

A Validade da Desapropriação Ascendente de Bens Públicos Dominicais sem Função Estratégica

EDUARDO FORTUNATO BIM

Procurador Federal, Doutorando em Direito do Estado pela USP; Mestre em Direito pela Unimep e Professor de Direito Administrativo na Facamp.

Submissão: 26.07.2013

Decisão Editorial: 14.10.2013

RESUMO: A possibilidade da desapropriação ascendente em nosso ordenamento jurídico vem sendo negada por nossa doutrina e jurisprudência, com base no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, independentemente do tipo de bem público a ser expropriado. O presente artigo critica tal negativa e conclui pela possibilidade da desapropriação ascendente em bens dominicais sem função estratégica, desde que autorizados pelo Legislativo do ente público expropriante.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação ascendente; bens públicos; bens dominicais.

ABSTRACT: the possibility of ascending expropriation in our legal system has been denied by our doctrine and jurisprudence, based on article 2º, § 2º, of Decree Law nº 3.365/1941, regardless of the type of public good to be expropriated. This article criticizes such negative and concludes the possibility of ascending expropriation in worthless public goods without strategic function, since the Legislature authorized public entity expropriating.

KEYWORDS: Ascending expropriation; public good; worthless public goods.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A desapropriação de bens públicos: vedação e razão de ser; 2 A vedação da desapropriação ascendente na doutrina e na jurisprudência; 3 A desapropriação ascendente quando não existir a razão de ser; 3.1 A função social dos bens públicos e o dever de solidariedade; 3.2 O fundamento do poder expropriatório; 3.3 A isonomia entre os entes federativos (CF, art. 19, III); 3.4 A desapropriação ascendente na jurisprudência; 4 A necessária autorização legislativa para a desapropriação ascendente; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A desapropriação de bens públicos recebe pouca atenção pela doutrina publicista, mormente pela visão literal e, às vezes, finalística, do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, que tem impedido o desenvolvimento de análises mais acuradas sobre a possibilidade da desapropriação ascendente no Direito brasileiro.

Normalmente admite-se a desapropriação de bens públicos de entes com menor extensão territorial (Estados ou Municípios) mediante autorização legislativa do ente expropriante (União ou Estados), conforme consta no

DL 3.365/1941, mas existe dificuldade ou mesmo negativa em admitir que entes com menor extensão territorial possam expropriar os de maior extensão (desapropriação ascendente).

Admite-se atualmente solução intermediária na qual a desapropriação ascendente seria possível, se houver um decreto do ente expropriado autorizando-a. Essa solução transforma a desapropriação ascendente em compra e venda, porque o preço ainda não necessariamente estaria definido, mas apenas a possibilidade de ter o imóvel expropriado.

O objetivo do presente texto é defender a viabilidade da desapropriação ascendente no Direito brasileiro e traçar os seus limites.

1 A DESAPROPRIAÇÃO DE BENS PÚBLICOS: VEDAÇÃO E RAZÃO DE SER

O DL 3.365/1941 admite a desapropriação de bens públicos desde que haja atendimento a alguns requisitos. Com efeito, dispõe seu art. 2º, § 2º:

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 Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

A doutrina reconhece como fundamento do poder expropriatório de bens de entes públicos de menor extensão territorial a preponderância de interesse¹, uma vez que não haveria hierarquia entre os integrantes da Federação.

Nossa jurisprudência valida o dispositivo normativo ao admitir que haja desapropriação de bens públicos nos moldes narrados pelo art. 2º, § 2º, do DL 3.365/1941, ou seja, exige a autorização legislativa² e, na ausência de distinção dos tipos de bens públicos que podem ser expropriados, admite até os

1 ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Desapropriação de bens públicos (à luz do princípio federativo)*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 113-114; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 341; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 826.

2 STF, AC-MC 1.255/RR, Rel. Min. Celso de Mello, J. 16.06.2006, DJU 22.06.2006, p. 5; STF, 1ª T., v.u., RE 88.914/SP, Rel. Min. Thompson Flores, J. 04.09.1979, DJU 28.09.1979, p. 7.228; TRF 1ª R., 3ª T., v.u., AI 2006.01.00.020459-1/0021724-85.2006.4.01.0000/GO, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, J. 31.10.2006, DJU 17.11.2006, p. 41; TRF 1ª R., 4ª T., v.u., AI 2005.01.00.055377-6/0023277-07.2005.4.01.0000/TO, Rel. Des. Fed. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, J. 16.01.2006, DJU 15.02.2006, p. 29; TRF 2ª R., 7. T.Esp., AMS 2002.02.01.013806-0 (Ac. 42.897), Rel. Des. Fed. Luiz Paulo da Silva Araujo Filho, J. 07.12.2005, DJU 02.02.2006, p. 205; TRF da 3. R., 5. T., v.u., AI 0010734-34.1994.4.03.6100/SP (Ac. 30.546), Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, J. 05062006, DJU 08.08.2006; TRF da 5. R., 4. T., v.u., AC 2000.80.00.002837-4/AL (Ac. 308.083), Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, J. 23.09.2003, DJU 21.11.2003, p. 644; TJSP, 7. CDPúb., v.u., AI 0220116-29.2012.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, J. 17.12.2012.

afetados (bens de uso especial e de uso comum)³, diferentemente de alguns doutrinadores, que negam a possibilidade de se desapropriar bens de uso comum⁴ e, em alguns casos, até mesmo o de uso especial⁵, no que não são seguidos pela doutrina majoritária⁶. Importante registrar os entendimentos isolados e extremados de Fábio Konder Comparato e de Marçal Justen Filho. Comparato nega a possibilidade de desapropriação de bens públicos, sendo inconstitucional a autorização do DL 3.365/1941 para tanto⁷. Por sua vez, Marçal Justen Filho aduz que essa autorização também não se coadunaria com a igualdade constitucional entre os entes políticos, porque todos os entes poderiam desapropriar os bens dos outros, independentemente do *status* deles na Federação⁸.

O preceito legal está tão consolidado entre nós que serve como guia de nossa jurisprudência, que o aplica por analogia⁹. Mesmo que as concessionárias

-
- 3 STF, 1ª T., v.u., RE 88.914/SP, Rel. Min. Thompson Flores, J. 04.09.1979, DJU 28.09.1979, p. 7.228; STF, 2ª T., v.u., RE 73.044/SP, Rel. Min. Thompson Flores, J. 28.04.1972, DJU 05.06.1972, RTJ 62/3/465; STF, 1ª T., v.u., RE 59.065/SP, Rel. Min. Djaci Falcão, J. 27.05.1969, DJU 12.09.1969.

Não procede a visão de que o STJ veda a desapropriação de bens de uso comum ou especial porque na ementa do REsp 518.744/RN (1ª T., v.u., Rel. Min. Luiz Fux, J. 03.02.2004, DJU 25.02.2004, p. 108, RT 825/200) constou: “3. Somente os bens públicos dominiais são passíveis de alienação e, portanto, de desapropriação”. No caso, tratava-se de desapropriação do Incra contra particular no qual se almejava a indenização como benfeitoria do poço tubular cedido pela Petrobras aos proprietários do bem, no qual ela buscava petróleo, mas somente encontrou água. O Incra sustentava que não se trata de benfeitoria indenizável o poço tubular construído às expensas da Administração Pública (Petrobras). A frase foi dita no contexto de que não se haveria que indenizar os expropriados por esse poço com acesso à água porque esta é bem comum, não transferível ao particular e, conseqüentemente, não expropriável. Nesse Recurso Especial, o STJ não alterou a jurisprudência clássica do STF sobre a matéria.

