

Coleção
TEMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Direção de
Celso Antônio Bandeira de Mello

1. DA CONVALIDAÇÃO E DA INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS – *Weilda Zancaner*
2. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO REGIME DA LEI 8.987/95. CONCEITOS E PRINCÍPIOS – *Benedicto Porto Neto*
3. OBRIGAÇÕES DO ESTADO DERIVADAS DE CONTRATOS INVÁLIDOS – *Jacinto de Arruda Câmara*
4. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS – *Daniel Ferreira*
5. REVOGAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO – *Daniele Coutinho Talamini*
6. O SERVIÇO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 – *Dinorá Adelaide Musetti Grotti*
7. TERCEIRO SETOR – *Silvio Luís Ferreira da Rocha*
8. A SANÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO – *Heraldo Garcia Vitta*
9. LICITAÇÃO NA MODALIDADE DE PREGÃO (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002) – *Vera Scarpinella*
10. O PROCESSO ADMINISTRATIVO E A INVALIDAÇÃO DE ATOS VICIADOS – *Mônica Martins Toscano Simões*
11. REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS – *Josana Paula Batista*
12. AS AGÊNCIAS REGULADORAS. O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa – *Marcelo Figueiredo*
13. AGÊNCIAS REGULADORAS – *Alexandre Mazza*
14. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA – *Silvio Luís Ferreira da Rocha*
15. DESAPROPRIAÇÃO DE BENS PÚBLICOS (à luz do princípio federativo) – *Leticia Queiroz de Andrade*

Leticia Queiroz de Andrade

**DESAPROPRIAÇÃO DE BENS
PÚBLICOS**
(à luz do princípio federativo)

Capítulo 3
**PANORAMA DE REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS,
DOCTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS
ACERCA DA DESAPROPRIAÇÃO DE BENS PÚBLICOS**

A legislação brasileira anterior ao Decreto-lei n. 3.365/1941 não tratava expressamente da desapropriação dos bens públicos. Havia, apenas, alguns dispositivos que se referiam à expropriabilidade de categorias específicas de bens públicos, do que é exemplo o art. 9º, § 4º, da Constituição Federal de 1891, que previa a possibilidade da União desapropriar linhas telegráficas interestaduais implantadas pelos Estados, e, também, o já citado art. 34 do Código de Águas, que se refere especificamente à desapropriação de águas públicas.

Mesmo assim, a doutrina e a jurisprudência brasileiras anteriores à edição do Decreto-lei n. 3.365/1941 já admitiam a possibilidade de exercício de poder expropriatório entre as entidades federativas, com notáveis discrepâncias de opinião acerca das condições a serem observadas para efetivação dessa espécie peculiar de desapropriação.

Carlos Augusto de Carvalho tratou da desapropriação de bens públicos no art. 842 de sua *Nova Consolidação das Leis Cíveis*, que é uma compilação não só da legislação civil vigente em 1899, mas também da doutrina e jurisprudência da época, abaixo transcrito:

“Art. 842. A União pode desapropriar a propriedade particular e a dos Estados e Municípios.

“§ Único. A desapropriação por utilidade pública municipal não poderá ser concedida quando estiver em oposição a desapropriação anteriormente decretada por utilidade pública federal.”¹

Além de admitir a possibilidade de exercício de poder expropriatório entre as entidades federativas, sem fazer qualquer distinção quanto à categoria do bem público atingido, o enunciado acima transcrito já fazia referência

1. Ob. cit., p. 253.

à observação de uma escala expropriatória descendente entre os entes federativos como condição para efetivação da desapropriação e como critério para resolução de problema relacionado à desapropriação simultânea de um mesmo bem por entidades federativas de distinto escalão.

Em 1910, Augusto Olympio Viveiros de Castro, no artigo intitulado “Desapropriação por utilidade pública segundo a doutrina e a legislação brasileira”, também admitia a possibilidade de exercício de poder expropriatório entre as entidades federativas e expressava a opinião de que “os Estados podem desapropriar, por utilidade pública, os bens pertencentes à União, salvo se esta tiver necessidade desses bens para executar obras de utilidade pública”.² O Autor ressaltava, contudo, que tal desapropriação só deveria recair sobre os *bens do domínio fiscal* da União, necessários à satisfação de uma utilidade pública dos Estados.³

Esse entendimento era sustentado pelo Autor com base em dois argumentos principais: o primeiro consistente em que o direito de desapropriar – tanto da União, quanto dos Estados – não sofreria outras restrições além das estabelecidas na Constituição, sendo que a Constituição de 1891 “não limita a faculdade dos Estados nesta matéria”;⁴ o segundo argumento era o de que os *bens públicos de domínio fiscal* estão sujeitos ao mesmo regime da propriedade particular e, portanto, também passíveis de serem desapropriados quando presente a *causa publicae utilitatis*, verdadeiro poder de desapropriação, conforme consta da passagem abaixo transcrita: “o sujeito não é senão motor desse poder. O elemento subjetivo não tem realmente a menor importância; ainda que os trabalhos sejam diretamente executados pelo Estado, a desapropriação não poderá realizar-se se não fôr possível provar a *publica utilitas*, a vantagem de todos”.⁵

Contudo, em sua opinião, quando se configurasse litúgio entre a União e determinado Estado sobre a desapropriação do mesmo objeto, hipótese denominada de desapropriação simultânea, a União teria preferência sobre os Estados.⁶

Solidônio Leite, em sua obra *Desapropriação por Utilidade Pública*, publicada em 1921, também admitia a possibilidade de exercício de poder expropriatório entre as entidades federativas,⁷ embora não tenha feito refe-

rência às condições de exercício desse poder, nem tampouco do alcance objetivo dessa desapropriação.

Firmino Whitaker, na 2ª edição de sua obra *Desapropriação*, publicada em 1926, defendia a possibilidade de que quando necessário ao bem público *qualquer pessoa política* poderia desapropriar *bens do patrimônio individual* umas das outras,⁸ conforme segue: “Si para o bem público fôr preciso um imóvel do patrimônio particular do Município, do Estado ou da União, a União, o Estado e o Município podem ser sujeitos passivos uns dos outros, porque o preceito constitucional não faz restrição quanto ao proprietário. A observância do princípio de hierarquia só prevalece quando simultaneamente tais entidades exercem o direito de desapropriar”.⁹

Em sua opinião, apenas os bens públicos patrimoniais eram suscetíveis de desapropriação, pois, do contrário se instauraria um conflito entre dois interesses públicos, sendo que a desapropriação pressupõe conflito entre interesse público e privado.¹⁰

Somente para a resolução de conflitos decorrentes da desapropriação simultânea de um mesmo bem por entidades federativas distintas é que a preferência da União sobre os Estados e Municípios, e, dos Estados sobre os Municípios, serviria de critério para a resolução dos problemas relacionados ao tema.

Quanto à jurisprudência anterior à edição do Decreto-lei n. 3.365/1941, localizamos apenas uma decisão de 1934, em que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou válida desapropriação decretada pelo Governo Federal e levada a efeito pela “São Paulo *Tramway Light and Power*”, cujo objeto era a desapropriação dos terrenos necessários para o aproveitamento da força hidráulica do Rio Perequê e outros, dentre os quais se incluíam os terrenos marginais aos rios, que eram terras devolutas pertencentes ao Estado de São Paulo.¹¹

Apesar de estar voltada precipuamente à resolução de problema relativo à exceção de incompetência que originou o agravo, a decisão fundamentou-se no entendimento de que os bens públicos patrimoniais eram suscetíveis de desapropriação, mas que, para tanto, deveria ser respeitada uma hierarquia existente entre as pessoas políticas: a União poderia desapropriar bens patrimoniais dos Estados ou dos Municípios e os Estados, bens de igual natureza dos Municípios.

2. *Revista de Direito*, vol. 18, p. 434.

3. O Autor analisa especificamente um caso concreto acerca da desapropriação pelo Estado do domínio útil da União sobre bem enfiteutico.

4. Ob. cit., p. 417.

5. Idem, p. 413.

6. Idem, p. 416.

7. Ob. cit., pp. 12-13.

8. Na 3ª edição dessa mesma obra, publicada posteriormente ao Decreto-lei n. 3.365/41, o Autor modifica esse posicionamento, conforme mencionamos mais adiante.

