

ano 12 - n. 47 | janeiro/março - 2012
Belo Horizonte | p. 1-272 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
Administrativo & Constitucional

A&C

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa

Revisão: Lourdes Nascimento

Luiz Fernando de Andrada Pacheco

Patrícia Falcão

Bibliotecários responsáveis: Izabel Antonina A. Miranda - CRB 2904 - 6ª Região

Lissandra Ruas Lima - CRB 2851 - 6ª Região

Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Capa: Igor Fernandes Jamur Vieira

Projeto gráfico: Virginia Loureiro

Diagramação: Karine Rocha

A246 A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral
ISSN 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Desapropriação em favor de particular: proibição, limites e possibilidades

Carlos Ari Sundfeld

Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Graduação, Mestrado e Especialização) e da Faculdade de Direito da PUC-SP (Graduação, Mestrado e Doutorado). Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

Jacinto Arruda Câmara

Professor da Faculdade de Direito da PUC-SP. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

Rodrigo Pagani de Souza

Doutor e Mestre em Direito pela USP. *Master of Laws* pela *Yale Law School* (EUA). Coordenador do Núcleo de Pesquisas da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

Resumo: No presente estudo demonstramos que é possível a desapropriação de bens em favor de atividades empresariais de interesse público, inclusive quando realizadas por particulares. Para tanto, buscamos compreender o sentido da ideia da proibição da desapropriação em favor de particular, tal como aparece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Constatamos que o que se veda é o benefício a interesse particular, privado; não, necessariamente, a persecução de interesse público por meio da desapropriação de bem que será destinado a particulares. Ademais, destacamos que determinadas atividades, mesmo que realizadas por particulares, atendem a interesses públicos, assim definidos na legislação federal.

Palavras-chave: Desapropriação. Destinação de bens. Particulares.

Sumário: 1 Introdução – 2 Destinação de bens expropriados a particular na jurisprudência do STF – 3 Possíveis desapropriações em favor de atividades empresariais de interesse público: três exemplos – 4 Possibilidade de os particulares executarem desapropriações em prol de atividades empresariais de interesse público – 5 Conclusões

1 Introdução

Determinadas atividades empresariais realizadas por particulares são consideradas de interesse público. São atividades as mais variadas, que os particulares empreendem sob regimes jurídicos também variados — alguns casos como delegatários de *serviços públicos* (p. ex., serviços portuários, de energia elétrica, telecomunicações), noutros como delegatários de *atividades econômicas monopolizadas pelo Poder Público* (p. ex., pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, transporte de gás natural), noutros ainda como atividades econômicas *de livre iniciativa, mas de utilidade pública* (p. ex., a instalação de clínicas de saúde, de mercados de abastecimento de produtos alimentícios). Quem as considera atividades dotadas de um relevante coeficiente de interesse público é o próprio Direito.

Uma leitura possível desse fenômeno é a seguinte: cuida-se do reconhecimento normativo de que estão em pauta atividades que tendem a transcender, de modo relevante, os interesses imediatos de quem as realiza, propiciando benefícios à coletividade.

Pois essas atividades, que chamaremos aqui de *atividades empresariais de interesse público*, podem requerer o uso de bens imóveis pertencentes a terceiros. E, justamente por serem de interesse público, o Poder Público pode ser convidado a colaborar com a sua realização. De que forma? Viabilizando o uso de bens alheios para a realização de atividade empresarial de interesse público.

O presente estudo gira em torno, justamente, da superação desse desafio, muito comum na realização de atividades de interesse público, que é o desafio da aquisição de direitos sobre os imóveis indispensáveis à realização do empreendimento.

O desafio pode ser traduzido, precisamente, na seguinte indagação: no âmbito de atividades empresariais de interesse público, como o empreendedor privado pode adquirir os direitos sobre o patrimônio imobiliário alheio, necessário para realizá-las?

A resposta, em princípio, é simples: a aquisição de direitos sobre bens imóveis pode ocorrer por qualquer das vias ordinariamente admitidas em Direito. Exemplos são a compra, a locação, a doação, etc. São todas vias juridicamente admitidas a qualquer empreendedor. E aquele que desenvolva atividade legalmente reconhecida como de interesse público terá à sua disposição os mesmos meios de aquisição de patrimônio imobiliário que estão

disponíveis ao empreendedor comum, cuja atividade não transcenda de forma tão significativa seus próprios interesses.

Há situações, todavia, em que esses meios revelam-se insuficientes para a realização do empreendimento de interesse público. Eles simplesmente não bastam para a sua concretização. Nesses casos, os Poderes Públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), como agentes do interesse público por definição, podem colaborar com o empreendedor privado. A questão é: de que modo?

Uma possibilidade é o ente público ceder direitos sobre imóveis de sua titularidade.

Tome-se o exemplo das atividades portuárias. Trata-se de serviço público federal (art. 21, XII, *f*, da CF), que empreendedores particulares podem explorar mediante adequada delegação da União.¹ A União pode lhes ceder o uso de terrenos de marinha (bens da União, nos termos do art. 20, VII, da CF), justamente para viabilizar a exploração desse serviço.² Outros entes — Estados, Distrito Federal e Municípios — também podem ceder ao empreendedor particular, na forma da lei, direitos sobre imóveis públicos seus, colaborando assim com a viabilização do serviço público federal. Pode-se dizer que esta cessão de direitos sobre imóveis públicos a título de colaboração com serviço de titularidade da União, porém executado por particular, é expressão do *federalismo de cooperação* prestigiado pela Constituição brasileira de 1988.³

Tome-se agora o exemplo de uma atividade sujeita à livre iniciativa dos particulares, mas de interesse público, como a instalação de uma escola ou de um hospital (liberdade, vale lembrar, afirmada nos termos do art. 170, parágrafo único c/c arts. 199 e 209, todos da CF).⁴ Sua viabilização também pode

¹ “Art. 21. Compete à União: (...) XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;”

² “Art. 20. São bens da União: (...) VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos;”

³ Expressão forte do federalismo de cooperação na Constituição de 1988 é o seu art. 23, que estabelece competências comuns a todos os entes federados. Mas a cooperação entre os entes pode versar, inclusive, sobre outros temas além dos previstos naquele artigo (respeitadas, é claro, as competências exclusivas de cada ente). Em matéria portuária, por exemplo, que não é expressamente tratada no art. 23, há diversas formas de cooperação interfederativa possíveis. Expressão dessa cooperação é a Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996, que autorizou a União a delegar aos Municípios, Estados da Federação e Distrito Federal a administração e exploração de portos federais.