- 4 Como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem “se o bem público está afetado à *máxima utilização pública*, que é o *uso comum*, tornou-se insuscetível de desapropriação porque, se, por hipótese, fosse desapropriável, *desafetaria o bem*, o que só é possível por via legal” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 384 – destaques no original).
- 5 Pontes de Miranda vai ainda mais longe do que Moreira Neto, negando a possibilidade de se desapropriar não somente bens de uso comum, mas o de uso especial também (*Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: RT, t. V, 1968. p. 407), como Vicente Sabino Junior (*Da desapropriação*: doutrina, legislação, jurisprudência, prática. São Paulo: Bushatsky, USP, 1972. p. 35).
- 6 Admitem a desapropriação de quaisquer bens públicos, ainda que de uso comum ou especial, Seabra Fagundes (*Da desapropriação no direito brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1942. p. 65), Manoel de Oliveira Sobrinho (*Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977. p. 241), Sergio de Andréa Ferreira (*Direito administrativo didático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 197), José Carlos de Moraes Salles (*A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992. p. 89), Carlos Fernando Potyguara Pereira (*A desapropriação de bens públicos à luz da doutrina e da jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 101), Leticia Queiroz de Andrade (op. cit., p. 118 e 121), Odete Medauar (*Direito administrativo moderno*. 16. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 390), Alexandre Santos de Aragão (*Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 247) e Kiyoshi Harada (*Desapropriação*: doutrina e prática. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 63).
- 7 COMPARATO, Fábio Konder. Princípio federal – Bens estaduais não podem ser desapropriados – Caso Banespa. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 11, São Paulo: Malheiros, p. 82-86, 1995.
- 8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 645-646.
- 9 “DESAPROPRIAÇÃO – DECRETOS ESTADUAL E MUNICIPAL DECLARATÓRIOS DE UTILIDADE PÚBLICA DO MESMO IMÓVEL DE DOMÍNIO PRIVADO, PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO – a) O domínio eminente, atributo originário da União, como ente soberano, e do qual deriva a faculdade de desapropriar; o poder do Governo Federal de legislar sobre desapropriações e tutelar os direitos individuais – entre os quais, o de propriedade – abonam a competência federal para dispor sobre a preferência do Estado ou do seu Município, em caso de atos expropriatórios concorrentes e reciprocamente excludentes; b) Nessa hipótese, a preferência do ato estadual deriva de interpretação e aplicação analógica da norma do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei

possam promover desapropriações, esse poder não alcança os bens públicos do poder concedente, o que seria vedado pelo art. 2º, § 2º do DL 3.365/1941¹⁰.

Com pequenas variações e, em regra, não mais reconhecendo uma hierarquia entre os entes, a doutrina ainda adota uma visão literal do DL 3.365/1941, bem sintetizada por Hely Lopes Meirelles, na qual se veda a desapropriação ascendente:

*Os bens públicos são passíveis de desapropriação pelas entidades estatais superiores desde que haja autorização legislativa para o ato expropriatório e se observe a hierarquia política entre estas entidades. Admite-se, assim, a expropriação na ordem decrescente, sendo vedada a ascendente, razão pela qual a União pode desapropriar bens de qualquer entidade estatal; os Estados-membros e Territórios podem desapropriar os de seus Municípios; os Municípios não podem desapropriar os de nenhuma entidade política.*¹¹

Assim, Seabra Fagundes¹², Pontes de Miranda¹³, Sérgio Ferraz¹⁴, Cretella Júnior¹⁵, Diogenes Gasparini¹⁶, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸, Edmir Netto de Araújo¹⁹, Alexandre Santos Aragão²⁰, José Carlos de Moraes Salles²¹, Manoel de Oliveira Sobrinho²², Kiyoshi Harada²³ e Lúcia Valle Figueiredo²⁴, entre outros²⁵, não admitem a desapropriação ascendente.

nº 3365/1941; RE não conhecido, pela alínea c, art. 119, III, CF." (STF, 2. T., v.u., RE 111.079/MG, Rel. Min. Célio Borja, J. 10.04.1987, DJU 05.06.1987, p. 11.116, RTJ 125/01/330)

- 10 "Ação de desapropriação ajuizada por concessionária de serviço público estadual objetivando a expropriação de bem público estadual. Constitucionalidade do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941. Necessidade de autorização por meio de lei e que a desapropriação seja feita por ente mais abrangente. Possibilidade de a concessionária promover a desapropriação, no entanto, não de bens de titularidade do poder concedente. Sentença de extinção do feito sem resolução do mérito mantida Recurso desprovido." (TJSP, 9ª CDPúb., v.u., AC 0008249-94.2011.8.26.0505, Rel. Des. Moreira de Carvalho, J. 20.02.2013)
- 11 MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestrero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 679 – destacou-se.
- 12 FAGUNDES, M. Seabra. Op. cit., p. 63.
- 13 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 409 e 419.
- 14 FERRAZ, Sérgio. Desapropriação de bens estaduais – Efetivação por outro Estado – Inadmissibilidade. *Revista Direito Público*, n. 30, São Paulo: RT, p. 72-74, 1974.
- 15 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários às leis da desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 96-97.
- 16 GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 449.
- 17 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 178.
- 18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 892.
- 19 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.082.
- 20 ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 247.
- 21 SALLES, José Carlos de Moraes. Op. cit., p. 86.
- 22 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Op. cit., p. 240.
- 23 HARADA, Kiyoshi. Op. cit., p. 62.
- 24 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., p. 340.
- 25 SABINO JUNIOR, Vicente. Op. cit., p. 35; COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 472; MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*.

Existindo ato do Poder Legislativo autorizando a desapropriação de um bem público específico, a desapropriação decrescente será válida²⁶. Para alguns, essa autorização-ato seria uma lei²⁷, mas tal entendimento não tem razão de ser. O DL 3.365/1941 preceitua “autorização legislativa”, não lei.

O rol de atos do Poder Legislativo é delineado no art. 59 da CF. O processo legislativo compreende a elaboração de diversos atos previstos nesse artigo, de emendas à Constituição até resoluções. A lei está longe de ser o único veículo de manifestação de vontade do Poder Legislativo. Escolher qual é o ato autorizativo é matéria *interna corporis* do Legislativo, uma vez que cabe ao corpo legislativo decidir, entre os instrumentos que a Constituição lhe outorga, qual é a espécie de ato legislativo na qual se manifestará a sua anuência para a desapropriação decrescente.

Todos os bens públicos são sujeitos à desapropriação, estejam afetados ou não²⁸, exceto aqueles que tiverem destinação normativa única. O critério da preponderância de interesse prevalece para o ente de maior abrangência territorial, por isso a legislação o privilegiou.

Os bens pertencentes aos entes da Administração indireta, em regra, seguem o mesmo *status* dos da Administração direta, mas não se defende a impossibilidade de serem desapropriados bens da Administração indireta quando eles são qualificados como bens privados e não se atrelam ao serviço público, como doutrina José dos Santos Carvalho Filho.

Esse jurista ainda reforça seu entendimento com o fato de que o § 3º do art. 2º do DL 3.365/1941²⁹ veda a desapropriação de pessoas jurídicas autorizadas pela União: “Com muito maior razão é de se impedir a desapropriação de bens das pessoas administrativas descentralizadas que *integram* (não sendo meramente *autorizadas*!) a própria Administração”³⁰.