9. Na 2ª edição, p. 12.

10. Idem, pp. 19-20.

11. Ag. Pet 6.046-j. 11.4.1934, Pleno do TJPSP, rel. Min. Lauro de Camargo, *Arquivo Judiciário*, vol. 31, pp. 454-455.

De se constatar, pelo exposto, que a possibilidade de exercício de poder expropriatório entre as entidades federativas era juridicamente admitida antes mesmo de estar expressamente prevista no § 2º do art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941, conquanto – e nesse aspecto o pensamento jurídico da época também era unânime – sujeita a algumas condições ou critérios a serem observados, quais sejam, a categoria do bem atingido e a observação de uma escala expropriatória entre os entes federativos.

Resalte-se, ainda, que o principal motivo apontado para a admissão da possibilidade de desapropriação de bens públicos era o de que a titularidade pública de um bem não deveria servir de óbice para a satisfação dos interesses públicos.

Quanto à escala expropriatória descendente entre União, Estado e Municípios, essa era considerada compatível com a “hierarquia federativa” inerente ao modelo federativo brasileiro, embora se deva registrar que esse aspecto da questão não mereceu exame mais aprofundado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência da época.

Com a edição do Decreto-lei n. 3.365/1941, doutrina e jurisprudência passaram a debater essas questões à luz do preceito estabelecido no art. 2º, § 2º,¹² discutindo-se acerca de sua interpretação e alcance: os bens do domínio das pessoas jurídicas de direito público a que se refere o § 2º são apenas os bens patrimoniais ou o dispositivo alcança todos os bens públicos? É possível a desapropriação de bens públicos no sentido inverso da escala estabelecido no § 2º?

Conforme se verá, logo após a edição desse Diploma legal, verifica-se uma tendência em alargar o campo objetivo da desapropriação dos bens públicos, o qual foi estendido aos denominados bens do *domínio público da administração*, não mais restrita, como se entendia antes do Decreto-lei n. 3.365/1941, apenas aos bens de *domínio privado*.

No que se refere à interpretação do art. 2º, § 2º, é célebre a discussão travada entre Eurico Sodré e Seabra Fagundes, que escreveram sobre o tema, respectivamente, em 1945 e em 1946, nas obras, *A Desapropriação e Da Desapropriação no Direito Brasileiro*.

Na opinião de Eurico Sodré, a autorização legislativa referida no § 2º do art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941 permitiria a inversão da escala

12. Decreto-lei n. 3.365/1941: Art. 2º. Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. (...) “§ 2º Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Território poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa (...)” (destaques nossos).

expropriatória “baseada na hierarquia administrativa decrescente”,¹³ desde que lei federal autorizasse a desapropriação de bem da União por parte dos Estados e Municípios, ou, lei estadual autorizasse a desapropriação de bem estadual pelos Municípios.

Eventuais conflitos decorrentes do cumprimento dessas leis autorizativas seriam resolvidos pelo Poder Judiciário, conforme admitia e previa o art. 107 da Constituição de 1946, com base no critério do “maior benefício coletivo”.¹⁴

Rebatendo esses argumentos, Seabra Fagundes sustentava que o âmbito, as condições e a forma de exproprioamento não de ser os que a lei ordinária traçara e, essa, ao estabelecer a possibilidade de desapropriação dos bens estaduais e municipais pela União e dos bens municipais pelos Estados e Municípios, a possibilidade de desapropriação no sentido inverso, implicitamente a proibiu, até porque, na opinião desse Autor, tal desapropriação repugnaria a hierarquia política do regime.¹⁵

Quanto à possibilidade de litúgio entre as pessoas políticas, expressamente admitida pela Constituição de 1946, não supõe, esse Autor, que as pessoas “menores” (Estados e Municípios) possam criar, por ato próprio, direitos subjetivos contra as “maiores”, o que se daria caso se admitisse que Municípios e Estados pudessem declarar de utilidade pública bens pertencentes, respectivamente, aos Estados e à União. Em sua opinião, a escala expropriatória do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, seria desdobramento do princípio decorrente da “supremacia política e administrativa da União sobre as unidades territoriais, em que se subdivide, e do Estado sobre o Município”.¹⁶

Apesar dessa divergência, os dois Autores tinham a mesma opinião quanto à amplitude objetiva dessa desapropriação, que poderia alcançar até mesmo os bens já destinados à satisfação de uma utilidade pública.

Para Eurico Sodré: “Se hoje, ninguém discute o fim social da propriedade privada, não se admite, nem por hipótese, a impossibilidade jurídica de utilizar, nesse mesmo fim, os bens públicos”,¹⁷ e, de acordo com Seabra Fagundes, “no direito brasileiro são inadmissíveis quaisquer restrições à expropriação dos bens públicos com base na sua natureza. A lei não criou restrição alguma ao autorizar a desapropriação deles, e, pelos seus termos am-

13. Ob. cit., p. 109.

14. Idem, p. 107.

15. Idem, pp. 82-83.

16. Idem, p. 81.

17. *A Desapropriação*, p. 107.

plos, se depreende derogada a inalienabilidade em cada caso de utilidade da desapropriação".¹⁸

Após a edição do Decreto-lei n. 3.365/1941, na 3ª reedição de sua obra *Desapropriação*, Firmino Whittaker modificou seu anterior posicionamento, acima exposto, segundo o qual quando necessário ao bem público qualquer pessoa política poderia desapropriar bens do patrimônio individual umas das outras, porquanto, em sua opinião, o § 2º do art. 2º excluiu a possibilidade de que os Municípios possam desapropriar bens dos Estados e da União, e os Estados, da União, ainda que sejam de natureza patrimonial.¹⁹

Contudo, mesmo após a edição do Decreto-lei n. 3.365/1941, o Autor manteve a opinião, exposta acima, de que apenas os bens públicos patrimoniais eram suscetíveis de desapropriação.²⁰

Em 1947, Ildelfonso Mascarenhas da Silva, em sua obra *Desapropriação por Necessidade e Utilidade Pública*, posicionou-se no sentido de que a inversão da escala estabelecida no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, afrontaria a hierarquia legal das leis no sistema federativo.²¹

Para esse Autor, todos os bens públicos seriam suscetíveis de desapropriação, uma vez que a inalienabilidade desses bens derivaria de sua destinação pública, a qual poderia ser alterada ou cessada por força do decreto da autoridade pública competente que declarar a prevalente utilidade pública desse bem. A prevalência, diz o Autor, será sempre da União com relação aos Estados e Municípios, e dos Estados com relação aos Municípios, independentemente de estarem ou não seus bens destinados ao uso público. Confira-se: "O fundamento da desapropriação é a necessidade pública, é a utilidade pública e é o interesse social, que prevalece contra o direito de propriedade privada, ou mesmo contra o bem público, pois a União pode expropriar propriedade do Estado e esse ao do Município. Não é lícito, porém, ao Município desapropriar bem da União, por que o interesse da União, bem como o seu Direito, é preponderante sobre as outras esferas da organização administrativa".²²

O Autor também dá notícia de como a questão da expropriabilidade de bens públicos era tratada em outros países que adotaram o regime federalivo: na Argentina, a jurisprudência consagrou o direito da Nação de desapropriar bens provinciais no interesse público; nos Estados Unidos, a União não pode desapropriar bens dos Estados e sequer desapropriar bens particulares

sem a autorização desses, podendo, contudo, os Estados desapropriarem bens das municipalidades, vedando-se o inverso; no México, embora a lei seja omissa, a Constituição consagrou o princípio do direito eminente como pertencente à União; na Venezuela apenas a União tinha o direito de desapropriar; na União Sul-Africana, Espanha e Áustria, a lei é omissa.

Em 1953, iniciou-se discussão judicial acerca da possibilidade de desapropriação pelo Município de Americana de bem pertencente à Cia. Paulista de Estradas de Ferro, empresa estatal prestadora de serviço público federal, para o alargamento de trecho de uma avenida e execução do plano de urbanização do Município.

O caso, examinado por Juízo da Comarca do Estado de São Paulo, pela 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,²³ pela 1ª Turma²⁴ e Pleno do Supremo Tribunal Federal,²⁵ é rico em decisões que se aprofundaram no exame de variados aspectos relativos ao tema ora tratado.