⁴ O livre exercício de qualquer atividade econômica, ou liberdade de iniciativa, está assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da Constituição. Na área de educação esta liberdade é reforçada pelo art. 209 (“O ensino é livre à iniciativa privada...”) e, na área de saúde, pelo art. 199 (“A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”), ambos da mesma Constituição. Tal liberdade convive, evidentemente, com as atribuições estatais nessas mesmas áreas.

justificar a cessão de direitos sobre imóvel de titularidade pública ao particular, na forma da lei. Nesse caso, a cessão imobiliária será expressão do *fomento estatal* à iniciativa privada de interesse público.

Além da cessão de direitos sobre o patrimônio imobiliário público, outra possibilidade existe para aqueles casos em que os Poderes Públicos — quaisquer deles — não disponham dos direitos sobre o patrimônio imobiliário necessário ao exercício da atividade. Referimo-nos aos casos em que este patrimônio esteja nas mãos de particulares. Nesses casos poder-se-ia indagar: ficará o empreendedor do setor privado que realiza a atividade empresarial de interesse público sem a possibilidade de ser amparado pelos Poderes Públicos na tarefa de adquirir os direitos de que necessita?

A resposta que apresentamos no presente estudo é de que, sob determinadas condições, os Poderes Públicos podem sim colaborar com o parceiro privado, intermediando a aquisição desses direitos. A colaboração estatal pode ocorrer por meio da utilização dos instrumentos de força, para aquisição de direitos patrimoniais, que estão à disposição exclusivamente do Estado — tais como os da desapropriação e da instituição de servidões. Lançando mão desses instrumentos, os Poderes Públicos podem viabilizar a aquisição privada de direitos sobre os imóveis necessários ao desempenho da atividade de interesse público. É importante frisar que esta possível colaboração estatal não se funda no objetivo de favorecer particulares, mas no de beneficiar a atividade de interesse público por eles desempenhada.

Para se chegar a essa conclusão, entendemos ser preciso eliminar certa pressuposição, um tanto quanto simplista, de que seriam ilegítimas quaisquer desapropriações que favoreçam ente particular.

Há volumosa jurisprudência que, de certo modo, reproduz a ideia descrita acima. Se essa afirmação for tomada num dado sentido, não seria possível consumir desapropriações que favoreçam as aqui chamadas atividades empresariais de interesse público, desempenhadas por particulares.

Mas é necessário compreender o que, efetivamente, vem sendo decidido pelos tribunais em relação à matéria. O que se veda é o benefício a interesse particular, privado; não, necessariamente, a persecução de interesse público por meio da desapropriação de bem que será destinado a particulares. Ademais, há de se destacar que determinadas atividades, mesmo que realizadas por particulares, atendem a interesses públicos, assim definidos na legislação federal.

O presente estudo está dividido em cinco partes. Após essa introdução, uma segunda parte destina-se à compreensão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da desapropriação em favor de particular. Nela ainda se destacam alguns posicionamentos doutrinários sobre o tema. A terceira parte destina-se a ilustrar, com três exemplos, como, na legislação federal, são previstas atividades empresariais de interesse público em prol das quais é permitida a desapropriação. A quarta parte serve para elucidar que os próprios particulares, cujas atividades sejam as beneficiadas pela desapropriação, podem assumir o ônus de promover as medidas necessárias para executá-la, mediante expressa autorização do poder expropriante. A quinta sintetiza as conclusões do estudo.

2 Destinação de bens expropriados a particular na jurisprudência do STF

A desapropriação viabiliza a concretização de interesses públicos, mediante sacrifício de direitos de propriedade. Por seu intermédio o Poder Público consegue adquirir compulsoriamente a propriedade de bens pertencentes a particulares.

Isso, porém, só pode ser feito em obediência a determinados direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Para desapropriar, é necessário pagar indenização justa, prévia e em dinheiro ao expropriado. A Constituição também arrola como garantia fundamental os objetivos que podem ser perseguidos num processo expropriatório. Esse forte instrumento de intervenção na vida privada só se justifica em razão de necessidade ou utilidade pública e interesse social. Tudo isso está assegurado no art. 5º, XXIV, da CF. Confira-se:

Constituição Federal de 1988

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

A mera leitura deste dispositivo permite afirmar, com toda segurança, que a desapropriação não se presta ao atendimento de interesses puramente privados, particulares. O Poder Público não pode lançar mão desse instrumento de máxima intervenção na propriedade privada (direito fundamental assegurado constitucionalmente) para atender a interesses apenas privados. A supressão do direito de propriedade, com a observância das demais garantias constitucionais (indenização justa, prévia e em dinheiro, além do devido processo legal) só se justifica para o atendimento de necessidade ou interesse público, ou por interesse social, nos termos fixados em lei.

É importante destacar outra garantia assegurada pelo referido dispositivo, esta de natureza formal. A definição do que atende à necessidade ou ao interesse público, bem como do que seja de interesse social, não pode ser feita exclusivamente pela Administração Pública. A Constituição exige que a indicação dessas hipóteses seja feita por lei ("a lei estabelecerá..."), o que impede a Administração de, sem base em lei, aplicar o instrumento a hipóteses que, na sua exclusiva avaliação, sejam enquadráveis nos fluidos conceitos constitucionais de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social.