Entretanto, a leitura do § 3º do art. 2º do DL 3.365/1941 deve ser efetuada sob o prisma da isonomia federativa, da cláusula do art. 173, § 1º, da CF, e do Código Civil, cujo art. 99, parágrafo único, preceitua que, salvo disposição em contrário, “consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”. Esse dispositivo do Código Civil deve ser lido de acordo com a Constituição. Como

3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 632; MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 896.

26 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e prática da desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 219.

27 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 826.

28 Embora a jurisprudência do STF a admita de longa data, reconhecendo inclusive o direito a indenização (v.g., RE 88.914/SP, RE 73.044/SP, RE 59.065/SP), a doutrina se divide quanto a essa possibilidade, como se viu.

29 “§ 3º É vedada a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República.”

30 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 828.

defende Thiago Marrara, em se tratando de serviço público (CF, art. 175), os seus bens “deverão ser declarados como bens de uso especial. De outra via, se o ente público titular dos bens exercer atividade econômica em sentido estrito, nos termos do art. 173, seus bens serão declarados dominiais”³¹.

Os bens das empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos ou atividade econômica em regime de monopólio devem ser reconhecidos como não desapropriáveis, a menos que exerçam atividade econômica em regime de concorrência, exceto – e aí advém a importância do § 3º do art. 2º do DL 3.365/1941 – em relação às ações, cotas e direitos representativos do capital. Desapropriar ações, cotas e direitos representativos do capital poderia alterar o controle acionário das entidades, motivo pelo qual o legislador a vedou. Interessante notar que no RMS 1.167/RJ³², o voto-vencido do Ministro Humberto Gomes de Barros, após se manifestar sobre a necessidade da prova de que o bem desapropriado é essencial para a atividade portuária, explica a regra do art. 2º, § 3º, do DL 3.365/1941:

Na verdade, a proibição é válida para desapropriação de cotas, direito representativo do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal. Isso tem um sentido. Essa desapropriação é vedada porque com a desapropriação de cotas e com a desapropriação de ações e direitos, o Estado ou Município poderia assumir o controle da empresa que, até então, estaria sob o controle da União, o que seria, realmente, um contra-senso. A sociedade – pessoa jurídica – é de direito privado. As cotas, porém, são públicas.

Logo após a Lei de Desapropriações, o Decreto-Lei nº 7.062/1944 foi expresso em restringir a capacidade de desapropriação de bens pertencentes a empresas que lidassem com energia hidro ou termoeletrica, exigindo a prévia aprovação do Presidente da República:

Art. 2º Os atos dos Governos estaduais e municipais que se proponham a promover a desapropriação desses bens e instalações, na conformidade do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, ficam sujeitos à aprovação prévia do Presidente da República, na forma do Decreto-Lei nº 1.202, de 8 de abril de 1939, e ouvidos o Ministério da Agricultura e o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica.

Art. 3º O artigo precedente se aplica às desapropriações em curso, sustando-se, até a aprovação de que trata o art. 2º, os efeitos dos atos estaduais ou municipais correspondentes.

31 MARRARA, Thiago. *Bens públicos: domínio urbano: infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 82-83.

32 STJ, 1ª T., m.v., RMS 1.167/RJ, Rel. Min. Pedro Aciole, J. 20.11.1991, DJU 17.02.1992, p. 1.356, RDA 187/249.

Por isso, na década de 1960, o STF já havia concedido a segurança à Companhia Central Brasileira de Força Elétrica para evitar a desapropriação, pelo Estado do Espírito Santo, dos bens usados no serviço público³³.

O STF, entretanto, usando o argumento *a fortiori* no RE 172.816³⁴, decidiu que o processo de descentralização do serviço público (concessão, no caso) em nada altera a sua natureza pública. O relator Ministro Paulo Brossard nega que o alcance do art. 173, § 1º, da CF seja tão amplo, uma vez que somente se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista que exerçam atividade econômica em regime de concorrência, o que não seria o caso da Companhia Docas do Rio de Janeiro, que atua em regime de monopólio.

O STF já considerou o fato de os bens estarem afetados ao serviço para fins de vedar a desapropriação em serviços públicos concedidos³⁵, consignando que, se não há a possibilidade de o Município desapropriar bens da União ou Estados, também não poderá quanto aos serviços públicos concedidos – caso contrário, a própria concessão ficaria subordinada aos Municípios. Nessa linha, foi editada a Súmula nº 157 do STF, que exige a prévia autorização do Presidente da República para desapropriação pelos Estados de empresa de energia elétrica. Nas palavras do Ministro Victor Nunes:

Não é o patrimônio do concessionário 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 teve o poder concedente.³⁶

Kiyoshi Harada deixa tal entendimento claro, em trecho lapidar:

No que concerne aos bens de estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista –, é livre a desapropriação, não se aplicando a gradação do § 2º do art. 2º, mas somente enquanto exploradoras de atividades econômicas pelo regime da livre concorrência (§§ 1º e 2º do art. 173 da CF). Se as atividades forem exploradas em regime de exclusividade ou se seus bens estiverem vinculados ao serviço público, só mediante autorização do Poder Público concedente será possível a desapropriação. É o caso, por exemplo, da Companhia Docas do Rio de Janeiro, sociedade de economia mista federal, incumbida de executar, em regime de exclusividade, o serviço portuário de competência da União (art. 21, XII, *f*, da CF), cujos bens só poderiam ser desapropriados mediante autorização do Presidente da República.³⁷

33 STF, Pleno, v.u., MS 11.075/ES, Rel. Min. Ary Franco, J. 29.04.1963, DJU 06.06.1963, RTJ 30/01/377.

34 STF, Pleno, RE 172.816/RJ, Rel. Min. Paulo Brossard, J. 09.02.1994, DJU 13.05.1994, p. 11.365.

35 “[...] 3) Os Municípios não podem expropriar bens do Estado, e os Estados e Municípios não podem expropriar bens da União. 4) Essa vedação abrange os bens que integram serviço público concedido, mas não os particulares do concessionário, que não estejam afetados ao serviço.” (STF, Pleno, v.u., RE 26.149/SP (embargos), Rel. Min. Victor Nunes, J. 18.10.1965, DJU 24.11.1965)

36 STF, Pleno, v.u., RE 26.149/SP (embargos), Rel. Min. Victor Nunes, J. 18.10.1965, DJU 24.11.1965.

37 HARADA, Kiyoshi. Op. cit., p. 68.

No caso do RE 172.816, o bem não estava sendo usado – sendo, pois, dominial –, mas era estratégico à ampliação das atividades do serviço portuário por ser imóvel contíguo a área administrada pela Companhia Docas do Rio de Janeiro, o que fez o STF negar a sua desapropriação sem a autorização do chefe do Executivo. Os serviços de ampliação portuária necessariamente teriam que passar por aquele imóvel, o que o tornou não desapropriável – embora dominial e pertencente a pessoa jurídica com personalidade privada.

Correto, dessa forma, o entendimento do TJSP ao autorizar a desapropriação de imóvel de concessionária estadual e federal de transportes (garagem)³⁸, porque tal imóvel poderia existir em qualquer lugar da cidade, diferente do caso da Companhia Docas do Rio de Janeiro.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto aduz que “tudo o que for *objeto de apropriação*, sob o regime privado é, em princípio, desapropriável”³⁹. Motivo pelo qual o art. 2º, § 3º, do DL 3.365/1941, inserido pelo DL 856/1969, não pode ser lido no sentido de proibir a desapropriação de bem que poderia ser penhorado, o que contrariaria o art. 173 da CF e art. 99, parágrafo único, do Código Civil.