A sentença, proferida sob a égide da Constituição de 1946, é o primeiro registro que temos de decisão que tenha negado aplicação ao art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, sob o fundamento de que sendo o direito de expropriar de origem constitucional, apenas a Constituição poderia restringir a faculdade de expropriar dos Estados e Municípios e, como esta não estabeleceu qualquer restrição que se refira à natureza dos bens ou à condição do proprietário, o direito de desapropriar é, nesse particular, uma faculdade irrestrita, que a União, no exercício do direito de legislação privativa sobre a matéria, não poderia restringir.

A ausência de hierarquia jurídica entre os entes federativos é expressamente ressaltada no seguinte trecho da sentença, transcrito no acórdão relativo ao julgamento do recurso extraordinário pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal,²⁶ no qual foi acatada a tese nela desenvolvida: "vé-se logo que às administrações locais, instituídas pela organização constitucional da Nação, um único poder hierárquico superior se impõe, e este não é a pessoa jurídica da União, a administração federal, mas tão somente a soberania popular que se expressa nas deliberação de assembleias constituintes".

E, mais adiante: "Entre os poderes federal, estadual e municipal, o que existe é distribuição de funções e absoluta paridade de valor como órgão da administração, a cada um deles competindo a faculdade de decretar desapropriação".

23. Ag. Pet 63.456, j. 9.9.1953, rel. Des. Fernandes Martins, com declaração de voto vencido do Des. Ulisses Dória, RDA 37/225.

24. RE 26.149, j. 5.12.1955, rel. Min. Afrânio Antônio da Costa.

25. ERE 26.149, j. 18.10.1965, rel. Min. Vítor Nunes Leal, RTJ 35/11.

26. RE 26.149, j. 5.12.1955, *Enunci STF*, vol. 245-01, p. 309.

18. Idem, p. 84.

19. Na 3ª edição, p. 22, nota de rodapé n. 36.

20. Idem, p. 22.

21. Ob. cit., p. 1.221.

22. Idem, p. 72.

priação, sem restrições outras senão as que decorrem de texto constitucional".

Sob o fundamento de que os bens efetivamente aplicados no serviço da concessão não podem ser desapropriados por nenhum órgão da administração, federal, estadual ou municipal, porque já estão a serviço da necessidade ou utilidade pública, mas que essa especial prerrogativa não se aplica aos bens de simples domínio do concessionário, que não estejam a serviço da concessão, o Juiz denegou a segurança, entendendo que a afetação ou não do bem ao serviço público demandaria dilação probatória, incompatível com a via processual eleita.

Essa tese foi rejeitada pela maioria dos integrantes da 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com base em que a desapropriação pretendida pelo Município ofendia a hierarquia política constitucional, por força da qual só a União poderia promover a desapropriação de bem de concessão de serviço público estadual, estando o próprio Estado impedido de proceder como o Município, pois renunciou ao direito de desapropriar bem da concessão, salvo se promover a desapropriação de todo acervo.

Nos embargos de declaração opostos contra o provimento do recurso extraordinário, que, conforme dito, acatou a tese desenvolvida em Primeira Instância e reformou o acórdão referido no parágrafo acima, o Ministro Vítor Nunes Leal espousou o entendimento de que admitir que Municípios possam desapropriar bem afetado a serviço público estadual ou federal concedido subvertia o equilíbrio federativo, pois estar-se-ia conferido ao Município o direito de desfazer o que tivesse feito a União ou o Estado, no uso regular de sua competência. Além disso, essa desapropriação contrariaria o art. 2º, § 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941.

Contudo, o Ministro endossou o argumento do Juiz de Primeira Instância, também acatado pelo acórdão embargado, no seguinte ponto abaixo reproduzido: "A distinção feita pela sentença e pelo acórdão embargado parece-me de todo razoável. Não é o patrimônio da concessão que fica imune à desapropriação por entidade de menor jurisdição, mas o serviço público por ele explorado, para que não sofra solução de continuidade, com frustração dos objetivos que leve o poder concedente".²⁷

Os embargos foram recebidos, apenas em parte, para que o Tribunal de Justiça verificasse se o terreno questionado integrava o serviço público explorado ou se, nesse ponto, faltava liquidez e certeza ao direito pleiteado.

Em 1962, registramos decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal referente a bem da "Fábrica Nacional de Motores S.A.", empresa estatal

federal, que havia sido declarado de utilidade pública pelo Estado do Rio de Janeiro e, posteriormente, também declarado de utilidade pública pela União.²⁸

Nessa decisão, considerou-se que a primeira desapropriação visava à integralização de capital do Estado do Rio de Janeiro em empresa estatal da qual a União também era acionista, enquanto que a segunda desapropriação visava à proteção de área de manancial, bem jurídico de maior importância.

Além desse aspecto, considerou-se também não haver vedação para que a União desapropriasse bem desapropriado pelo Estado, ou que por ele esteja em vias de desapropriação, porquanto assim autoriza a escala expropriatória do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, fundada na superioridade da União com relação aos Estados.

No ano seguinte de 1963, registramos decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal referente à desapropriação dos bens de empresa privada concessionária de serviço público federal, a "Companhia Central Brasileira de Força Elétrica", por parte do Estado do Espírito Santo.²⁹

Essa decisão, seguida da que foi proferida no mesmo ano, em caso idêntico, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário interposto pela Prefeitura Municipal de Ibiraci contra a "Companhia Força e Luz de Ibiraci",³⁰ que a teve como paradigma, deu origem à Súmula 157 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: "É necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados de empresa de energia elétrica".

Considerou-se nessas decisões que, em verdade, o Estado do Espírito Santo e a Prefeitura Municipal de Ibiraci pretendiam a encampação do serviço público prestado pela Concessionária, medida que só poderia ter sido adotada pela União, tendo em vista tratar-se de matéria de seu peculiar interesse. Por essa razão, a desapropriação dos bens vinculados a serviço público concedido pela União dependeria da autorização do Presidente da República.

Em 1968, Roberto Barcellos de Magalhães, na obra *Teoria e Prática da Desapropriação no Direito Brasileiro*, posicionou-se pela expropriabilidade de bens públicos de acordo com a escala do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, inadmitindo a desapropriação na ordem inversa, já que seria contrária à ordem hierárquica descendente entre União, Estados e Municípios.

28. RE 47.875-RJ, j. 21.8.1962, rel. Djalma da Cunha Neto.

29. MS 11.075, j. 29.4.1963, rel. Min. Ary Franco.

30. RE 52.625-MG, j. 23.8.1963, rel. Min. Ribeiro da Costa.

27. ERE 26.149, j. 18.10.1965, p. 13.

Na opinião do Autor, a escala expropriatória aplicar-se-ia também aos bens que integram serviço público concedido, mas não aos particulares do concessionário, que não estejam afetados ao serviço.³¹

No ano de 1972, Hely Lopes Meirelles examinou a questão da desapropriação de bens públicos em parecer acerca da declaração de utilidade pública por parte do Estado de São Paulo de parte de uma área que recobria jazida em lavra concedida pela União à "Sociedade Mineradora Mar Pequeno Ltda".³² A desapropriação teria como beneficiária a DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A, sociedade de economia mista estadual.

No parecer, o Autor expressou a opinião de que com a desapropriação o Estado estaria revogando, por via oblíqua, o ato de concessão da lavra expedido pela União, o que representaria uma inversão da hierarquia federal, em desarmonia com o disposto no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941.³³

O decreto expropriatório seria então inconstitucional, por invadir matéria reservada à União, e ilegal, por contrariar o Código de Mineração e seu regulamento, que deferem a concessão da lavra e a sua cassação, anulação ou declaração de caducidade exclusivamente ao Presidente da República.

Caso interessantíssimo, cuja discussão se iniciou em 1974, foi o da declaração de utilidade pública por parte do Município de Vinhedo de uma Adutora Municipal, que, embora fosse parcialmente localizada em seu território, pertencia ao Município de Valinhos, que a utilizava para o abastecimento de água da respectiva população: é o primeiro registro que temos de exercício de poder expropriatório entre entidades de mesma escala federal.

Contra esse ato de declaração de utilidade pública, o Município de Valinhos impetrou mandado de segurança, ao qual foi juntado parecer de Celso Antônio Bandeira de Mello.³⁴

Para a resolução do problema jurídico a ele submetido, o Autor se serve do seguinte instrumental teórico: 1) fundamento jurídico do poder expropriatório; 2) bens públicos e sua função; e 3) relacionamento das pessoas jurídicas de direito público.