Diante desse contexto, o Judiciário tem rechaçado certas iniciativas de desapropriação por ofensa a quaisquer dessas garantias constitucionais. A casuística que tem pertinência com a temática desse estudo envolve a tentativa de desapropriar para benefício exclusivo de entidades privadas. Existem, como já foi registrado, inúmeras decisões judiciais que anulam desapropriações destinadas a beneficiar entidades e interesses apenas privados. Ilustram bem esse quadro acórdãos que anulam desapropriações que beneficiaram clubes esportivos,⁵ entidades filantrópicas,⁶ titulares de cartórios notariais e de registro,⁷ empresa produtora de cimento,⁸ entre outras tantas.

⁵ Foi o caso do acórdão proferido pela 2ª Turma do STF no RE nº 67.079-SP, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, j. 28.4.1969, no qual se reputou ilegítima a destinação de área desapropriada para o Clube de São Caetano de Tiro (uma entidade privada, não estatal). A ilegitimidade da medida foi declarada não apenas pelo fato de ser feita em benefício de entidade privada, mas também em virtude de ter sido modificada a finalidade originalmente prevista para o imóvel expropriado. Este fora originalmente declarado de utilidade pública pela municipalidade para a construção de um parque infantil, ginásio de esporte e piscina, mas sua destinação foi modificada posteriormente pela prefeitura, que quis doá-lo em parte ao clube, para construção de sua sede. A possibilidade dessa nova destinação do bem foi rechaçada pelo STF.

⁶ STF, RE nº 78.229-Guanabara, rel. Min. Rodrigues Alckmin, j. 12.6.1974. Neste acórdão foi declarada a inconstitucionalidade de lei federal que considerava "de utilidade pública" a Sociedade Pestalozzi do Brasil, uma entidade privada sem fins lucrativos, pelos "relevantes serviços humanitários prestados à coletividade brasileira" e, ainda, autorizava o Governo Federal a desapropriar imóvel para ser doado à instituição, com vistas a que nele fosse instalada sua "sede central". Por decisão

Em todas essas situações aparece, como um dos fundamentos, a impossibilidade de se desapropriar para beneficiar entidade apenas privada. De fato, é óbvio que o objetivo da desapropriação só pode ser um daqueles apontados na Constituição. Beneficiar interesse privado ou particular, definitivamente, não pode ser enquadrado em qualquer deles.⁷⁸

Mas não é correto extrair dessa afirmação acima descrita e reiteradamente encontrada nos acórdãos a ideia de que não seja possível, pura e simplesmente, destinar um bem expropriado a entidade de direito privado ou particular. Por trás da assertiva de que *não se pode desapropriar para favorecer particulares* reside, na verdade, a óbvia constatação de que, nos casos examinados, não havia previsão legal para sustentar a nova destinação dos bens e de que, em consequência, era inválida a respectiva desapropriação. Constatou-se apenas a ocorrência, em cada caso, da falta de finalidade legal para a prática do ato expropriatório.

Muitas das entidades beneficiadas eram declaradas (por lei ou ato administrativo) entidades de utilidade pública. Talvez por isso, tenha se tentado fundamentar a desapropriação na aberta previsão do art. 5º, “p”, do Decreto-Lei nº 3.365/41 (que fala nos demais casos de utilidade pública criados por leis especiais). A jurisprudência, todavia, deixou claro que a mera declaração de uma entidade privada como de utilidade pública, mesmo quando feita por lei,

unânime, a Corte entendeu que a desapropriação autorizada pela lei em questão tinha por objetivo beneficiar entidade privada, não se configurando qualquer dos casos de utilidade pública admitidos pela legislação federal.

⁷ RE nº 43.870-RN, rel. Min. Lafayette de Andrada, j. 9.8.1960, 2ª Turma do STF. Neste acórdão, a Suprema Corte brasileira reputou ilegítima a desapropriação de prédio em que funcionava um cartório na cidade de Natal/RN, em favor do particular delegatário do exercício das atividades cartorárias. O voto do relator, unanimemente seguido por seus pares, viu “no ato expropriatório uma ilegalidade, para favorecer particular muito embora exercendo munus público”. E concluiu que “[a] desapropriação se justifica no interesse geral, interesse, em regra de ordem pública, e na espécie isso é longínquo.”

⁸ RE nº 97.963-1-MG, rel. Min. Néri da Silveira, j. 13.2.1996, 2ª Turma do STF. Neste acórdão o STF invalidou decreto municipal que declarava de utilidade pública, para desapropriação, área tida como necessária à construção de via de acesso ferroviário entre empresa produtora de cimento (particular) e a Estrada de Ferro Central do Brasil. O principal fundamento para a invalidação foi a ausência, na desapropriação em mira, de uma utilidade pública que se ajustasse claramente a uma hipótese legal, vez que naquele caso não se tratava de “... abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos...” como quer o Decreto-Lei nº 3.365/41 (art. 5º, “i”), mas sim de abertura de via de uso exclusivamente privado. Constatou-se que o decreto expropriatório, em verdade, não encontrava amparo em nenhuma hipótese legal. Com base nesse fundamento, o posicionamento central da Corte ficou estampado no seguinte trecho da ementa: “Ao Poder Executivo interdita-se considerar de utilidade pública, para fins de desapropriação, situações não definidas em normas legais ou que, nestas, não sejam de manifesta compreensão. Precedentes do STF.”

não seria suficiente para fundamentar uma desapropriação. Instalar a sede de um clube, de uma entidade filantrópica ou de um cartório, mesmo que beneficie entidades classificadas como de interesse público, não atende ao requisito legal. Para tanto, seria necessário que a específica destinação do bem a ser expropriado fosse enquadrada, por lei federal, como de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social.

A necessária subsunção de cada caso específico a uma das hipóteses de utilidade ou necessidade pública ou de interesse social previstas em lei foi destacada pelo STF na apreciação de Embargos no RE nº 14.454-RJ, rel. Min. Ary Azevedo Franco, j. 1.12.1958, em que se analisava desapropriação de terreno em favor do late Clube do Rio de Janeiro. Sua ementa foi lavrada nos seguintes termos:

RE 14.454-RJ (Embargos)

Desapropriação está condicionada à utilidade pública ou ao interesse social, sendo nulo qualquer ato expropriatório que não se inclua no Decreto-lei 3.365, de 1941, e fora dos pressupostos constitucionais. Rejeição dos embargos.

