



A EXPROPRIAÇÃO DE BENS DOMINICAIS DE OUTRAS UNIDADES FEDERADAS PELA UNIÃO FEDERAL

Revista dos Tribunais | vol. 723/1996 | p. 111 | Jan / 1996
Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 3 | p. 277 - 283 | Mai / 2011
DTR\1996\92

Fábio Konder Comparato

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade de Paris.

Área do Direito: Constitucional; Administrativo

Sumário:

1. Por meio de sucessivas medidas provisórias, a primeira das quais baixada em 19 de janeiro de 1995, o Presidente da República determinou a alteração da Lei 8.031, de 12 de abril de 1990, instituidora da política nacional de desestatização, a fim de incluir no elenco dos objetos possíveis de transferência, do setor estatal para o privado, "instituições financeiras públicas estaduais, que tenham tido as ações do seu capital social desapropriadas, na forma do Dec.-lei 2.321, de 25 de fevereiro de 1987". Este Decreto-lei, com efeito, ao instituir e regular o regime de administração especial temporária, nas instituições financeiras privadas e públicas não federais, autorizou o Poder Executivo federal a promover a desapropriação, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, das ações do capital social da instituição financeira (art. 11, alínea b e art. 12).

Entendo que essa possibilidade jurídica de expropriação, pelo Governo Federal, de bens dominicais dos Estados-membros da federação, envolve matéria de alta indagação constitucional e deve ser examinada à luz dos princípios jurídicos federativos.

2. Ora, o mais fundamental princípio federativo é o da autonomia e recíproca independência entre as unidades que compõem a federação.

Alguns autores, desavisadamente, insistem em falar em soberania, referindo-se à posição da União relativamente aos Estados federados, quando essa noção é de todo imprópria para exprimir a estrutura federativa. Como anotou o clássico João Mendes Jr.,¹ a idéia de soberania compreende duas conotações: unidade e totalidade. O que significa que a soberania pertence à categoria do absoluto, que é, pela sua própria natureza, indivisível e impartilhável.

Em precisa análise jurídica, a soberania há de ser considerada distintamente, para efeitos externos e internos. Externamente, isto é, no plano das relações internacionais, soberana é a nação, representada (meramente) pelo governo federal. No plano interno, segundo o princípio democrático, soberano é o povo e não a unidade política estatal (Constituição Federal, art. 1.º, parágrafo único). Erram portanto, conspicuamente, os autores que apresentam, numa federação, o Estado central como soberano e os Estados locais como dependentes, em maior ou menor latitude, do poder central.²

O que se deve dizer é que, num Estado federal, embora nem a União nem os Estados membros sejam soberanos, todos eles são, não obstante, dotados constitucionalmente de *autonomia*, a qual, como precisou escolasticamente João Mendes Jr., significa "direção própria daquilo que lhes é próprio".³ A esfera do próprio contrapõe-se, logicamente, à do que é comum e, mais ainda, à do que é alheio.

Ora, se o Estado federal é considerado a antítese do Estado unitário, é exatamente pelo fato de que, em seu seio, coexistem harmonicamente várias unidades políticas, independentes umas das outras. A União não depende dos Estados para exercer as funções de sua competência, nem tampouco os Estados, uns em relação aos outros, ou relativamente à União Federal.

É o que a doutrina publicista alemã, desde a época de Weimar vem denominando *princípio da homogeneidade*,⁴ o qual deve ser entendido, a meu ver, sob o duplo aspecto, formal e material.



Sob o aspecto formal, o princípio da homogeneidade significa que nenhuma das unidades políticas componentes de uma federação tem mais poderes que a outra, mas que cada qual exerce poderes próprios e indelegáveis, em esferas bem delimitadas de competência. Mais precisamente no que toca aos Estados federados, como salientou um autor,⁵ a Constituição Federal não lhes atribui, tão-só, uma capacidade de auto-administração, mas autênticos poderes estatais ou políticos, segundo uma estrutura de repartição de competências próprias, portanto não derivadas umas das outras. Os poderes políticos dos Estados membros não lhes foram delegados pela União, mas a eles diretamente atribuídos pela Constituição.

A Constituição Federal em vigor inaugurou o chamado "federalismo cooperativo", no qual, a par de matérias de competência privativa de cada espécie de unidade política, há também um campo de competência comum (art. 23), além de outro, ainda, de competências concorrentes (art. 24). Mas na área de poderes privativos de Estados e Municípios, a intervenção da União representa um remédio heróico, cuja aplicação somente se justifica quando os princípios constitucionais, expressos no art. 1.º venham a periclitarem. O rigor taxativo da expressão constitucional não deixa, de resto, margem a dúvidas, a esse respeito: "A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para (...)" (art. 34); "O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando (...)" (art. 35). Escusa ressaltar que, se os poderes dos Estados lhes fossem delegados pela União, ou os dos Municípios pelos Estados, essas normas seriam de manifesta incongruência.