Após examinar esses três aspectos relacionados à questão, o Autor lança as seguintes premissas que serviram de base para formar sua opinião: 1) "A desapropriação supõe a invocação de interesse de uma pessoa pública (necessidade, utilidade pública ou interesse social) superior ao de outra pes-

soa,³⁵ cujos interesses sejam qualificados pela ordem jurídica como de menor relevância ou abrangência e, por isso mesmo, sobrepujáveis pelo expropriante";³⁶ 2) "Nas relações controversas incidentes sobre bens públicos, se as partes conflitantes perseguem interesses jurídicos do mesmo nível, prepondera a proteção incidente sobre o bem público, quando o grau de adscrição de um interesse coletivo atual se sedita nas escalas em que é mais elevado seu comprometimento com a realização imediata de uma necessidade pública";³⁷ 3) "Por inexistir desequilíbrio jurídico entre as pessoas políticas do mesmo nível constitucional, uma não pode opor à outra suas prerrogativas de autoridade se tal proceder acarretar interferência em interesse público a cargo daquela contra a qual se pretenda invocar um poder de supremacia".³⁸

Na opinião do Autor, o silêncio do Decreto-lei n. 3.365/1941 sobre a desapropriação de bens públicos por entidades da mesma escala federativa não deve ser interpretado como implícita autorização irrestrita dessa desapropriação.

Conclui, portanto, ser intolerável o exercício da desapropriação de bem estadual por outro Estado ou bem municipal por outro Município quando os interesses postos em entrecolho são ambos interesses públicos, dado o equilíbrio jurídico deles;³⁹ mas, reversamente, a desapropriação será possível quando o bem atingido não estiver preposto à satisfação de uma necessidade pública, pois nesse caso não se cogita de interesses públicos nivelados, mas da confrontação de um interesse público primário com interesse meramente patrimonial.⁴⁰

Embora tenha analisado especificamente a questão da expropriabilidade de bens entre entidades da mesma escala federativa, o Autor aponta como termo de solução para entrecolhos de interesses públicos a prevalência do interesse mais relevante ou de abrangência mais compreensiva, considerando-se o grau de interligação que o bem a ser expropriado possua com a necessidade e a utilidade pública, para o fim de que "a utilidade preponderante extraia do bem almejado o proveito público maior que nele se encarna".⁴¹

35. Note-se que o Autor se refere à *superioridade do interesse* a cargo de determinada pessoa jurídica de direito público, e não à *superioridade do sujeito em si mesmo considerado*, diferenciação que até então não havia sido feita tanto na doutrina quanto na jurisprudência e que produz profundas consequências para o estudo do tema em questão.

36. Ob. cit., pp. 49-50.

37. Idem, pp. 51-52.

38. Idem, p. 54.

39. Idem, p. 56.

40. Idem, *ibidem*.

41. Idem, p. 49.

31. Ob. cit., pp. 62-63.

32. Publicado na RDA 109/283.

33. Idem, pp. 287-288.

34. Publicado na RDP 29.

Essa opinião do ilustre administrativista quanto à inexpropriabilidade do bem pertencente ao Município de Valinhos pelo Município de Vinhedo foi acatada na sentença concessiva da segurança requerida, confirmada no acórdão da 4ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo,⁴² e, também, pela maioria dos integrantes do Pleno do Supremo Tribunal Federal.⁴³

Na sentença e acórdão mencionados, registra-se pela primeira vez o entendimento, influenciado pelo parecer acima, de que a escala expropriatória estabelecida no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941 funda-se não na superioridade de determinada pessoa política, mas “no prevalecimento do interesse das organizações administrativas de maior abrangência, em confronto com as de menor, no quadro constitucional”, pressupondo-se que aos “entes de maior expressão se depositam mais interesses relevantes”.⁴⁴

Nessas decisões negou-se relevância ao argumento de que o bem objeto de desapropriação encontrava-se no território da entidade expropriante, o que não constituiu entendimento unânime do Pleno do Supremo Tribunal Federal, conforme a declaração de voto preliminar do Ministro Moreira Alves e declarações de voto vencido dos Ministros Leão de Abreu e Rodrigues Alckmin, das quais trataremos mais adiante.

Esses três ministros expressaram também o entendimento de que a desapropriação prevista no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941 não seria a única modalidade de desapropriação de bens públicos possível.

O Ministro Moreira Alves considerou ser possível a desapropriação entre entidades de mesma escala federativa quando o bem dominical de uma estiver situado no território da outra, que dele necessite para fim público.⁴⁵ Contudo, como não era essa a hipótese dos autos, o Ministro votou, com a maioria, pelo não conhecimento do recurso.

O Ministro Leão de Abreu, em interpretação original do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, defendeu ser maior ainda o alcance da desapropriação de bens públicos. Para ele, os bens dominicais das pessoas jurídicas de direito público são sempre expropriáveis umas pelas outras quando necessários à satisfação de uma finalidade pública, porquanto não se inserem nem no domínio público, nem no patrimônio administrativo dessas pessoas, as quais podem, ao menos em princípio, desapropriar quaisquer bens localizados em seu território, pois a Constituição não impõe restrições rela-

tivas à natureza dos bens a serem expropriados. Ao contrário, no que se refere aos demais bens públicos, a regra é não poderem ser desapropriados, uma vez que, se a desapropriação só é admissível para servir o interesse coletivo e os bens já se encontram a serviço deste, seria uma contradição deixá-los sujeitos à expropriação.

Assim, a autorização legislativa à que se refere o § 2º do art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941, desnecessária para desapropriação dos bens dominicais, teria a função de servir como critério para a desapropriação dos demais bens públicos, conforme exposto no trecho de seu voto abaixo transcrito: “Este não outro, foi o objetivo que teve em mira o § 2º, do art. 2º, da Lei das Desapropriações. Por meio dessa prescrição legal pretendeu-se autorizar a União a desapropriar os bens do domínio público dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como os dos Municípios pelos Estados. Porque, nesse caso, entram em conflito dois interesses públicos – o do desapropriante que se dispõe a tomar para si determinado bem e o do desapropriado que quer conservar o bem vinculado à finalidade pública a que o destinou – essa norma legal subordina a desapropriação a ato legislativo que a autorize”.⁴⁶

Considerando que o Município, em cujo território esteja localizado bem dominical pertencente a outro, pode desapropriar esse bem para destiná-lo a uma finalidade pública, até para evitar que municípios mais ricos preponderem sobre os mais pobres, e que, no caso concreto, o bem sobre o qual se contenda foi desqualificado como bem do patrimônio administrativo do Município de Campinas, que o vendeu, sob regência de direito privado, ao Município de Valinhos, o qual até a data do decreto expropriatório ainda não o havia afetado ao atendimento da necessidade pública, o Ministro considerou válida a desapropriação pelo Município de Vinhedo, votando pelo conhecimento e provimento do recurso.

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Rodrigues Alckmin, mas sob o fundamento de que o poder de expropriar do Município se estende a todo o seu território, excluídos apenas os bens do respectivo Estado e da União, uma vez que o domínio eminente destes é de grau superior ao do Município.⁴⁷

Ao final, por maioria de votos, negou-se conhecimento ao recurso extraordinário, ressaltando o Ministro Xavier de Albuquerque, em seu voto, que o equilíbrio federativo não consente na desapropriação entre entidades de mesma escala federativa.⁴⁸

42. Ap 25.042, j. 2.7.1975, rel. Des. Torres de Carvalho, RT 482/160.

43. RE 85.550-SP, j. 22.2.1978, rel. Min. Xavier de Albuquerque, com declarações de voto vencido, RTJ 87/542.

44. Trecho do voto do Des. Torres de Carvalho na decisão acima citada, p. 161.

45. RE 85.550-SP, cit., pp. 547-548.

46. Idem, p. 553.

47. Idem, pp. 558-559.

48. Idem, p. 546.

Nesse mesmo ano de 1974, o Pleno do Supremo Tribunal Federal apre-
ciou outro caso de desapropriação entre entidades da mesma escala federati-
va, por ocasião da desapropriação de uma coleção de arte sacra, recém ad-
quirida pelo Estado da Bahia, por parte do Estado de Pernambuco.