O vício que conduziu à nulidade da desapropriação, no caso, não residia na transferência do bem a ente privado, mas na falta de previsão em lei federal da específica destinação que a ele fora dada.

Noutro julgado (o já citado RE nº 78.229-Guanabara, rel. Min. Rodrigues Alckmin, j. 12.6.1974), o STF considerou ilegítima a desapropriação em favor da Sociedade Pestalozzi do Brasil, também uma entidade de direito privado, mas o fundamento, no caso, foi a ausência de uma verdadeira finalidade de utilidade pública almejada pela desapropriação, e não, propriamente, o caráter privado da instituição beneficiada. Mesmo nesse caso, em que rechaçada a desapropriação em favor de entidade particular, o voto do relator, Min. Rodrigues Alckmin, seguido à unanimidade por seus pares, negou-se a fixar um genérico princípio segundo o qual seria ilegítima toda e qualquer desapropriação de bem em favor de entidade privada.⁹

⁹ Veja-se: "Deve apreciar-se a legitimidade da desapropriação, portanto, tendo à vista não somente a pessoa a cujo patrimônio se integrará o bem expropriado, mas também a finalidade a que destinado o próprio bem ou (...) à afetação do bem a um fim de interesse público. (...) Assim, não somente a benefício das pessoas jurídicas de direito público interno, ou dos entes públicos, se dará a expropriação. Se a pessoas jurídicas de direito privado se delega ou concede a realização de serviço público, dando-lhe o desempenho de atividade que tocaria ao Poder Público, é indubitoso

Dessas decisões é possível concluir que o STF não considera ilícita, *per se*, a desapropriação de bens que venham a ser destinados a particulares.

Essa conclusão pode ser comprovada a partir de vários outros julgados em que a mesma Corte validou expropriações que destinaram bens a particulares, quando a hipótese atendia a interesse público assim definido em lei.

Nessa jurisprudência destaca-se uma série de acórdãos nos quais a Corte Suprema foi provocada a examinar a constitucionalidade de desapropriações realizadas para a implantação de distritos industriais, arrimadas na hipótese de utilidade pública prevista na parte final da letra “i” do art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41 (“a construção ou ampliação de distritos industriais”).¹⁰ Nas desapropriações com tal escopo, naturalmente se costuma prever a destinação dos imóveis expropriados a particulares, para que estes, então, conduzam a atividade de indústria. Pôs-se ao STF a indagação acerca da legitimidade dessa desapropriação “em favor de particulares”. A equivocada ideia de se refutar a desapropriação pela simples translação de domínio a particulares foi logo superada pelo STF,¹¹ firmando-se claramente, ainda no final da década de 1970, jurisprudência em prol da viabilidade das desapropriações com tal intento.

que, para a realização desse serviço, se lhe propiciem os meios necessários.” Para reforçar esse posicionamento, o Min. Aliomar Baleeiro fez questão de consignar em seu voto: “...acompanho o eminente Relator, mas faço a ressalva de que não levo ao absoluto o princípio. Em certos casos, admito que o Estado possa desapropriar um imóvel ou outro bem para uma instituição particular. Não é o caso concreto, admito. Pode haver outra hipótese. É questão, como já se disse na Corte suprema, de gradação.” O Min. Aliomar Baleeiro realçou, dessa forma, o fato de o voto do relator não se comprometer com a tese genérica de que a destinação de bens a entidades particulares seria proibida, com a qual — frisou Baleeiro — ele também não se comprometia, firme em que haveria hipóteses admissíveis de destinação de bens expropriados a particulares, embora tais não estivessem presentes naquele caso concreto.

¹⁰ Tal hipótese de utilidade pública (“a construção ou ampliação de distritos industriais”) foi acrescida à parte final da letra “i” do citado art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41 pela Lei nº 6.602, de 1978. Foi mantida em ulterior alteração da mesma letra “i” pela Lei nº 9.785, de 1999. Mas vale observar que, mesmo antes da sua previsão expressa em 1978, o STF já admitia a desapropriação para a implantação de distrito industrial com fundamento na redação original da letra “i”, que dizia: “o loteamento de terrenos edificadas ou não para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética”. Entendia-se que a implantação de distrito industrial constituía caso, justamente, de “melhor utilização econômica” dos imóveis expropriados. É o que evidencia a ementa do RE nº 91.827-2-MG, rel. Min. Decio Miranda, j. 27.3.1981, assim lavrada: “CIVIL. Desapropriação. Instalação do Distrito Industrial de Betim, MG. Utilidade pública. Conceito adequado ao caso, consoante o art. 5º, letra ‘i’, fine, mesmo antes da Lei nº 6.602, de 7.12.78, segundo tem admitido o Supremo Tribunal Federal (...)”.

¹¹ Esse entendimento, posteriormente superado, foi encampado apenas em alguns poucos julgados da 1ª Turma do STF, como no RE nº 76.296, rel. Min. Bilac Pinto, j. 19.11.1974, que, posteriormente, foi citado como precedente e reafirmado no RE nº 78.501, rel. Min. Rodrigues Alckmin, j. 31.5.1977, e no RE nº 84.638-SP, rel. Min. Bilac Pinto, j. 9.12.1977.