Lapidar a doutrina de Diogenes Gasparini ao admitir a desapropriação de bens de autarquias, de empresas governamentais e de concessionárias, “se propugnada por pessoa política maior que a criadora dessas entidades, isto é, de cima para baixo, enquanto a desapropriação de bens dessas entidades pertencentes a pessoa política maior por pessoa política menor, vale dizer, de baixo para cima, só é válida em relação aos bens desvinculados dos serviços que essas entidades desempenham”⁴⁰. Esse entendimento já constava em parecer publicado em 1988⁴¹, mas infelizmente se restringe aos bens de autarquias, de empresas governamentais e de concessionárias, não alcançando os da Administração direta.

38 “MANDADO DE SEGURANÇA – DESAPROPRIAÇÃO – GARAGEM DE ÔNIBUS – O imóvel não está vinculado à prestação dos serviços públicos realizados pela permissionária impetrante, assim como, pelas circunstâncias que permeiam o feito, não há a necessidade de autorização legislativa para a expropriação, de modo que, nos limites próprios do presente *mandamus*, não se vislumbra irregularidade no ato de desapropriação procedido pela Municipalidade impetrada, o qual, em última instância, culmina fim maior preceituado na Constituição Federal, atinente ao direito fundamental de habitação (art. 6º, *caput*, da CF). Segurança denegada.” (TJSP, Órgão Especial, MS 0220156-16.2009.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, J. 30.03.2011)

39 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 383.

40 GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 451.

41 “[...] desde que não-necessários, não-essenciais ou não vinculados à proteção dos serviços a cargo dessas entidades, é legitimamente possível e independente de qualquer autorização do titular do serviço, mesmo que a expropriante seja pessoa política menor que a concedente. Em tais condições o Município, p. ex., pode desapropriar bens pertencentes a uma empresa pública do Governo de São Paulo, a exemplo da FEPASA, como o Estado da Paraíba pode expropriar bem integrante do patrimônio do Banco do Brasil, sem, tanto lá como cá, necessidade de qualquer autorização do Governador paulista ou do Presidente da República” (GASPARINI, Diogenes. Desapropriação. *Revista de Direito Público*, n. 86, São Paulo: RT, p. 207-210, abr./jun. de 1988. p. 209). No caso se tratava de imóvel, conhecido como “prainha”, da CESP (Cia. Energética de São Paulo), sem uso para o serviço público por esta prestado, tanto que estava trespassado ao Município de Caconde mediante concessão de direito real de uso.

2 A VEDAÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO ASCENDENTE NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

Como destacado no item anterior, a doutrina não reconhece a desapropriação ascendente. José Cretella Júnior, ao criticar autores que a admitem, com o argumento de que bastaria um acordo entre os entes nessas situações⁴², nega peremptoriamente a desapropriação ascendente:

Eurico Sodré e Viveiros de Castro admitiram a recíproca, ou seja, que os Municípios podem desapropriar bens dos Estados e estes da União, o que é absurdo, pela impossibilidade manifesta de pessoas jurídicas públicas políticas “menores” criarem, por ato próprio, direitos contra as pessoas jurídicas públicas “maiores”, o que contrariaria a *hierarquia personativa política* do regime federativo.⁴³

Kiyoshi Harada, com base no art. 2º, § 2º, do DL 3.365/1941, também não admite a desapropriação ascendente “por implicar inversão literal de seu texto, além de repugnar, no dizer de Seabra Fagundes, a ‘hierarquia política do regime’”⁴⁴. Alexandre Mazza expõe a questão em termos bem didáticos:

Mas nunca se admite desapropriação promovida pelas entidades menores sobre as maiores. Assim, Estados não desapropriam bens federais, bem como Municípios e o Distrito Federal não podem desapropriar bens públicos de nenhuma natureza.

Em síntese, a desapropriação de bens públicos pode ser feita “de cima para baixo”, mas nunca “de baixo para cima”.⁴⁵

Lucia Valle Figueiredo, ao rechaçar também a desapropriação ascendente, doutrina que a União pode desapropriar bens dos Estados e estes dos Municípios, mas “a recíproca não será verdadeira. Os Municípios não poderão desapropriar bens dos Estados e da União. E nem os Estados os da União”⁴⁶.

Haveria um silêncio eloquente do legislador em relação à desapropriação ascendente. Foi o que doutrinou Seabra Fagundes, ao defender que a omissão do legislador em permitir a desapropriação ascendente foi proposital:

É que, prevendo a lei, como previu, a hipótese de expropriação de bens estaduais e municipais pela União e de bens municipais pelo Estado, e abstraindo daquela outra, excluiu-a. Ao legislador não poderia escapar a necessidade de referir essa especialíssima e relevante hipótese de expropriação e se a omitiu o fez intencionalmente para excluí-la.⁴⁷

42 Defendendo o acordo nesses casos, cf. SALLES, José Carlos de Moraes. Op. cit., p. 87.

43 CRETILLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 97. Ressalte-se que o posicionamento de Eurico Sodré, como se verá, não admite a desapropriação ascendente de forma pura e simples, mas exige lei do ente de maior abrangência territorial, autorizando-a.

44 HARADA, Kiyoshi. Op. cit., p. 62.

45 MAZZA, Alexandre. Op. cit., p. 632.

46 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., p. 340.

47 FAGUNDES, M. Seabra. Op. cit., p. 64 – atualizou-se a redação.

Em regra, nossa jurisprudência não decide diferente. O extinto TFR tem duas decisões nas quais negou a desapropriação ascendente sem a autorização do Presidente da República⁴⁸. O STF, mesmo o imóvel estando desafetado (no caso estava até alugado) e sem reconhecer nenhum caráter estratégico nele, negou a desapropriação ascendente sem autorização do Presidente da República⁴⁹.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça já rechaçou as teses (i) de que os bens das fundações públicas federais não estariam na vedação do § 2º do art. 2º do DL, e a (ii) de que a ausência de uso (bens dominiais) autorizaria a desapropriação ascendente. No caso, o Município de Ouro Preto/MG almejava desapropriar imóvel da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), o que foi rechaçado pelo Tribunal: “3. É vedado ao Município desapropriar bens de propriedade da União ou de suas autarquias e fundações, sem prévia autorização, por decreto, do Presidente da República. Precedentes”⁵⁰.

Foram citados dois precedentes no REsp 1.188.700/MG: um sobre desapropriação de bem da ECT por Município de imóvel tombado, mas não afetado a qualquer atividade administrativa⁵¹, e o outro sobre bens da Rede Ferroviária Federal S/A, não esclarecendo qual o uso do bem que o Município almejava desapropriar⁵².