Contra o decreto expropriatório, o Estado da Bahia interpôs mandado
de segurança, ao qual foi juntado parecer proferido por Sérgio Ferraz.⁴⁹

No parecer, o Autor acata o posicionamento de Seabra Fagundes quan-
to à impossibilidade de desapropriação de quaisquer bens públicos no senti-
do inverso ao da escala expropriatória do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/
1941, acrescentado aos argumentos de Seabra Fagundes contra essa des-
propriação o de que estão expressa e exaustivamente previstos na Constitui-
ção todos os instrumentos de interação das partes componentes de nossa
estrutura federativa, não se admitindo nesse campo interpretações extensi-
vas ou analógicas, pois, qualquer elástico, diz ele, “põe em risco o próprio
equilíbrio federativo”.⁵⁰

Assim, diz o Autor, “se a ordem constitucional afirma o primado
normativo do ente federativo ‘superior’, e, se o Decreto-lei 3.365/1941, que
possui ‘inequívoco caráter complementar’ da regra constitucional atinente
à desapropriação, só admite a desapropriação de bem público quando ob-
servada a hierarquia federativa, a consequência é a de que se exclui a possi-
bilidade de ‘ente menor’ desapropriar bens de ‘ente maior’”.⁵¹

Na opinião desse Autor, tal vedação deve ser estendida às entidades de
mesma escala federativa, conforme trecho abaixo reproduzido: “Se a escala
do § 2º do artigo 2º é de direito estrito, não só aos entes públicos menores é
vedado desapropriar bens de entidades públicas hierarquicamente superio-
res, mas igualmente o exercício da faculdade expropriatória, que tenha como
pretensos sujeitos ativo e passivo pessoas de direito público da mesma or-
dem de grandeza federativa, está legalmente vedado. Como manifestação de
supremacia (conformada embora à ordem jurídica), o direito de desapropriar
supõe uma natural posição de ascendência, política e jurídica, do expropriante
sobre o expropriado. Ora, tal posição inexistente, quando se confrontam Esta-
dos-membros ou Municípios”.⁵²

A essa conclusão também chegou a maioria (apertada) dos Ministros
que compunham o Pleno do Supremo Tribunal Federal,⁵³ que concedeu a
segurança para declarar a nulidade do ato expropriatório, sob o fundamento

de que referido ato contrariava o equilíbrio federativo, a igualdade jurídica e
a autonomia existente entre os Estados, assim como, por não estar a expro-
priação entre entidades de mesma escala federativa expressamente prevista
em lei, não devia ser admitida, tendo em vista que à administração pública só
se permite fazer o que a lei expressamente autoriza.

Nos votos vencidos foram considerados aspectos pertinentes à validade
da venda da coleção de arte sacra dos herdeiros de Abelardo Rodrigues para
o Estado da Bahia, e, sobretudo a prerrogativa atribuída às pessoas políticas
de desapropriarem os bens que se encontrem em seu território.

Em esclarecimento de aspecto relacionado a seu voto, o Ministro
Thompson Flores expressou a opinião de que o equilíbrio federativo teria
sido rompido pelo Estado da Bahia, que adquiriu a coleção que se encontra-
va no território do Estado de Pernambuco e com relação à qual esse Estado
já havia manifestado interesse.⁵⁴

Em 1976, a 4ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São
Paulo negou provimento à apelação da FEPASA, sociedade de economia
mista estadual, contra desapropriação promovida pelo Município de Bebe-
douro, para a abertura e prolongamento de uma avenida, confirmando sen-
tença que havia denegado a segurança pleiteada para o fim de anular o ato
expropriatório municipal.⁵⁵

O critério adotado para a resolução do conflito foi o da hierarquia fede-
rativa, temperado por considerações acerca da destinação do bem, entenden-
do-se ser inadmissível a expropriação pelos Estados e Municípios de bens
vinculados a serviço público, sem autorização da entidade “superior” que os
instituiu e delegou, em nome do princípio da continuidade.

Ficou também consignado na decisão o entendimento, apoiado em Hely
Lopes Meirelles, de que a escala hierárquica expropriatória não seria aplicá-
vel aos bens de entidades de natureza administrativa não afetos ao serviço
público, sendo, portanto, admissível a expropriação de bens dominicais de
entidades de natureza administrativa federal pelos Estados, e estadual, pelos
Municípios. Como, no caso concreto, a desapropriação recaía sobre um pátio
de estação abandonado, foi reafirmada a validade do ato que a decretou.⁵⁶

Em 1977, Sérgio Ferraz volta ao tema da desapropriação de bens públi-
cos, abordando diversos aspectos a ele referentes, em um dos estudos inte-

49. RDP 30.

50. Idem, p. 73.

51. Idem, pp. 73-74.

52. Idem, p. 47.

53. MS 19.983, j. 27.8.1975, rel. Min. Thompson Flores, RTJ 77/48.

54. Idem, pp. 359-360.

55. Ap em MS 47.759, j. 22.12.1976, rel. Des. Torres de Carvalho, RT 498/148.

56. Esse entendimento foi construído sobre o pressuposto de os bens autárquicos e
os bens pertencentes diretamente às pessoas políticas serem bens públicos de categorias
distintas, conforme citação constante do acórdão em referência.

grantes de sua obra denominada *3 Estudos de Direito*, dedicado à “Desapropriação de bens públicos”.

Nessa obra, o Autor ressalta a importância em se considerar a destinação pública do bem para fins de desapropriação, posicionando-se pela inexpropriabilidade dos bens de uso comum e especial, porque a afetação ao uso ou serviço público os faz inalienáveis, portanto, insuscetíveis de serem objeto de “compulsória transferência de titularidade”.⁵⁷

O Autor reafirma sua posição pela impossibilidade de desapropriação em ordem inversa à escala federativa, sendo de se transcrever o seguinte trecho que sintetiza seu pensamento sobre essa questão: “Sob o ponto-de-vista subjetivo, portanto, o pólo ativo da faculdade expropriatória só pode configurar-se quando exista entre seu exercente, e o titular do bem expropriando, uma posição de ascendência jurídica, em terreno de avaliação da utilidade ou interesse públicos. Sob o prisma objetivo, doutra parte, imprescindível será que o bem expropriando seja passível de disponibilidade compulsória, o que acontece quando não esteja ele afetado a um uso ou serviço público”.⁵⁸

O Autor estende essas conclusões aos bens autárquicos, razão pela qual se posiciona pela impossibilidade de Estados e Municípios desapropriarem quaisquer bens de autarquias federais, e de Municípios desapropriarem quaisquer bens de autarquias estaduais; assim como pela impossibilidade de serem desapropriados os bens de quaisquer autarquias quando vinculados ao uso ou serviço público.

Quanto aos bens de concessionários de serviço público, manifesta-se pela impossibilidade de Estados e Municípios desapropriarem bens de concessionárias delegatárias de pessoa jurídica de direito público de “hierarquia superior”,⁵⁹ em harmonia com o § 3º do art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941 e Súmula 157 do STF, ressaltando que o óbice só existe quando se trate de bem vinculado à exploração do serviço.

Em 1979, Caio Tácito, no parecer que proferiu acerca de decisão do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que afastou a necessidade do Estado de São Paulo indenizar a desapropriação de bens públicos de uso comum pertencentes ao Município de São Paulo, que eram ruas e praças internas compreendidas na área particular objeto de desapropriação, posicionou-se pela expropriabilidade de quaisquer bens públicos.

O Autor rejeitou o fundamento da decisão da 2ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, pelo qual a expressão *bens de domínio dos Esta-*

dos, Municípios, Distrito Federal e Territórios, utilizada no art. § 2º do 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941, constituiria uma indicação de que apenas os bens patrimoniais dessas pessoas seriam suscetíveis de desapropriação.⁶⁰

Na opinião do Autor, todos os bens do *domínio público* são suscetíveis de desapropriação, inclusive os de uso comum, respeitando-se a escala expropriatória do art. § 2º do 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941, conforme admite a doutrina e jurisprudência pátria.