A consolidação dessa jurisprudência foi bem narrada pelo Min. Néri da Silveira, em voto proferido no RE nº 88.742-3-MG (rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 19.11.1981):

Examinando os precedentes do Tribunal, acerca da espécie, verifico que em realidade se consolidou a jurisprudência das Turmas e do Plenário no sentido da viabilidade da desapropriação por utilidade pública de imóvel urbano ou rural, para ser destinado à implantação de distrito industrial, assim como, no caso concreto, sucede com a expropriação de 165 hectares de área contígua à zona urbana, que será destinada à implantação de um distrito industrial em Ponte Nova, MG, sob a administração e controle da Cia. de Distritos Industriais de Minas Gerais – CDI/MG.¹²

Diversos julgados confirmaram essa orientação jurisprudencial.¹³ Além dessa jurisprudência tocante à desapropriação para fins de implantação de distritos industriais, é possível encontrar outros julgados do STF que corroboram a destinação de bens expropriados a particulares. Por exemplo, no RE nº 52.113-Guanabara, rel. Min. Cândido Motta Filho, j. 10.10.1963, o STF, por sua 1ª Turma, reputou legítima a destinação de bem expropriado à Fundação Getulio Vargas, ainda que pessoa jurídica de direito privado. Noutro julgado, RE nº 53.771-PR, rel. Min. Carlos Medeiros Silva, j. 21.6.1966, o STF considerou válida a destinação de bem expropriado à Fundação da Casa Popular, para construção de hospital infantil.¹⁴

¹² Emblemática da jurisprudência que passou a reputar legítima a desapropriação envolvendo a destinação de bens expropriados a particulares foi o acórdão proferido pela 1ª Turma do STF no RE nº 88.742-3-MG, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 22.5.1979, assim ementado: “Desapropriação por utilidade pública de imóvel rural destinado à implantação de distrito industrial. Não compromete sua legitimidade a circunstância de se deverem vender a particulares, que neles hajam de levantar estabelecimentos industriais, lotes extraídos da área expropriada. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido.” O voto do Min. Xavier de Albuquerque, seguido à unanimidade pelos seus pares, esclareceu: “É isso [a venda dos imóveis expropriados a particulares] da própria índole da finalidade pública objetivada pela medida em questão, vale dizer, da execução de planos urbanísticos, ou do loteamento de terrenos edificados ou não para sua melhor utilização econômica.”

¹³ Entre eles, figura o acórdão proferido pelo Plenário do STF no RE nº 90.872-2-SP, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 26.6.1979. Votou vencido na ocasião apenas o Min. Cunha Peixoto, mas o fez sob o fundamento central de que, antes de desapropriar imóvel rural para a implantação de distrito industrial, seria necessária a transformação da área rural em área urbana, o que não ocorreria naquele julgado. Os demais ministros, seguindo o voto do relator, Min. Xavier de Albuquerque, consideraram legítima a desapropriação, reputando irrelevante essa circunstância destacada no voto dissidente.

¹⁴ O foco central desses casos envolvia a análise da modificação da destinação originalmente prevista para cada um dos imóveis expropriados. O imóvel doado à Fundação Getulio Vargas

De tudo se extrai, em síntese, que a jurisprudência do STF admite a destinação de bens expropriados a particulares, quando fundada em caso de utilidade pública previsto na legislação federal. O bem, nessas hipóteses, é transferido a domínio particular para que este realize atividade considerada por lei de utilidade ou necessidade pública, ou de interesse social. Ausente esse fundamento em lei federal, a jurisprudência declara ser inconstitucional o que, em regra, enxerga como uma “desapropriação em favor de particulares”, carente de interesse público legalmente especificado.

Na doutrina encontra-se a mesma tendência da jurisprudência do Supremo. Miguel Seabra Fagundes já se manifestava, em meados do século XX, em prol da viabilidade da destinação de bens expropriados a particulares, encarregados da realização de atividades de interesse público. O posicionamento do jurista continua atual e pertinente diante dos parâmetros da Constituição de 1988 e das alterações sofridas desde então pela legislação ordinária. Confirmam-se as suas palavras:

É certo que só no interesse público se pode tomar a propriedade privada.

(...)

Isto, porém, não exclui o expropriação em favor de pessoa concessionária de serviço público.

O que é preciso, nestes casos, é que a desapropriação tenha sempre em vista o interesse geral, de modo que, quando beneficie pessoa privada, isto se dê indiretamente, refletindo-se ainda os benefícios da medida sobre a coletividade pelo uso que dos serviços concedidos faça o público.

O que é preciso é que se tenha em vista a utilidade pública. Não importa quem a represente ou através de quem a coisa seja posta ao serviço da coletividade.

Em qualquer hipótese o bem há de ser desapropriado no interesse primário do Estado.

Embora vá servir diretamente à entidade beneficiada só lhe é transferido em atenção a interesses, que originariamente são encarnados e representados pelo Estado.

fora, originariamente, desapropriado para a construção de um grande jardim que iria compor o conjunto arquitetônico do antigo Ministério da Educação. O que foi transferido à Fundação da Casa Popular foi expropriado para a construção de um aeroporto.

O interesse público na sua utilização é o mesmo, quer se destine ao uso direto da Administração, quer ao uso dessas entidades, nas quais se encarna, eventual ou permanentemente, esse interesse.¹⁵

É preciso ter presente que as pessoas privadas que o jurista reconhecia como possíveis beneficiárias indiretas de medida expropriatória iam além dos concessionários de serviços públicos, para alcançar outros estabelecimentos privados, encarregados do exercício de funções públicas; nesse sentido, eis a sua interpretação acerca de quais poderiam ser esses estabelecimentos à luz da legislação sobre desapropriações:

Os estabelecimentos, aos quais é atribuído o exercício de função pública, se apresentam divididos em duas categorias:

A) estabelecimentos de caráter público;

B) estabelecimentos que exercem funções delegadas de poder público.

Os primeiros são órgãos componentes da Administração Pública, através dos quais se exerce a chamada descentralização por serviço. Estão integrados no conjunto dos elementos componentes do Poder Executivo, mas desfrutam, não obstante isso, uma certa autonomia na organização e no desempenho dos serviços que lhes são afetos.

(...)