Precedente conhecido do STJ, até por ter originado o *leading case* RE 172.816 (Companhia Docas do Rio de Janeiro), é o RMS 1.167/RJ⁵³, que igual-

48 “DESAPROPRIAÇÃO – MUNICÍPIO – BEM PERTENCENTE À AUTARQUIA FEDERAL – I – Diante do sistema federativo, não pode o Município desapropriar imóvel de autarquia federal. II – Apelação desprovida” (TFR, 4. T., v.u., AC 104.645/PR, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, J. 16.10.1985, DJU 21.11.1985). “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO – DECLARAÇÃO EXPROPRIATÓRIA PELO MUNICÍPIO – AUTARQUIA FEDERAL EXPROPRIADA – ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL – LEI Nº 3.857/1960 – NATUREZA AUTÁRQUICA DA OMB, PREVALÊNCIA DO BEM EXPROPRIANDO, VINCULADO A SEUS SERVIÇOS – Sendo a Autarquia Federal instrumentalidade técnico-administrativo, a serviço da união, o interesse público que motiva sua instituição, definido pelo legislador central, prevalece sobre o interesse público municipal, definido pelo executivo local. Extinção do processo, nos termos do art. 287 do CPC. Embargos rejeitados” (TFR, 2ª T., v.u., EI na AC 58.806/SP, Rel. Min. Sebastião Reis, J. 27.11.1988, DJU 05.12.1988).

49 “Desapropriação, por Município, de imóvel pertencente à Rede Ferroviária Federal. Não havendo dúvida de que o imóvel integra o patrimônio da União Federal, e como tal está abrangido pela norma do § 3º do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.365/1941, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 856/1969, a sua desapropriação só é possível após a autorização do Presidente da República.” (STF, 2º T., v.u., RE 115.665/MG, Rel. Min. Carlos Madeira, J. 18.03.1988, DJU 15.04.1988, p. 8.405).

50 STJ, 2ª T., v.u., REsp 1.188.700/MG, Relª Min. Eliana Calmon, J. 18.05.2010, DJe 25.05.2010.

51 “[...] A ECT é uma empresa pública federal, com capital total da União, e não pode ter os seus bens desapropriados por um Município, sem prévia autorização, por decreto, do Presidente da República. Recursos providos.” (STJ, 1ª T., v.u., REsp 214.878/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, J. 05.10.1999, DJU 17.12.1999, p. 330)

52 “[...] I – Não pode o Município desapropriar imóvel da Rede Ferroviária Federal sem prévia autorização por decreto do Presidente da República (Decreto-Lei nº 3.365, de 21.06.1941, art. 2º, § 3º, acrescentado pelo Decreto-Lei nº 856, de 11.09.1969). Precedentes.” (STJ, 2ª T., v.u., REsp 71.266/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, J. 18.09.1995, DJU 09.10.1995, p. 33.543, RT 727/148)

53 “ADMINISTRATIVO – MUNICIPALIDADE – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – EXPROPRIAÇÃO – I – Por lei, tendo a União Federal participação majoritária na sociedade de economia mista, patenteado está o seu interesse. Não pode, por consequência, o Município desapropriar área da sociedade sob pena de desrespeito

mente rechaçou a desapropriação ascendente. É importante destacar que, embora dominial, o bem tinha função estratégica para a expansão do serviço público prestado pela sociedade de economia mista.

De forma análoga ao art. 2º, § 3º, do DL 3.365/1941, tem-se admitido a autorização dada pelo chefe do Executivo (presidente da República ou governador) para a desapropriação pelo ente de menor abrangência territorial.

Eurico Sodré, injustiçado pela doutrina que o indica como sendo uns dos que aceitam a desapropriação ascendente, não a admitiu, pelo menos não sem lei do ente político dono do bem a ser desapropriado. O que ele defendeu foi que a lei do ente de maior abrangência territorial poderia prever a desapropriação ascendente genericamente, sem passar pelo crivo do chefe do Executivo. São suas as palavras:

Possui, entretanto, esse texto de lei [art. 2º, § 2º] uma amplitude maior do que aparenta. A autorização legislativa a que se refere em suas palavras finais pode permitir a inversão dessa escala. Uma lei federal pode autorizar a cessão, ocupação ou comodato a um Município ou a um Estado, de um bem de domínio da União por qualquer deles incluído em um plano de obras declarado de utilidade pública. O mesmo se dirá da desapropriação, por um Município, de imóvel do domínio do Estado ou de outro Município, se a autorizar uma lei estadual.⁵⁴

Nos casos de autorização do chefe do Executivo, não haveria propriamente uma desapropriação porque não seria imposta a perda da propriedade pelo ente expropriante, e, assim, não haveria desapropriação ascendente. Por outro lado, também não se trataria propriamente de compra e venda, pois apenas a perda da propriedade entra na autorização prévia, não o seu preço. Se houver compra e venda, tanto a autorização, quanto o preço serão consensuais.

3 A DESAPROPRIAÇÃO ASCENDENTE QUANDO NÃO EXISTIR A RAZÃO DE SER

O imperativo de se reconhecer a juridicidade da desapropriação ascendente pode ser alcançado por diversas razões jurídicas: função social dos bens públicos, fundamento do poder expropriatório e na isonomia dos entes federativos (CF, art. 19, III).

Possibilitar a desapropriação ascendente de bens dominicais não é algo novo em nossa doutrina. Em 1910, Augusto Olympio Viveiros de Castro defendeu essa possibilidade ao doutrinar que “no regime federativo, os Estados po-

ao estruturamento hierárquico do estado.” (STJ, 1ª T., m.v., RMS 1.167/RJ, Rel. Min. Pedro Aciole, J. 20.11.1991, DJU 17.02.1992, p. 1.356, RDA 187/249)

54 SODRÉ, Eurico. *A desapropriação*. 3. ed. (póstuma). São Paulo: Saraiva, 1955. p. 109.

dem desapropriar por utilidade pública os bens que pertencem à União, salvo se esta tem necessidade desses bens para executar obras de utilidade pública”⁵⁵.

É com a promulgação do DL 3.365/1941 que a doutrina nega essa possibilidade, mormente baseada em leitura descompromissada com a função social da propriedade, da ausência de hierarquia entre os entes federados e da leitura equivocada de diversos precedentes, sendo o exemplo mais recente e importante o RE 172.816/RJ.

3.1 A FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS PÚBLICOS E O DEVER DE SOLIDARIEDADE

Os bens públicos devem estar vocacionados para cumprir não apenas a função social da propriedade, mas a sua própria função social, que é a de atender à coletividade por simplesmente ser de todos. No regime democrático, não apenas o governo deve ser voltado a todos, mas também o uso dos bens públicos. Por isso, já se disse que “a propriedade pública é e não *tem* função social” (Jambrenghi)⁵⁶.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha aduz que o ônus de cumprir a função social atinge tanto a propriedade privada quanto a pública e pode agir como critério interpretativo, não se esgotando nos institutos jurídicos previstos, ao possibilitar a jurisprudência de atualizar “o sentido e fazer incidir, no caso concreto, o princípio da função social em situações não pensadas pelo legislador, mas que revelam um uso da propriedade contrário ao fim social”⁵⁷.

Em termos de desapropriação, não é novidade a intervenção da jurisprudência para encontrar soluções não escritas no DL 3.365/1941, como é o caso da impossibilidade de os Estados e Municípios desapropriarem bens de domínio e no território de outro Estado e Município⁵⁸ ou mesmo só de domínio quando móveis⁵⁹.

Bens dominiais sem nenhuma função estratégica, ainda que com uso – na classificação de Floriano de Azevedo Marques Neto⁶⁰ –, devem cumprir a função de atender a todos, não podendo se fazer leitura de que seria necessária

55 CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. Desapropriação por utilidade pública, segundo a doutrina e a legislação brasileira – Fundamento, natureza e “vis jurídica” da instituição da desapropriação por utilidade pública. *Revista de Direito Civil, Commercial e Criminal*. Rio de Janeiro, v. 18, p. 409-435, out. 1910 apud PEREIRA, Carlos Fernando Potyguara. Op. cit., p. 93 – atualizou-se a redação.