Esse entendimento foi sufragado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário interposto pela Prefeitura Municipal de São Paulo contra o Estado de São Paulo, Ana Cardia Teixeira e Outros, ao qual foi juntado o parecer acima referido.⁶¹

Nessa decisão, que impôs a necessidade de que o Estado de São Paulo indenizasse a desapropriação dos bens municipais desapropriados, considerou-se que o art. 153, § 22, da Constituição de 1969, bem como o art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941, não estabelecem limitações de acordo com a natureza dos bens, estatuinto, esse último, ao contrário que *todos* os bens são suscetíveis de desapropriação, nos quais se incluem até mesmo os que são de uso comum do povo.

De forma que, as únicas condições impostas para a desapropriação de bens públicos decorreriam do § 2º do art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941, quais sejam, a observação da escala expropriatória e a necessidade de prévia autorização legislativa.

Em 1980, a 2ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo negou provimento à apelação interposta pela FEPASA, sociedade de economia mista concessionária de serviço público, contra o Município de Presidente Epitácio,⁶² que pretendia desapropriar bem da concessionária não afetado ao serviço público por ela prestado.

O fundamento da decisão foi o de que a imunidade de desapropriação aplicava-se apenas aos bens afetados ao serviço público e não aos demais bens da concessionária.

No mesmo ano, proferida decisão em idêntico sentido pela 8ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do agravo de instrumento interposto pela CESP – Cia. Energética de São Paulo – contra a Prefeitura Municipal de Igarapú do Tietê.⁶³

60. “Desapropriação – Bens do domínio público municipal – Indenização”, *RDA* 138/293.

61. RE 88.914-1-SP, j. 4.9.1979, rel. Min. Thompson Flores.

62. Ap 99.390, j. 14.4.1980, rel. Des. Franciulli Netto, *RT* 541/172.

63. AI 10.924-2, j. 16.10.1980, rel. Des. Alvarez Cruz, *RT* 549/91.

57. Ob. cit., p. 29.

58. Idem, p. 26.

59. Idem, p. 44.

Também nesse ano, é publicada a 1ª edição do *Tratado Geral da Desapropriação*, no qual J. Cretella Júnior dedicou capítulo específico ao tema da desapropriação de bens públicos.⁶⁴

O Autor posicionou-se pela expropriabilidade de todos os bens públicos, desde que estritamente observada a escala expropriatória prevista no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, pois a expressão ampla do *caput* desse mesmo artigo inclui os três tipos de bens, e revoga, ainda que de maneira implícita, a intangibilidade dos bens de uso comum e especial.⁶⁵

Além de estar sujeita à observação da “hierarquia federativa”, a desapropriação de bens públicos dependeria também de autorização legislativa do poder expropriante. O que não é possível, na opinião desse Autor, é a desapropriação em sentido inverso, porquanto contrária ao princípio hierárquico, e o que denomina de “desapropriação nivelada”,⁶⁶ entre entidades de mesma escala federativa, ambas afonosas à autonomia das entidades federativas. Diz o Autor: “Se pessoas jurídicas públicas de ‘hierarquia menor’ – chamemo-las assim – necessitarem, para seus serviços e obras, de bens públicos de pessoas de ‘hierarquia maior’, os bens podem ser obtidos mediante acordo celebrado entre as duas pessoas jurídicas públicas relacionadas”.⁶⁷

Esse “princípio hierárquico”, diz ele, estende-se às autarquias e concessionárias: as pessoas políticas “maiores” podem desapropriar bens das pessoas administrativas “menores”. O Autor admite, contudo, que Estados e Municípios possam desapropriar bens de autarquia federal situada em seu território.⁶⁸

Em 1984, Caio Tácito volta a ferir alguns aspectos relacionados ao tema da desapropriação de bens públicos, em parecer⁶⁹ no qual examinou a validade de lei do Município de Porto Velho, que transformava em bem público municipal de uso comum uma via de acesso para transporte e circulação, construída e utilizada pela Companhia de Mineração Jacundá, empresa titular de concessão de lavra, localizada em terra devoluta da União.

O Autor considerou tratar-se de desapropriação indireta levada a cabo pelo Município, padecente da mesma eiva de ilegalidade e de inconstitucionalidade de que padeceria o correspondente decreto expropriatório, já que os Municípios não podem desapropriar bens públicos da União, nem tampouco bens de concessionárias federais quando afetados ao serviço público.

64. Ob. cit., p. 114.

65. Idem, p. 119.

66. Idem, p. 115.

67. Idem, p. 120.

68. Idem, p. 121.

69. Publicado na RDA 138/328.

Em 1987, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal apreciou questão atinente à desapropriação simultânea de imóvel de particular pela Prefeitura Municipal de Divino e pelo Estado de Minas Gerais. Apesar de a referida decisão não tratar de desapropriação de bem público, mas sim, de desapropriação simultânea de bem particular, seu interesse se justifica por que reforce aspectos jurídicos relacionados ao tema.

Contra a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que reformou a decisão concessiva de imissão na posse que o favorecia, o Município inter pôs recurso extraordinário.⁷⁰

Embora tivesse sido o Município o primeiro a declarar a utilidade pública do bem e ajuizar a correspondente ação expropriatória (com antecedência de 15 e 57 dias, respectivamente, em relação ao Estado), a preferência foi atribuída ao Estado, tendo em vista que esse poderia desapropriar até mesmo bem já pertencente ao Município, de acordo com a escala expropriatória do art. 2º, § 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941.

Para o Ministro Célio Borgia, relator do acórdão, que negou conhecimento ao recurso, a competência da União para legislar sobre desapropriação é consequência direta de sua condição de titular originária do domínio eminente, sendo derivado o poder de desapropriar dos Estados e dos Municípios. Tal consideração serviu-lhe de base para essa decisão, conforme demonstra o trecho abaixo transcrito: “Invoca o Município de Divino a autonomia assegurada por norma constitucional da União (art. 15) para alargar a posição hierarquicamente subalterna a que o relegou o v. aresto recorrido. Se, a meu ver, não há que falar em hierarquia entre partes constitutivas da Federação, quando uma delas é titular de um direito próprio de autonomia, concedido pela Constituição Federal, é, contudo, de afirmar-se que, no caso, existe uma regra de preferência a favor do Estado, que o Tribunal *a quo* reconheceu corretamente”.⁷¹

Em 1988, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário que a Rede Ferroviária Federal S.A., sociedade de economia mista concessionária de serviço público, interpus face ao Município de Bom Despacho,⁷² reformando o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que havia mantido a sentença denegatória da segurança requerida pela Concessionária visando à anulação do ato expropriatório municipal.

Considerou-se, nessa decisão, em sentido diverso daquele adotado na decisão Plenária de 1965, proferida no julgamento dos Embargos no Recur-

70. RE 111.079, j. 10.4.1987, rel. Min. Célio Borgia, RTJ 125/330.

71. Idem, pp. 333-334.

72. RE 115.665-MG, j. 18.3.1988, rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 125/1.332.

so Extraordinário 26.149, cujo trecho foi transcrito anteriormente, não ter relevo a desativação da ferrovia no trecho que compreende o Município de Bom Despacho, porquanto mesmo desafetado ao serviço público o bem permanece no patrimônio da União, conforme disse o Ministro Célio Borja: "O patrimônio da União integrante da sociedade de economia mista continua protegido pelas prerrogativas dos bens públicos".⁷³

Assim, como não se admite que as *entidades políticas menores* possam desapropriar bens das *maiores*, e porque não obtida a autorização do Governo Federal para essa desapropriação, conforme exigência do § 3º do art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941, deu-se provimento ao recurso, para conceder o mandado de segurança.

No mesmo ano de 1988, a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos deu provimento parcial à apelação interposta pelo Instituto Nacional de Previdência Social – INPS contra a Desenvolvimento Rodoviário S.A. – DERSA,⁷⁴ apenas no que se referia à parte da sentença que fixava o valor da indenização, mantendo-a na parte em que julgou procedente a ação expropriatória proposta pela DERSA, com o objetivo de adquirir bem pertencente à autarquia federal, comprometido à venda e ocupado por particular, e que era necessário para a construção de trecho da Rodovia dos Imigrantes.