Quais os estabelecimentos componentes da segunda categoria, isto é, os estabelecimentos que, não sendo de caráter público, 'exercem funções delegadas de poder público?' São entidades às quais, só agora, se principia a aludir explicitamente no direito positivo brasileiro. Têm um papel menos relevante no desempenho do serviço público, que o dos estabelecimentos públicos propriamente ditos (...) e não são, por natureza, elementos integrantes da Administração Pública. Não são criados pelo Estado como esses outros. Existem por iniciativa privada e desempenham atribuição própria do Estado, por especial e facultativa delegação deste. Esta delegação não lhes é essencial. Com ela, ou sem ela, existirão sempre, como entes privados que são.

(...)

Através de tais entidades tem lugar a descentralização administrativa por colaboração. Colaborando com a Administração elas a desoneram de algumas atribuições, que lhe são atinentes. A fundação

¹⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 89-90.

Rockefeller, que tem sido chamada a desempenhar serviços públicos de profilaxia da febre amarela e da malária, em várias regiões do país, é, tipicamente, um estabelecimento desses.¹⁶

Como se vê, Seabra Fagundes identificava até nas entidades privadas sem fins lucrativos (citando o exemplo da fundação Rockefeller), hoje também conhecidas como entidades do Terceiro Setor, pessoas em favor das quais potencialmente se poderia destinar bens expropriados.

É o que ainda hoje se admite, desde que, como já destacado a partir da análise da jurisprudência do STF, a destinação dos bens expropriados a tais entidades esteja fundada numa específica hipótese de desapropriação admitida em lei federal. Vale lembrar que a mera circunstância de se tratar de entidade dedicada à filantropia, à assistência social, ou de ser simplesmente entidade portadora do título de utilidade pública, é insuficiente para caracterizar a subsunção de sua atuação às hipóteses legalmente autorizadas.

Na moderna doutrina destaca-se a monografia de Odete Medauar, dedicada especificamente ao tema da *Destinação dos bens expropriados*. Nela, atestando a possibilidade de transladação dominial “de ‘privados’ a ‘privados’” por força de desapropriação, a professora explicou:

Aspecto importante na evolução do instituto expropriatório diz respeito à ampliação gradativa de casos em que o bem irá integrar o patrimônio privado, terá como destinação o patrimônio privado.

(...)

Chega-se então, a um estágio em que o objetivo de alguns casos de desapropriação situa-se na transmissão do bem a um particular, para que o interesse público, especificado na utilidade pública ou no interesse social, seja realizado.

A pessoa pública competente para decretar a expropriação ou a entidade que a promove apenas detém, temporariamente, o bem que terá como destino final o patrimônio privado.

A transladação ao particular se efetua por doação, ‘locação’, venda ou revenda.¹⁷

¹⁶ Idem, p. 91-93.

¹⁷ MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens expropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 90-91.

Um dos subscritores do presente estudo também já teve a oportunidade de reconhecer essa espécie de evolução do instituto da desapropriação em obra doutrinária. Nesse sentido, afirmou:

A desapropriação surgiu como um meio de, coativamente, afetar propriedades privadas ao interesse público, é dizer, de transferir bens do domínio privado para o público. São as hipóteses da desapropriação para construção de vias públicas, instalação de repartições etc. Modernamente, tornou-se também instrumento para a transferência de bens entre particulares, promovida com a intermediação do Estado. É o caso da desapropriação para reforma agrária, para instalação de distritos industriais, para reforma urbana.¹⁸

Para melhor ilustração do quanto viemos de demonstrar (a partir da jurisprudência do STF e de alguns posicionamentos doutrinários), seguem três exemplos de casos de desapropriação em favor de atividades empresariais de interesse público.

Além de ilustrar o quanto sustentado até aqui, pretendemos com esses exemplos chamar a atenção para o modo como aparecem na legislação federal tais hipóteses de desapropriação. Ao contrário do que alguém poderia esperar, buscando encontrá-las apenas nos estatutos sobre desapropriações (notadamente no Decreto-Lei nº 3.365/41, que trata da desapropriação por utilidade pública), existem outras leis federais que qualificam atividades como de utilidade pública, em complemento aos velhos estatutos. A interpretação normativa necessária na atualidade, assim, é a que conjuga diversas leis federais.

3 Possíveis desapropriações em favor de atividades empresariais de interesse público: três exemplos

Como salientado, as hipóteses que legitimam a realização de desapropriações em favor de atividades empresariais de interesse público devem estar previstas na legislação federal.

A lista de hipóteses mais conhecida está estampada no Decreto-Lei nº 3.365/41, especificamente no seu art. 5º (“consideram-se casos de utilidade pública...”), alíneas “a” a “p”. Mas não é só esse diploma que tem influência sobre a matéria. Aliás, ele mesmo já deixou isto claro, ao prever na alínea “p” serem

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Desapropriação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 10-11.

considerados de utilidade pública todos “os demais casos previstos em leis especiais”.

Fato é que, desde a sua edição, há setenta anos, muitas outras leis federais reconheceram outras atividades como de utilidade pública. Essa nova realidade normativa, construída ao longo de tantas décadas, exige que a nossa atenção aos casos de desapropriação, inclusive em favor de particular, leve em consideração outros textos legais que não apenas o Decreto-Lei nº 3.365/41, que perdeu exclusividade.

Considere-se, por exemplo, o previsto no art. 1º, §1º, incs. I e II, da Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999 (lei que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis):¹⁹

Lei 9.847, de 1999

Art. 1º (...)

§1º O abastecimento nacional de combustíveis é considerado *de utilidade pública* e abrange as seguintes atividades:

I – produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, *transporte*, transferência, armazenagem, estocagem, *distribuição*, revenda, comercialização, avaliação de conformidade e certificação do petróleo, *gás natural* e seus derivados;

II – produção, importação, exportação, *transporte*, transferência, armazenagem, estocagem, *distribuição*, revenda e comercialização *de biocombustíveis*, assim como avaliação de conformidade e certificação de sua qualidade. (grifos acrescentados)

A partir desse dispositivo legal, combinado com a alínea “p” do Decreto-Lei nº 3.365/41, podem ser destacados pelo menos dois casos de atividades empresariais de interesse público, passíveis de desempenho por particular, eventualmente justificadores de medidas expropriatórias.