56 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do Poder Público. *Cadernos Fundap*, São Paulo, a. 9, n. 17, p. 58, dez. 1989.

57 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70, 72 e 119.

58 STF, Pleno, RE 85.550/SP, Rel. Min. Xavier Albuquerque, J. 22.02.1978, DJ 15.09.1978, p. 6.988, RTJ 87/3/542.

59 STF, Pleno, MS 19.983/DF, Rel. Min. Thompson Flores, J. 27.08.1975, DJU 26.04.1976, p. 2.731, RTJ 77/1/48. O caso girava em torno da desapropriação das obras artísticas de um colecionador, Abelardo Rodrigues.

60 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 222.

autorização do chefe do Executivo para a desapropriação ascendente desses bens.

A “Administração não pode dispor dos bens de acordo com a sua vontade, mas sim está obrigada a usá-los de modo a privilegiar o atendimento aos fins públicos previstos em lei”⁶¹. Lei deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo as políticas públicas atribuídas a um ente federativo pela Constituição e pela legislação infraconstitucional.

Se o ente de maior abrangência territorial pudesse se opor à desapropriação daquele de menor abrangência territorial, ainda que os bens fossem dominiais sem função estratégica, haveria atentado à finalidade pública do próprio bem. Haveria capricho, arbitrariedade na condução dos negócios do Estado, ainda mais tendo em vista que o dever de solidariedade também regula a relação dos entes federativos entre si. Corretamente doutrina Sílvio Luís: “As razões que eventualmente possam impedir a desapropriação entre entes públicos deixam de existir quando se trata de bens dominiais”⁶².

Em sua monografia sobre desapropriação de bens públicos, Letícia Queiroz de Andrade também defende a desapropriação ascendente de bens dominiais ao aduzir que,

se o bem público almejado não estiver preposto a uma utilidade pública, a desapropriação será sempre possível, pois, com ela, esse bem passará a desempenhar alguma função, seja direta ou indireta, com relação à utilidade pública visada pela desapropriação.⁶³

Carlos Pereira, em excelente estudo, conclui que nesses casos não se poderia permitir – uma vez que a leitura literal do § 2º do art. 2º do DL 3.365/1941 afrontaria a função social da propriedade – que o “simples espírito egoístico do governante do ente ‘maior’ possa se opor ao interesse legítimo do ente ‘menor’”⁶⁴.

A solidariedade exige um modo de pensar conjunto, compartilhado, não segmentado, individual ou egoísta. Nosso federalismo é cooperativo porque também pressupõe a solidariedade entre os entes políticos da federação para além do âmbito da competência concorrente. Não pode se amesquinhar os interesses dos entes que irão implementar a sua política pública pela leitura literal do dispositivo ao impedir a desapropriação de imóvel sem serventia alguma comparada com o futuro uso comum ou especial a ser implementado pelo expropriante.

61 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Op. cit., p. 125.

62 Idem, p. 146.

63 ANDRADE, Letícia Queiroz de. Op. cit., p. 137.

64 PEREIRA, Carlos Fernando Potyguara. Op. cit., p. 94.

A futura destinação do bem pelo expropriante deve ser motivada pelo ente expropriante, na autorização legislativa e no decreto expropriatório, e se enquadrar dentro da sua política pública determinada pelo ordenamento jurídico. Não se admite, dessa forma, desapropriações ascendentes que não especifiquem a destinação do futuro bem dentro das competências atribuídas ao expropriante.

3.2 O FUNDAMENTO DO PODER EXPROPRIATÓRIO

Celso Antônio Bandeira de Mello doutrina que o fundamento do poder expropriatório é a necessidade de se fazer preponderar um interesse maior⁶⁵, o que é fundamental quando está em jogo a desapropriação de bens públicos:

[...] como o instituto expropriatório é figura jurídica destinada a assegurar a compulsória superação de interesses menores por interesses mais amplos, mais relevantes (e que, bem por isso, devem prevalecer), a ablação do direito de propriedade de alguém em proveito do expropriante depende fundamentalmente da supremacia do interesse, isto é, da supremacia da necessidade e da utilidade proclamados *sobre interesse que a ordem jurídica haja categorizado em grau subalterno, por escaloná-lo em nível secundário em relação ao outro que pode se impor*.⁶⁶

O DL 3.365/1941 ajusta os interesses na desapropriação, reconhecendo que os da União (e suas entidades) são maiores do que os dos Estados e Municípios e que os dos Estados (e suas entidades) são maiores do que os dos Municípios (art. 2º, § 2º). Mas se entende que tal raciocínio serve para os bens de uso comum, o de uso especial e para os dominiais sem função estratégica.

Quando um ente federativo precisa de um bem para realizar uma política pública a seu encargo, o jurista deve ter a sensibilidade para ver que nem todos os bens públicos são iguais, devendo se ater aos parâmetros que a ordem jurídica usa para classificar esses bens públicos.

Dos bens dominiais aos de uso comum existe

uma progressiva, crescente, identificação com o interesse público. Os dominiais apenas muito indiretamente beneficiam ou podem beneficiar a utilidade pública; os de uso especial já se apresentam como instrumento para sua efetivação e os de uso comum se identificam com a própria utilidade pública por meio deles expressada.⁶⁷

65 “[...] somente a supremacia de um interesse sobre outro, isto é, o desequilíbrio entre duas ordens de interesses pode autorizar a deflagração da desapropriação, posto que esta se inspira, justamente, na necessidade de fazer preponderar um interesse maior sobre um interesse menor.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Desapropriação de bem público. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 29, p. 48, mai./jun. 1974).

66 *Idem*, p. 49.

67 *Idem*, p. 50.

A gradação na classificação do Código Civil, que está em uma escala decrescente de interligação com a utilidade pública, obriga a reconhecer que existe em nosso sistema uma ponderação do valor público deles e, conseqüentemente, que o grau de proteção que lhes deve assistir juridicamente está na relação direta do comprometimento de tais bens com a satisfação de necessidades públicas.⁶⁸

Embora em um contexto diferente e atualmente tendo posicionamento contra a desapropriação ascendente⁶⁹, Celso Antônio foi categórico ao reconhecer que,

se a pretensão incide sobre bem público não afetado à satisfação direta de uma necessidade ou utilidade pública – como ocorre no caso extremo dos bens dominiais, possuídos à moda de qualquer proprietário, como simples patrimônio de uma pessoa pública – não mais comparece razão para obstar-se uma satisfação pública do eventual expropriante.⁷⁰

Não é todo bem dominial que pode ser tido como desapropriável pelo ente de menor abrangência territorial, mas somente aquele que não tenha nenhuma função estratégica. Se ele estiver em um plano de expansão ou mesmo for, por exemplo, uma área natural para futura expansão, não deve ser considerado como desapropriável sem a autorização do chefe do Executivo.