Sob o aspecto material ou substancial, o princípio da homogeneidade diz respeito à igualdade substancial, ou seja, de natureza sócio-cultural, que deve existir entre as unidades federadas.⁶ Montesquieu já o salientara: "*la constitution fédérative doit être composée d'états de même nature*".⁷ A diversidade de língua, ou de tradição religiosa ou política, como a experiência histórica recente vem demonstrando, representa não raro um incoercível fator centrífugo a dissolver a federação.

3. Ora, foi exatamente em razão da autonomia e independência recíproca das unidades componentes da federação que o nosso ordenamento constitucional, desde 1981, sempre explicitou a regra da imunidade tributária quanto a impostos,⁸ da União, Estados e Municípios, uns em relação aos outros (na Constituição vigente, art. 150 - VI, a).

Comentando o art. 10 de nossa primeira Constituição republicana, João Barbalho observou que "na qualidade de Estados, com autonomia, com direito de estabelecer seu mecanismo governamental, suas instituições, seus serviços públicos, essas entidades componentes da União não poderiam nisso estar sujeitas a pagar-lhes coisa alguma, sob título algum. Importaria o contrário", prosseguiu, "obrigá-los à contribuição pelo próprio fato de terem-se constituído em Estados, o que é absurdo". Rematou afirmando que "tal sujeição dar-lhes-ia certo caráter de vassalagem, de suzerania".⁹

Rui Barbosa, por sua vez, salientou¹⁰ que essa proibição constitucional de tributação recíproca entre as unidades da federação "deriva da própria essência do regime federativo, e não seria menos obrigatória, de parte a parte, entre a União e os Estados, se a lei constitucional, em vez de se declarar, como entre nós se declara, emudecesse neste ponto, como noutros países emudece".

E efetivamente, na Constituição norte-americana, que foi o modelo em que inspiraram os nossos constituintes de 1891, nada se encontra explicitado a respeito dessa imunidade tributária recíproca entre as unidades componentes da federação. Não obstante, desde o famoso aresto *McCulloch v. Maryland*, prolatado pela Suprema Corte em 1819, tal imunidade firmou-se como princípio constitucional nos Estados Unidos. Tratava-se, no caso, de julgar da constitucionalidade de um imposto estadual, lançado sobre uma filial do Segundo Banco dos Estados Unidos, que havia sido fundado pela União.

O *Chief Justice* Marshall, declarando o acórdão em nome do tribunal, começou por lembrar alguns princípios elementares do federalismo. "That the power of taxation is one of vital importance; that it is retained by the States; that it is not abridged by the grant of a similar power to the government of the Union; that it is to be concurrently exercised by the two governments: are truths which have never been denied". No entanto, advertiu, "tal é a força suprema de uma Constituição, que até mesmo esse poder deve-se admitir possa ela retirá-lo de qualquer pessoa".

Foi o que a Constituição fez com o poder tributário das unidades federativas entre si. "That the power to tax involves the power to destroy; that the power to destroy may defeat and render useless the



power to create; that there is a plain repugnance, in conferring on one government a power to control the constitutional measures of another, which other, with respect to those very measures, is declared to be supreme over that which exerts the control, are propositions not to be denied".

Dir-se-á contudo, prosseguiu Marshall, que a tributação não acarreta, necessária e inevitavelmente, a destruição, e que levar o poder tributário a esse extremo seria um abuso. No entanto, observou, o que está em jogo nessa matéria é sobretudo a confiança ("all inconsistencies are to be reconciled by the magic of the word 'confidence'"). É esta, efetivamente, a mola-mestra de toda estrutura federativa, o cerne daquilo que comumente se denomina pacto federativo. No momento em que as unidades federadas perdem a confiança, umas nas outras, toda a construção federal cai por terra e não haverá poder nem regime jurídico capaz de restaurar a força desse cimento social.

Ora, como não perceber que a possibilidade de recíproca tributação entre as unidades federadas representa o fermento de todas as discórdias e o canal de afirmação de todas as hegemonias ilegítimas?

4. Pois bem, se tudo isso é verdade inconcussa no que concerne à imunidade tributária recíproca das unidades políticas componentes de uma federação, com maioria de razão deve ser aplicado o mesmo princípio, no tocante ao pretense poder expropriatório que a União teria dos bens de propriedade de Estados e Municípios.

O poder de desapropriar, nunca é demais repetir, pertence ao conjunto das prerrogativas de *ius imperii* do Poder Público, ou seja, de sua supremacia em relação aos sujeitos privados.¹¹ Ora, se em virtude do princípio da homogeneidade todas as unidades federadas colocam-se em plano igual no que diz respeito a esse poder eminente, a estrutura federativa apresentar-se-ia como um mecanismo disquiciado e torto, caso a União pudesse exercer seu imperium sobre um Estado, ou vice-versa. Teríamos a guerra de todos contra todos, ou a redução de uma unidade federada à condição de vassala da outra, o que é a negação, pura e simples, do Estado federal.