Um caso é o da *distribuição e transporte de etanol*, um tipo de biocombustível. Estas são atividades de utilidade pública, nos termos do art. 1º, §1º, inc. II, da Lei nº 9.847/99. E podem ser realizadas por particulares, sob regulação da União.

¹⁹ O §1º vigora com a redação dada pela Lei nº 11.097, 13 de janeiro de 2005, e os seus incisos I e II foram incluídos pela mesma lei. A redação do inciso I permanece a mesma que lhe foi dada pela Lei nº 11.097/2005. Já a redação do inciso II é a que lhe foi atribuída pela Lei nº 12.490, de 16 de setembro de 2011 (fruto de conversão da Medida Provisória nº 532, de 28 de abril de 2011). A transcrição feita já inclui todas as novas redações.

Outro caso é o das atividades de *distribuição e transporte de gás natural*. Também são de utilidade pública, nos termos do art. 1º, §1º, inc. I, da mesma lei.

A distribuição de gás canalizado é, inclusive, serviço público estadual, cuja exploração pode ser delegada a particular mediante concessão, nos termos do art. 25, §2º, da CF.²⁰ E o transporte de gás natural, por meio de conduto, constitui monopólio da União, nos termos do art. 177, IV, também da CF, cuja realização pode ser contratada com empresas privadas, nos termos do §1º do mesmo artigo.²¹ Independentemente desses rótulos constitucionais — serviço público estadual, no caso da distribuição, ou atividade econômica monopolizada pela União, no caso do transporte — o fato relevante é que tais atividades, de distribuição e transporte de gás natural, são consideradas de “utilidade pública” pela lei federal.

Em suma, tanto a distribuição e o transporte de etanol quanto a distribuição e o transporte de gás natural são atividades empresariais de interesse público, que podem vir a justificar desapropriações de imóveis sob o amparo da Lei nº 9.847/99, em combinação com o art. 5º, “p”, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

Imagine-se, pois, a necessidade de construção de um duto de transporte e distribuição de etanol, ou ainda, de um gasoduto para transporte e distribuição de gás natural. Possivelmente, o empreendedor que construirá esses dutos não terá como alternativa adquirir todos os imóveis que existirem pelo caminho (não raro, dutos como esses têm quilômetros de extensão). As leis federais amparam em princípio desapropriações para viabilizar que sejam instalados, mesmo que a instalação, operação e manutenção desses dutos sejam realizadas por particulares.

Afigura-se irrelevante a circunstância de a destinação das áreas a essas finalidades de distribuição e transporte ser feita pelo próprio Poder Público ou por particulares. Noutros termos, se a destinação das áreas for dada por empresa estatal ou por empresa não estatal, tanto faz; o importante, para enquadramento dos casos nas hipóteses legais, será tratar-se de destinação

²⁰ Assim prevê a Constituição: “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. (...) §2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação” (grifos acrescentados).

²¹ Confirmam-se os preceitos constitucionais: “Art. 177. Constituem monopólio da União: (...) IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; (...) §1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei”. Grifos acrescentados.

especificamente qualificada como de utilidade pública; é isso o que realmente importa numa correta inteligência do Decreto-Lei nº 3.365/41 e da Lei nº 9.847/99.

Imagine-se agora um terceiro caso de atividade empresarial de interesse público: a *construção de instalações de apoio à lavra de recursos minerais*. Suponha-se que estejam compreendidas, nessas instalações, as seguintes: um mineroduto para o escoamento do produto da lavra; sistemas de transmissão de energia elétrica e de captação, adução e escoamento de água, servindo tanto para as atividades de mineração como para os trabalhadores; e, ainda, moradias para esses últimos.

Veja-se que as atividades empresariais aqui ventiladas não consistem exatamente na *lavra* de recursos minerais, mas num conjunto de atividades de *apoio à lavra*.

Estivesse em pauta apenas a lavra, não haveria maiores dúvidas para se considerá-la apta a justificar desapropriações. As desapropriações seriam em princípio viáveis sob o amparo da alínea “f” do art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41, na qual está previsto, como caso de “utilidade pública”, “o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica”. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais envolveria, por certo, a própria lavra dos recursos minerais.²² Mas o que dizer da construção das instalações de apoio?

Seria necessário interpretar essa hipótese da alínea “f” do art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41 em conjunto com o disposto no art. 59, parágrafo único, alíneas “a” a “h”, do Código de Minas (Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967), tendo em vista que esses últimos preceitos a desdobram. Vale conferi-los:

Decreto-lei 227, de 1967

Art. 59. Ficam sujeitas a servidões de solo e subsolo, para os fins de pesquisa ou lavra, não só a propriedade onde se localiza a jazida, como as limitrofes.

²² De resto, vale observar que a lavra de recursos minerais não apenas é considerada de “utilidade pública”, nos termos do Decreto-Lei nº 3.365/41, como é reputada de “interesse nacional”, nos termos do §1º do art. 176 da CF. Eis a previsão constitucional nesse sentido: “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. §1º. A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput’ deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei...” (grifos acrescentados).

Parágrafo único. Instituem-se Servidões para:

- a) construção de oficinas, instalações, obras acessórias e moradias;
- b) abertura de vias de transporte e linhas de comunicações;
- c) captação e adução de água necessária aos serviços de mineração e ao pessoal;
- d) transmissão de energia elétrica;
- e) escoamento das águas da mina e do engenho de beneficiamento;
- f) abertura de passagem de pessoal e material, de conduto de ventilação e de energia elétrica;
- g) utilização das aguadas sem prejuízo das atividades pré-existentes;
- e,
- h) bota-fora do material desmontado e dos refugos do engenho.