Por isso, no RE 172.816/RJ⁷¹, o Ministro Paulo Brossard, mesmo sem se comprometer com a tese, consignou que a desapropriação de bens dominicais deveria “ser entendida *cum grano salis*, visto que certo bem pode não estar sendo utilizado hoje e vir a sê-lo amanhã, na medida da necessidade; embora imprescindível, podem faltar recursos financeiros à entidade para empregá-lo desde logo”. Pode haver mesmo uma presunção de que o bem dominial está impregnado de uma função estratégica, como o Ministro Paulo Brossard bem delineou:

Imóvel situado no cais do Rio de Janeiro se presuma integrado no serviço portuário, que é dinâmico, e a serviço da sociedade, cuja duração é indeterminada. Se o imóvel estivesse situado na Tijuca ou em Santa Tereza, em Campos ou em Petrópolis, o problema poderia ser outro; mas, localizado no cais do Rio de Janeiro, adquirido pela Cia. Docas para a ampliação e melhoria de seus serviços, sou forçado a concluir, até demonstração em contrário, que ele é necessário ao serviço público federal desempenhado pela recorrida.

68 Idem, p. 52.

69 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 892.

70 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Desapropriação de bem público...*, p. 57.

71 STF, Pleno, RE 172.816/RJ, Rel. Min. Paulo Brossard, J. 09.02.1994, DJU 13.05.1994, p. 11.365.

No mesmo acórdão, o Ministro Sepúlveda Pertence teceu importante comentário sobre essa função de uso futuro ou estratégico do bem:

Pouco importa que se tratasse de imóvel que não estivesse, naquele momento, ocupado pelas instalações portuárias, se se tem por certo que se destinava à sua ampliação. Do contrário, poderíamos chegar à solução absurda de considerar não afetada à prestação do serviço público a totalidade de um terreno destinado à futura implantação de um porto a construir, mas de exploração já entregue a uma sociedade de economia mista ou empresa pública.

Com essa ressalva, são dignos de elogio os recentes acórdãos que reconhecem a possibilidade da desapropriação ascendente, como apresentado no próximo item. Ao citar o precedente de sua relatoria no ex-TFR (AC 40.526), o Ministro Carlos Velloso admitiu em tese a desapropriação ascendente em casos de bens dominiais no RE 172.816/RJ, embora não no caso concreto, porque o imóvel se destinava à ampliação das atividades.

O fundamento da desapropriação é bem comum⁷², que estaria longe de ser alcançado se uma política pública fosse emperrada por um interesse quase privado de outro ente político. Não se pode opor o interesse patrimonial para se evitar a desapropriação que tem por objetivo alcançar o bem comum traduzido na política pública outorgada pela Constituição e pelas leis ao ente político de menor abrangência territorial.

3.3 A ISONOMIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS (CF, ART. 19, III)

No federalismo brasileiro, a Constituição garante igualdade entre as entidades políticas componentes da Federação. Com efeito, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar preferências entre si (CF, art. 19, III).

Sendo a desapropriação assentada na gradação de interesses atribuídos aos entes políticos, nada mais natural do que a lei, evitando uma irracional ponderação do caso a caso, proceda a simplificação da matéria admitindo a desapropriação decrescente pelo ente de maior abrangência territorial em relação ao de menor.

Entretanto, é completamente desarrazoado entender que existe a vedação de desapropriação ascendente em cima de bens dominiais sem função estratégica, porque não há interesse que não seja meramente patrimonial, violando a essencialidade da função social da propriedade pública. O Estado não deve ter bens desafetados, a menos que sejam como reserva estratégica. Quando ele precisa de algum bem, sempre existe a possibilidade de desapropriá-lo.

72 DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 11. ed. Buenos Aires/Madrid/México/Ciudad Argentina – Hispania Libros, 2006. p. 951.

A leitura atual do significado da gradação do DL 3.365/1941 (art. 2º, § 2º) indicaria que ela somente se justificaria diante da igualdade entre os entes do sistema federativo brasileiro, onde pudesse haver a preponderância de interesses dos entes políticos de maior abrangência territorial (União e Estados). No caso de bens dominicais sem função estratégica, essa possibilidade não existe, não havendo razão para leitura tão ampliativa do dispositivo legal, a ponto de restringir a desapropriação ascendente nesses casos.

3.4 A DESAPROPRIAÇÃO ASCENDENTE NA JURISPRUDÊNCIA

Não é de hoje que nossa jurisprudência se sensibiliza pela viabilidade da desapropriação ascendente de bens dominiais sem função estratégica, embora ainda sejam decisões minoritárias e esparsas, quando não revertidas por julgados dos tribunais superiores.

O extinto Tribunal Federal de Recursos concluiu que, apesar de ter entendido que o § 2º do art. 2º não se aplicava a autarquias, por merecer exegese restritiva, bens públicos federais desafetados poderiam ser desapropriados por Estados-membros sem autorização do Presidente da República⁷³. Esse acórdão inspirou o TRF da 3ª Região quase uma década depois⁷⁴.

O TRF da 4ª Região também já chancelou desapropriação ascendente indireta de Município contra Autarquia Federal:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – ÁREA PERTENCENTE AO INSS APROPRIADA PELO MUNICÍPIO DE TIMBÓ-SC PARA ABERTURA DE UMA RUA – BEM NÃO AFETADO A QUALQUER DESTINAÇÃO PÚBLICA – DESAPROPRIAÇÃO POSSÍVEL [...] – 1. Os municípios não podem desapropriar bens dos Estados ou da União, mas cabível a desapropriação de bens de autarquias federais ou estaduais, não afetados a uma finalidade pública. Ocorrendo a “desapropriação de fato” de imóvel do INSS, que se encontrava sem qualquer uso, é devida a indenização

73 “DESAPROPRIAÇÃO – BENS DE AUTARQUIAS FEDERAIS – DESAPROPRIAÇÃO PELO ESTADO-MEMBRO – INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, § 2º DO DL 3.365/1941 – NÃO ABRANGÊNCIA DE BENS DE AUTARQUIAS – BENS NÃO AFETADOS A UMA ATIVIDADE PÚBLICA – I – Possibilidade de desapropriação, pelo estado-membro, de bens de Autarquia Federal não afetados a uma atividade administrativa.” (TFR, 6ª T., AC 40.526/SP, Rel. Min. Carlos Mario Velloso, J. 04.05.1988, DJU 23.06.1988)

74 “ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO – BEM DE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL – EXPROPRIAÇÃO POR MUNICÍPIO – IMÓVEL TOMBADO PELO CONDEPHAT – I – O bem de empresa pública federal – como é o caso da ECT –, desde que não esteja afetado a qualquer atividade administrativa, pode ser desapropriado por Município. II – É irrelevante, para o desembaraço da causa, o debate em torno da destinação a ser dada ao bem expropriado, pois cuida-se de discussão a ser eventualmente travada entre a municipalidade e o Condephat, órgão responsável pelo tombamento do imóvel. III – Apelação improvida.” (TRF 3ª R., 1ª T., v.u., AC 0661117-16.1984.4.03.6100/SP (Ac. 60.995), Rel. Des. Fed. Theotonio Costa, J. 25.03.1997, DJU 22.04.1997).