Considere-se, ainda, que se a Constituição, como lembrei, proíbe expressamente a imposição tributária de uma unidade política 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 maioria de razão deve sê-lo no que concerne ao poder expropriatório. Aqui, sem dúvida alguma, para usar do argumento de Marshall, o exercício desse poder importa numa aniquilação do direito alheio. Na Alemanha, comentaristas da Constituição Federal de 1949 qualificaram corretamente o *ius expropriandi* como "poder político formador" (politische Gestaltungsbefugnis),¹² pois a manifestação unilateral de vontade do seu titular extingue a relação jurídica de propriedade.

A conclusão lógica inatacável, segundo o *topus* tradicional, é que quem não pode o menos, ou seja, tributar, a fortiori não pode o mais, isto é, expropriar. A questão parece tão óbvia, e a experiência constitucional é tão carecedora de precedentes a respeito, devido a essa própria obviedade, que nenhuma Constituição de Estado federal contém regra expressa nessa matéria.

5. Nem se diga que essa absurda competência da União Federal para desapropriar bens dominicais de outras pessoas jurídicas de direito público decorreria da atribuição constitucional privativa, à União, para legislar sobre desapropriação (art. 21, II). Não há a menor possibilidade de confusão, teórica ou prática, entre a competência para legislar sobre desapropriação e a competência para praticar o ato expropriatório.¹³ Aquela, claro está, é só da União, enquanto que esta é atribuída a todas as pessoas jurídicas de direito público, indistintamente. Mas, tanto uma competência quanto a outra submetem-se, como não poderia deixar de ser, aos princípios e regras constitucionais, concernentes ao sujeito passivo do ato expropriatório.

É exatamente isto, aliás, o que ocorre em matéria tributária. Tanto a União, quanto os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência para legislar sobre os tributos que lhes são atribuídos pela Constituição. Mas todas essas unidades federativas submetem-se, por igual às limitações constitucionais ao poder de tributar (Constituição Federal, arts. 150 e 151).

Na linha desse raciocínio de base constitucional, é de todo imprestável o argumento de que a desapropriação de bens públicos dominicais tenha sido prevista pelo Dec.-lei 3.365, de 21 de junho de 1941 (Art. 2.º, § 2.º: "Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios



poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa"). No regime da falsa "constituição" de 1937, foi praticamente abolido o Estado federal no Brasil. O Dec.-lei 1.202, de 8 de abril de 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, plebiscito esse que, como sabido, jamais chegou a ser convocado.

Com o restabelecimento pleno da federação, por força da promulgação da Constituição de 18 de setembro de 1946, o art. 2.º, § 2.º do Decreto-lei 3.365 foi, portanto, implicitamente revogado.

A conclusão deste breve *excursus*, portanto, não pode ser outra senão a da irremediável inconstitucionalidade das disposições legais que prevêm a possibilidade de expropriação de bens de uma unidade componente da federação, pela União Federal.

(1) *Noções Ontológicas de Estado, Soberania, Autonomia, Federação, Fundação*, S. Paulo, Saraiva, 1960, p. 63.

(2) São as expressões usadas por Amaro Cavalcanti, *Regime Federativo e República Brasileira*, Editora Universidade de Brasília, p. 22.

(3) Op. cit., pp. 71 e ss.

(4) Cf. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 7.a ed., Berlim (Duncker & Humblot), 1989, pp. 375 e ss.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. I, 2.a ed., Munique (Beck), 1984, pp. 704 e ss.; Ernest Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlim - Nova York (Walter de Gruyter), 1983, pp. 819 e ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 15.a ed., Heidelberg (C. F. Müller), 1985, n.º 219 e 267.

(5) Klaus Stern, op. cit., p. 645.

(6) Cf. Carl Schmitt, op. cit., pp. 375 e ss.

(7) *De l'Esprit des Lois*, livro IX, 2.

(8) Essa imunidade tributária não existe em relação às taxas, pois elas representam a contraprestação mensurável de um serviço prestado.

(9) Constituição Federal *Brasileira - Commentarios*, 2.a ed., Rio de Janeiro (F. Briguiet e Cia.), 1924, p. 59.

(10) *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, Vol. I, S. Paulo, Saraiva, 1932, p. 345.

(11) Klaus Stern prefere apresentá-lo, na perspectiva medieval, como manifestação do *ius eminens* do Estado (ob. cit., p. 857), vale dizer, como expressão da condição de suzerano em relação ao vassalo, ou então, se se preferir, da situação de senhor relativamente ao servo.

(12) *Reihe Alternativkommentare*, t. 1, 2.a ed., Neuwied (Luchterhand), 1989, p. 1.123. Escusa lembrar que o que a doutrina jurídica germânica denomina "direito formador" ou "poder formador" corresponde ao direito potestativo, da terminologia italiana, recebida pela doutrina brasileira.

(13) Cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com emenda n.º 1 de 1969*, t. V, 2.a ed., S. Paulo, RT, pp. 413-462.