Considerou-se que o imóvel em discussão não estava afetado a uma atividade administrativa, razão pela qual impedir sua desapropriação seria sobrepor o interesse privado ao interesse coletivo. Em concreto, diz o Ministro Carlos Velloso, "seria impedir a construção de uma rodovia do maior interesse público, porque, no caminho dessa rodovia, há um imóvel de propriedade do INPS, que este prometeu vender a um particular. Isso seria um disparate. Não se compreende, aliás, a posição da autarquia previdenciária, nestes autos".⁷⁵

Quanto à aplicação do § 2º do art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941 ao caso concreto, o Ministro ressaltou a necessidade de interpretação estrita do referido dispositivo legal, tendo em vista que a estrutura horizontal do federalismo brasileiro não autoriza o estabelecimento de relação de dependência entre os entes federativos, nem tampouco de preferência em favor de um deles, conforme trecho de seu voto abaixo reproduzido: "De modo que, vale repetir, o dispositivo infraconstitucional, art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, elaborado sob o pálio de uma Carta Política, altamente centralizadora, há de ser interpretado, no mínimo, em sentido estrito. E, sendo assim, devem

ser consideradas apenas as pessoas públicas ali mencionadas – União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios – sem possibilidade de ali serem incluídos bens do domínio das autarquias".⁷⁶

No ano de 1990, *em decisão proferida já sob a égide da atual Constituição*, a 15ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação interposta pela Prefeitura Municipal de Registro face à Companhia de Desenvolvimento Agrícola de São Paulo – CODASP,⁷⁷ sociedade de economia mista, mantendo sentença que extinguiu a ação de desapropriação intentada pelo Município.

A desapropriação do prédio pertencente à CODASP visava à instalação do Departamento de Desenvolvimento Rural, Departamento de Obras e Serviços Municipais e Departamento de Desenvolvimento Urbano do Município de Registro.

Logo após ter sido declarado de utilidade pública pelo Município de Registro, o bem foi vendido ao Estado de São Paulo. E, assim, considerando que antes mesmo do ajuizamento da ação expropriatória o bem já havia sido incorporado ao patrimônio do Estado, e que os Municípios não podem expropriar bens dos Estados, negou-se provimento ao recurso do Município, impedindo-se a correspondente desapropriação.

Em 1994, *já sob a égide da Constituição atualmente vigente*, o Pleno Supremo Tribunal Federal negou conhecimento ao recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, que pretendia desapropriar bem da Companhia Docas do Rio de Janeiro, sociedade de economia mista federal prestadora de serviço público.⁷⁸

Em seu favor, o Estado do Rio de Janeiro desenvolveu duas teses: a primeira, de que se tratava de bem não afetado ao serviço público, porquanto confessionalmente destinado a ampliações futuras; a segunda, de que o tratamento de direito privado outorgado às sociedades de economia mista pelo art. 173 da Constituição⁷⁹ retirava-lhes a prerrogativa de inexpropriabilidade de seus bens.

Com relação à primeira tese, a opinião unânime, puxada pelo voto do Ministro Paulo Brossard, foi a de que é necessário ponderar que certo bem pode não estar sendo utilizado hoje e vir a sê-lo amanhã, "na medida da necessidade, pois embora imprescindível, podem faltar recursos financeiros

73. Idem, p. 1.334.

74. AC 40.526, j. 4.5.1988, rel. Min. Carlos M. Velloso.

75. Idem, p. 134.

76. Idem, p. 134.

77. Ap 164.691-2, j. 30.11.1990, rel. Des. Roberto Stucchi, RTJESP 130/101.

78. RE 172.816-7, j. 9.2.1994, Pleno do STF, rel. Min. Paulo Brossard, com declaração de voto vencido do Min. Marco Aurélio de Mello, RTJ 153/337.

79. Com a redação que possuía na época.

à entidade para empregá-lo desde logo”,⁸⁰ considerando-se ainda que o serviço público portuário é dinâmico e de caráter perece.

Assim, bem pertencente à sociedade de economia mista exploradora de serviço portuário, localizado no cais do Rio de Janeiro, se presume integrado ao serviço, mesmo que destinado a ampliações futuras, razão pela qual não cabe considerar a tese de expropriabilidade pelos Estados e Municípios de bem de concessão federal não afetado ao serviço público.

Com relação à segunda tese, prevaleceu o entendimento de que o art. 173 da Constituição nada tem a ver com a expropriabilidade dos bens de empresas pública e sociedades de economia mista. As regras aplicáveis à espécie seriam apenas as referidas no art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941, que exige para a desapropriação de bens públicos a observação de uma escala expropriatória, além de autorização legislativa (§ 2º), ou, quando menos, autorização do Presidente da República (§ 3º, em harmonia com a Súmula 157 do STF), exigências não observadas no caso concreto.

Merece destaque trecho do voto do Ministro Paulo Brossard acerca do fundamento da escala expropriatória do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941: “(...) o interesse geral da Nação, interpretado pela União, na espécie, prevalece sobre o interesse regional encarnado pelo Estado, e ambos sobre o interesse local, representado pelo Município. Dentro da respectiva competência, não há superioridade da União sobre o Estado ou deste em relação ao Município, em matéria de desapropriação, porém, cujo poder é distribuído a cada uma dessas entidades, a hierarquia existe e decorre da dimensão do interesse em causa – o nacional, o regional, o local”.⁸¹

O voto vencido do Ministro Marco Aurélio de Mello foi no sentido de que a submissão das sociedades de economia mista e empresas públicas ao regime jurídico de direito privado (art. 173, § 1º, da Constituição) acarreta a expropriabilidade de seus bens, o que, no caso concreto, é reforçado pelo fato de que a desapropriação pretendida pelo Estado do Rio de Janeiro não inviabilizava a continuidade do serviço.

Para o Ministro Carlos Velloso, a regra do art. 173, § 1º, da Constituição, não seria aplicável às empresas estatais prestadoras de serviço público, mas apenas às estatais destinadas à exploração de atividade econômica. Em sua opinião, a inexpropriabilidade do bem objeto de discussão dependeria apenas de seu comprometimento com a realização imediata de uma necessidade pública, condição que considerou satisfeita, tendo em vista estar o bem destinado a uma atividade essencial da sociedade de economia mista, ainda que para ampliação futura do serviço.

Reproduzimos abaixo trecho do voto desse Ministro em que se refere à interpretação do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941: “(...) o § 2º do art. 2º do Decreto-lei 3.365/1941 há de merecer interpretação estrita, tendo em vista que a federação brasileira articula-se em termos horizontais. Não há falar, no federalismo brasileiro, em entidades maiores ou menores: União, Estados e Municípios laboram em áreas próprias de competência, sem nenhuma relação de subordinação de umas a outras”.⁸²

Fábio Konder Comparaço também escreveu parecer sobre o tema da desapropriação de bens públicos, em 1995, quando instado a opinar acerca da possibilidade jurídica de expropriação, pelo Governo Federal, de bens dominicais dos Estados-membros da Federação, mais concretamente, de ações do capital social de instituição financeira do Estado de São Paulo, o Banespa.⁸³

Para o ilustre parecerista, a questão deve ser examinada à luz dos princípios jurídico federativos: o da autonomia e recíproca independência, que elege como o mais fundamental de todos eles; o de que nenhuma das unidades políticas componentes de uma federação tem mais poderes que a outra, exercendo cada qual poderes próprios e indelegáveis, em esferas bem delimitadas de competência, o qual é denominado pela doutrina alemã de princípio da homogeneidade; e o da confiança, mola-mestra de toda a estrutura federativa, sem a qual cai por terra toda a construção federal.

Trazendo uma linha de raciocínio paralela à empreendida pelo *Chief Justice Marshall*⁸⁴ no que se refere à possibilidade de recíproca tributação entre unidades federadas, o Autor conclui que se é certo que a tributação recíproca implica o exercício de poder de hegemonia de uma entidade sobre a outra e representa o fermento da discórdia entre elas, o mesmo se deve aplicar ao pretensão poder expropriatório que a União teria sobre os bens de propriedade dos Estados e Municípios.

Isso porque, na opinião do Autor, o poder de desapropriação, assim como o poder de tributar, pertence ao conjunto das prerrogativas de *imperium* do Poder Público, decorrentes da supremacia que tem com relação aos sujeitos privados.

