of the State of Territory desire, and invests them with the requisite powers" (Bryce, *The American Commonwealth*, vol. I, 9 ed., 1931, página 596), aqui no Brasil o federalismo é tridimensional nas matrizes mesmas da Constituição vigente, não sendo possível falar-se em hierarquia de leis federais, estaduais e municipais, a não ser fora da esfera das respectivas competências privativas.

Como bem pondera Pontes de Miranda, a Constituição de 1946, "sem ir até onde deveria ter ido, restaurou a autonomia municipal e deu nova oportunidade a intensa política municipalista".

O ilustre jurisconsulto acrescenta que "os Municípios não podem ser privados, ainda pela Constituição estadual da competência para organizar os seus serviços. Seria reduzir a autonomia municipal à simples autonomia administrativa, só lhes deixar o cumprimento de normas que a Constituição estadual ou as leis estaduais ordinárias lhes ditassem. O Município é entidade intraestatal regida como o Estado-membro" (*Comentários à Constituição de* 1946, vol. I, pág. 486).

Dada a natureza do Município na estrutura da Federação brasileira deve-se considerar "irrelevante" o disposto no art. 20, *c*, da Constituição de São Paulo relativamente aos poderes municipais.

Como observa Santo Romano, em sua clássica monografia *L'Ordinamento Giuridico*, em um sistema federativo há vários ordenamentos jurídicos coexistentes, cada qual com o seu centro de interêsse e de atributividades normativas, de tal maneira que a distribuição de competências que se opera em um dêles torna-se "irrelevante" para os demais: "In generale, gli effetti o l'efficacia, che dir si voglia, di un ordinamento si esplica nell'ambito che gli é proprio e si arresta invece davante all'ambito dominato da un diverso ordinamento" (ob. cit., pág. 149).

Igual é a conclusão do insigne Hans Kelsen, embora partidário de um absoluto jurídico, absolutamente infenso à teoria pluralista de Santo Romano:

"Sometimes, assevera o mestre da Escola de Viena, the central administrative authorities are competen to supervise the activity of the autonomous bodies; they may annul norms issued by autonomous organs which violate central statutes issued by the legislative organ of the State, but they may not replace such norms by norms created by themselves" (*General Theory of Laws and State*, pág. 315).

Como se vê, qualquer que seja o entendimento dado ao disposto no art. 20, *c*, da Constituição de São Paulo, nenhuma vigência pode ter no âmbito municipal.

Dessa maneira, inexistindo lei estadual estendendo aos municípios os preceitos dos arts. 20 e segs. da Carta Paulista, e sendo esta omissa neste ponto, seria de aplicar-se a lei federal sôbre desapropriações, mesmo na hipótese de se reconhecer ao Estado competência para legislar sôbre a discriminação de atribuições dos poderes locais, o que não nos parece plausível na espécie.

E' o nosso parecer, *sub censura*. *

Miguel Reale, Prof. na Faculdade de Direito de São Paulo.