Decisão reformada pelo STJ (1ª T., v.u., REsp 214.878/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, J. 05.10.1999, DJU 17.12.1999, p. 330).

através da qual se consumará a transferência da propriedade da área invadida para o domínio do município.⁷⁵

O TRF da 5ª Região, ao assentar que o STF, por ocasião do julgamento do RE 85.550/SP⁷⁶ e do RE 172.816/RJ⁷⁷, consignou, durante as argumentações tecidas, que a ordem do art. 2º, § 2º, do DL 3.345/1941 não se impõe quando se trata de bem dominial, decidiu:

APELAÇÃO – DESAPROPRIAÇÃO INCIDENTE, EM PARTE, SOBRE TERRENO DA UNIÃO – ART. 2º, § 2º, DO DECRETO-LEI Nº 3.345/1941 – AUSÊNCIA DE INTERESSE CONCRETO PARA INVALIDAÇÃO – IMPROVIMENTO – 1. A ordem estabelecida pelo art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.345/1941, não é de intransponível observância quando a expropriação versar sobre bem dominial.⁷⁸

Mais recentemente, o TRF da 3ª Região também admitiu a desapropriação ascendente de empresa pública estadual de bens de autarquia federal:

DESAPROPRIAÇÃO – IMÓVEL DO INSS – AUTARQUIA FEDERAL – DECRETO E ATOS EXPROPRIATÓRIOS ESTADUAIS – CIA. DO METRÔ – LINHA 4 – AMARELA – VEDAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO ASCENDENTE – AFETAÇÃO DE BENS PÚBLICOS [...] – 1. Em princípio, os municípios não podem desapropriar bens dos Estados ou da União (art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941), mas cabível a desapropriação de bens de autarquias federais por companhia estadual, com a finalidade de permitir a expansão do sistema metroviário de transporte, uma vez que a medida não viola o princípio da continuidade do serviço público e tampouco atinge bem afetado a uma finalidade pública específica. Devida, portanto, a desapropriação de imóvel do INSS, que se encontrava sem qualquer uso (“bem dominial” objeto de locação por um ente privado). Prestigia o interesse público permitir o desenvolvimento do serviço de transporte público, não se justificando a aplicação literal da vedação do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, quando o bem objeto da expropriação não se encontra vinculado à consecução de finalidade pública.⁷⁹

4 A NECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA A DESAPROPRIAÇÃO ASCENDENTE

Uma questão que não vem sendo discutida na desapropriação ascendente é a necessidade de autorização legislativa para procedê-la.

75 TRF 4ª R., 4ª T., v.u., REO 96.04.31919-1/SC, Rel. Des. Fed. Antonio Albino Ramos de Oliveira, J. 06.04.1999, DJU 14.02.2001, p. 210.

76 STF, Pleno, RE 85.550/SP, Rel. Min. Xavier Albuquerque, J. 22.02.1978, DJ 15.09.1978, p. 6.988, RTJ 87/3/542.

77 STF, Pleno, RE 172.816/RJ, Rel. Min. Paulo Brossard, J. 09.02.1994, DJU 13.05.1994, p. 11.365.

78 TRF 5ª R., 2ª T., v.u., AC 2007.05.00.000030-6/CE (Ac. 404.306), Rel. Des. Fed. Edílson Nobre, J. 16.09.2008, DJU 15.10.2008, p. 218.

79 TRF 3ª R., 1ª T., AC 0002908-68.2005.4.03.6100 (Ac. 1.584.426), Rel. Des. José Lunardelli, J. 16.08.2011, e-DJF3 25.08.2011, p. 251.

Eurico Sodré admitia a desapropriação ascendente desde que o ente expropriado editasse lei autorizando a desapropriação, no que somente substituiria a autorização do chefe do Executivo pelo Legislativo. Entretanto, como se entende que a desapropriação ascendente de bens dominiais sem reserva estratégica é possível ainda que não haja autorização do chefe do Executivo, não se discorrerá sobre essa autorização legislativa, mas sobre a do ente político expropriante.

Se o art. 2º, § 2º, do DL 3.365/1941 exige autorização legislativa para a desapropriação decrescente, não haveria a necessidade de exigir para a ascendente? Em outras palavras, para desapropriar um bem de ente político de maior abrangência territorial, o ente expropriante não teria que ter autorização do seu legislativo?

Carlos Potyguara Pereira talvez respondesse pela negativa, uma vez que, para esse doutrinador, não se aplica o art. 2º, § 2º, do DL 3.365/1941 aos casos de bens dominicais⁸⁰. Mas o fato de ele ser inaplicável não significa que o seja completamente, porque apenas a parte da vedação implícita (silêncio eloquente) para a desapropriação ascendente é rechaçada pelo autor, não dispensando, portanto, a autorização legislativa.

Como se exige a paridade de formas, entende-se que não é possível a desapropriação ascendente de bens dominicais – que não têm função estratégica – sem que o Legislativo do ente expropriante dê o seu aval, por uma das formas admitidas pelo ordenamento para a manifestação da sua vontade, não necessariamente exteriorizada pela lei, como se viu no item 1.

Entretanto, nos casos de desapropriação indireta ascendente não haveria como existir a autorização legislativa. Sendo apossamento administrativo pelo ente de menor abrangência territorial do bem da União ou dos Estados, ele não poderia ser precedido de autorização legislativa, uma vez que não se poderia autorizar uma ilegalidade.

Ainda que completamente indesejável, negar a possibilidade de existir uma desapropriação ascendente indireta pela ausência de autorização legislativa seria extremo formalismo, que atentaria contra a própria existência da desapropriação indireta.

CONCLUSÃO

A desapropriação ascendente, isto é, aquela deflagrada de uma entidade política de menor abrangência territorial (ou de suas entidades) para a de maior (ou de suas entidades), não é inteiramente vedada no ordenamento pátrio, podendo ser utilizada diante de bens dominicais sem função estratégica.

80 PEREIRA, Carlos Fernando Potyguara. Op. cit., p. 92-96.

A desapropriação ascendente deve ocorrer com a autorização do legislativo do ente expropriante, sob pena de se conceder tratamento desigual à decrescente. Excepciona-se, de tal regime, a desapropriação indireta, por ser juridicamente inviável que o legislativo autorize um ato ilegal, como é o aposamento administrativo de um bem pertencente a outrem.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Desapropriação de bens públicos (à luz do princípio federativo)*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. Princípio federal – Bens estaduais não podem ser desapropriados – Caso Banespa. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 11, São Paulo: Malheiros, p. 82-86, 1995.
- CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários às leis da desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 11. ed. Buenos Aires/Madrid/México/Ciudad Argentina – Hispania Libros, 2006.
- FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1942.
- FERRAZ, Sérgio. Desapropriação de bens estaduais – Efetivação por outro Estado – Inadmissibilidade. *Revista Direito Público*, n. 30, São Paulo: RT, p. 67-77, 1974.
- FERREIRA, Sergio de Andréa. *Direito administrativo didático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GASPARINI, Diogenes. Desapropriação. *Revista de Direito Público*, n. 86, São Paulo: RT, p. 207-210, abr./jun. de 1988.
- _____. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2013.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e prática da desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MARRARA, Thiago. *Bens públicos: domínio urbano: infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. São Paulo: RT, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestrero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. Desapropriação de bem público. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 29, p. 47-60, mai./jun. 1974.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PEREIRA, Carlos Fernando Potyguara. *A desapropriação de bens públicos à luz da doutrina e da jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do Poder Público. *Cadernos Fundap*, São Paulo, a. 9, n. 17, p. 55-66, dez. 1989.
- _____. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: RT, t. V, 1968.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SABINO JUNIOR, Vicente. *Da desapropriação: doutrina, legislação, jurisprudência, prática*. São Paulo: Bushatsky, USP, 1972.
- SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.
- SODRÉ, Eurico. *A desapropriação*. 3. ed. (póstuma). São Paulo: Saraiva, 1955.