E acrescenta: “Considere-se, ainda, que, se a Constituição, como lembrei, proíbe expressamente a imposição tributária de uma unidade política sobre por outra é porque o poder de tributar constitui prerrogativa do *ius imperii*, que supõe uma relação de poder e sujeição, incompatível com a estrutura federal. Ora, se assim é no tocante ao lançamento de impostos, com a maioria de razão deve sê-lo no que concerne ao poder expropriatório”.⁸⁵

82. Idem, p. 231.

83. RTDP 11/8-86.

84. No julgamento do famoso aresto *McCulloch v. Maryland*.

85. Idem, p. 85.

80. RTJ 153/343.

81. Idem, p. 346.

Com base nesse argumento, o Autor se posiciona pela impossibilidade jurídica da desapropriação pretendida pela União, rejeitando a tese de que essa prerrogativa da União decorreria da atribuição constitucional de legislar acerca da matéria, pois não se deve confundir *competência para legislar* sobre desapropriação com *competência para praticar* o ato expropriatório.

Por fim, no que se refere à aplicação do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, editado sob a égide da Constituição de 1937, observa o Autor:

"No regime da falsa 'Constituição' de 1937, foi praticamente abolido o Estado Federal no Brasil. O Decreto-lei 1.202, de 8.4.1939, ao dispor sobre a administração dos Estados e dos Municípios, determinou que os Estados seriam administrados por interventores federais até a realização de um plebiscito nacional, esse, que, como sabido, jamais chegou a ser convocado.

"Com o restabelecimento pleno da federação, por força da promulgação da Constituição de 18.9.1946, o artigo 2º, § 2º, do Decreto-lei 3.365 foi, portanto, implicitamente revogado."⁸⁶

Essa opinião de Fábio Konder Comparato é o único registro que temos de manifestação expressa pela derrogação integral do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, face ao sistema jurídico atualmente vigente.

No mesmo ano de 1995, Carlos Alberto Dabus Maluf, em sua *Teoria e Prática da Desapropriação*, dedicou capítulo específico ao tema da desapropriação de bens públicos.

Na opinião desse Autor, todos os bens públicos são expropriáveis, desde que seja observado o art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, que impõe também a necessidade de autorização legislativa.

Em 1996, na 2ª edição de sua obra *Desapropriação*, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho manifestou-se sobre o tema ao criticar dispositivo do anteprojeto de lei, divulgado pelo Ministério da Justiça em 1981, que visava revogar o Decreto-lei n. 3.365/1941.

Em sua opinião, a hierarquização do poder expropriatório, da maior pessoa pública pela *menor*, estabelecido pelo art. 2º, § 2º, como mecanismo de resolução de conflitos relacionados à desapropriação entre as entidades federativas, é de natureza geopolítica e harmoniza-se com a organização estatal.

O Autor critica a modificação pretendida pelo anteprojeto, que conferia o poder de expropriar quaisquer bens e direitos *horizontalmente*, ou seja, em situação de igualdade e reciprocidade entre União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios, porque, em sua opinião, propiciaria conflitos

86. *Idem*, p. 86.

de poderes, evitados com a *verticalização*, mais compatível com as hierarquias do regime federativo.⁸⁷

Em 1999, a 4ª Turma do Tribunal Regional da 4ª Região negou provimento à Remessa Oficial de Sentença, que havia julgado procedente a ação de indenização por desapropriação indireta proposta pelo INSS contra o Município de Timbó.⁸⁸

Tratou-se, nessa decisão, da ocupação pelo Município de bem autárquico não afetado à atividade administrativa, para abertura de uma rua. O entendimento unânime foi o de que os Municípios não podem desapropriar bens dos Estados ou da União, mas podem desapropriar bens de autarquias federais ou estaduais, não afetados a uma finalidade pública específica.

Nesse mesmo ano, outra decisão da 4ª Turma do Tribunal Regional da 4ª Região negou provimento à Remessa Oficial de Sentença, que havia julgado procedente mandado de segurança impetrado pela União contra ato do Prefeito Municipal de Foz do Iguaçu, que, sem autorização, iniciou obras para implantação do respectivo plano diretor sobre terras devolutas da faixa de fronteira.⁸⁹

Considerando tratar-se de desapropriação indireta por parte do Município, a decisão foi no sentido de manter a sentença, pois que impossível desapropriação, ainda que direta, na *ordem hierárquica ascendente*.

Ainda no ano de 1999, Carlos Fernando Polyguara Pereira dedicou-se exclusivamente ao tema na obra *A Desapropriação de Bens Públicos à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, na qual o Autor apresenta respostas a dez indagações de grande divergência acerca da desapropriação de bens públicos, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial.

Para tanto, o Autor examina as diversas teorias acerca da natureza jurídica da desapropriação e do fundamento do poder expropriatório, o regime jurídico dos bens públicos e a constitucionalidade ou não da legislação referente à desapropriação de bens públicos face ao princípio federativo.

Nas respostas a essas indagações, o Autor posiciona-se pela expropriabilidade dos bens públicos dominicais, não só em ordem distinta da escala expropriatória estabelecida pelo art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, como também quando promovida por pessoas políticas de mesma escala federativa.⁹⁰

87. *Ob. cit.*, p. 247.

88. Remessa *ex officio* 96.04.31919-1-SC, j. 6.4.1999, rel. Juiz Antônio Albino Ramos de Oliveira, *Revista Interesse Público* 10/22.

89. Remessa *ex officio* 97.04.20983-5-PR, j. 25.5.1999, rel. Juiz Antônio Albino Ramos de Oliveira, *Revista Interesse Público* 3/184.

90. Na interpretação do Autor, o § 2º do art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941 refere-se apenas aos bens públicos de uso comum e especial (pp. 92-96).

Quanto à desapropriação das demais categorias de bens públicos, deve ser respeitada a escala expropriatória estabelecida no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, a qual se justifica, na opinião do Autor, em razão da maior abrangência do interesse da União com relação aos Estados e municípios e da maior abrangência do interesse dos Estados com relação aos municípios.

Para ele, prestigiando-se o interesse de maior abrangência, propicia-se a que se atinja melhor a função social da propriedade,⁹¹ que, em sua opinião, é a teoria que melhor explica a natureza jurídica do instituto da desapropriação.⁹²

Sua conclusão, portanto, é a de que o art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, deve ser interpretado como referente apenas aos bens de uso comum e especial, aplicando-se, nesses casos, a escala expropriatória nele prevista, fundada na hierarquia de abrangência dos interesses representados pela União, Estados e Municípios.

No que se refere à desapropriação de bens pertencentes às autarquias e às concessionárias de serviço público, da mesma forma, não é possível inverter a ordem da escala hierárquica, salvo se a desapropriação recair sobre bem dominical.

Em 2000, José Carlos de Moraes Salles, na 4ª edição de sua obra *A Desapropriação à Luz da Doutrina e Jurisprudência*, posiciona-se pela possibilidade de desapropriação de bens públicos, apenas nos termos estabelecidos no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 3.365/1941, o qual estaria fundamentado no “princípio da predominância do interesse”.⁹³

A desapropriação entre entidades de mesma escala federativa não seria possível, na opinião do Autor, uma vez que, as entidades envolvidas estariam, “em posição de absoluta igualdade na escala hierárquica fixada pela Carta Magna para as entidades políticas da Federação Brasileira”.⁹⁴

Para esse Autor, todos os bens públicos são suscetíveis de desapropriação, inclusive os de uso comum e especial.⁹⁵

Quanto à desapropriação de bens de autarquias, entidades paraestatais, concessionários e demais delegados de serviço público, a desapropriação de acordo com a escala expropriatória do art. 2º, § 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941, é possível, independentemente de autorização legislativa, ressalvan-

91. Ob. cit., p. 80.

92. Idem, p. 79.

93. Ob. cit., p. 136.

94. Idem, p. 140.

95. Idem, p. 139.

do-se apenas os bens afetos ao serviço público, para a desapropriação dos quais seria necessária a autorização da entidade superior que os instituiu e delegou.⁹⁶

Em 2001, a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo rejeitou embargos infringentes opostos contra decisão que havia admitido a desapropriação de bem da Companhia de Entreposto e Armazéns Gerais de São Paulo – CEAGESP, sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica,⁹⁷ pelo Município de Marília.

O fundamento da decisão foi o de que os bens das empresas estatais são, por força do art. 173 da Constituição Federal, regidos pelo direito privado, razão pela qual não estão imunes à desapropriação.

96. Idem, p. 142.

97. Elnf 170.803-5/3-02, j. 26.6.2001, rel. Des. Alves Bevilacqua, *Revista Interepe Público* 11/306.