A interpretação conjugada dessas disposições revela que a genérica hipótese de desapropriação ou constituição de servidão para fins de *aproveitamento industrial das minas e jazidas minerais*, prevista no Decreto-Lei nº 3.365/41, desdobra-se, segundo a lei específica (Código de Minas), numa série de atividades. Ou seja, o “aproveitamento industrial” genericamente referido envolve as atividades que estão discriminadas no Código de Minas como as capazes de justificar a constituição de uma servidão.

Fica claro, pois, que as atividades de apoio à lavra de recursos minerais estão previstas nesse outro diploma, que auxilia na interpretação da alínea “f” do art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41. As duas leis federais amparam em princípio desapropriações para tal fim, mesmo que a construção das instalações de apoio aludidas seja, na realidade, realizada por particular, para utilizá-las como suporte à sua atividade de mineração.

Nos três casos aqui apresentados a partir da legislação federal, um aspecto comum deve ser ressaltado: a natureza jurídica de quem aplicará os bens expropriados à atividade de interesse público não importa para a legitimidade da expropriação, mas sim que os bens sejam efetivamente aplicados a essa atividade, legalmente qualificada como de utilidade pública.²³

²³ Note-se: o que se extrai da legislação federal aplicável aos exemplos colacionados é algo bem diferente do que se extrai daquelas outorgas de títulos de utilidade pública a entidades privadas sem fins lucrativos, feitas por decreto ou lei de qualquer dos entes da federação. daquelas outorgas de títulos jurídicos a entidades do Terceiro Setor, segundo a jurisprudência do STF analisada no tópico anterior, não nascem hipóteses de desapropriação. Constituem hipóteses de desapropriação, e assim, as declarações de atividades empresariais de interesse público (veja-se, de atividades, e não de entidades) como de utilidade pública para fins de desapropriação, feitas por lei federal (e não por outros atos emanados de outras esferas da federação). Ainda noutras palavras, fundamentam desapropriações certas hipóteses reconhecidas como tais em leis federais, e não a mera circunstância de certas entidades terem sido porventura declaradas de utilidade pública.

Outro aspecto presente nos três exemplos merece ser destacado: a solução jurídica, acerca do cabimento ou não da desapropriação, pressupôs a análise de outras leis federais, para além do vetusto Decreto-Lei nº 3.365/41.

4 Possibilidade de os particulares executarem desapropriações em prol de atividades empresariais de interesse público

Passamos aqui a enfrentar possível dúvida acerca da viabilidade de o próprio particular executar desapropriação em favor de atividade empresarial de interesse público.

Nossa resposta é positiva e encontra fundamento no art. 3º do Decreto-Lei nº 3.365/41. Eis o que ele prevê:

Decreto-lei 3.365/41

Art. 3º Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.

O dispositivo fala em “concessionários de serviços públicos”, “estabelecimentos de caráter público” e também de agentes que “exerçam funções delegadas de poder público”. Seu objetivo é permitir que os particulares que atuem por delegação do Estado, desempenhando funções de interesse público que requeiram o uso de bens expropriados, assumam o ônus de promover as variadas medidas judiciais e extrajudiciais necessárias à realização de desapropriações. Dessa forma, esses particulares podem desonerar o Estado do exercício dessa tarefa.

É importante deixar bem marcada a natureza dessa atribuição que o referido dispositivo autoriza: a execução da desapropriação por entidade não estatal. Não se trata, propriamente, de delegar exercício de prerrogativa pública, muito menos de “poder de polícia”. O poder expropriatório, no que diz respeito ao exercício de autoridade pública, está circunscrito à chamada fase declaratória. É nesta etapa que são definidos o bem a ser expropriado e a finalidade a lhe ser atribuída, configurando verdadeiramente um exercício de poder de autoridade. Tais funções são exclusivas do Estado e só podem ser exercidas pelas autoridades públicas competentes.

A execução da desapropriação, por via amigável ou pelo ajuizamento de processo expropriatório, não envolve um poder indelegável do Estado.

Essa etapa representa o *ônus* ao qual o Poder Público se sujeita para implantar sua excepcional prerrogativa de adquirir compulsoriamente bens particulares para a afetação a algum especial interesse público. É na fase de execução que o ente expropriante se vê obrigado a pagar o devido valor da indenização ao expropriado, seja por acordo (desapropriação amigável), seja por meio de ação judicial, que estabeleça o justo valor do bem.

Num caso ou noutro, o expropriante se vê compelido a atender as garantias asseguradas aos proprietários privados. O executor da expropriação não decide ou impõe nada. Ele negocia um valor com o expropriado (desapropriação amigável) ou ingressa com ação judicial para que, ao seu cabo, pague o valor justo e se efetive a desapropriação. Não há exercício novo de poder de autoridade, mas mero cumprimento da decisão anteriormente tomada (na fase declaratória) pelas autoridades públicas competentes.

É essa atribuição meramente executória que o Decreto-Lei nº 3.365/41, em seu art. 3º, autorizou ser transferida para terceiros, inclusive particulares. De um modo geral, a lei autoriza que os particulares a quem serão destinados os bens expropriados, inclusive aos que a partir deles desenvolverão atividades econômicas, sejam os responsáveis por arcar com os ônus próprios à desapropriação. E é absolutamente justificável que assim o seja.

Se a legislação passa a autorizar a desapropriação de bens que serão utilizados por particulares para a realização de atividades consideradas por lei de interesse público e, mais, sendo tais atividades passíveis de exploração econômica, nada mais natural do que atribuir aos destinatários do bem os ônus da desapropriação. O ente público exerce seu poder, declarando o bem de utilidade ou necessidade pública para atendimento de um dado fim, e transfere os ônus da expropriação para a entidade não estatal incumbida de dar aquela destinação ao bem.

Na terminologia do legislador da época, procurou-se descrever, da maneira mais abrangente possível, as figuras que representariam essa condição de beneficiário dos bens expropriados: "concessionários de serviços públicos", "estabelecimentos de caráter público" ou ainda estabelecimentos "que exerçam funções delegadas de poder público". Não se deve ter uma interpretação restritiva de tais expressões. Elas simplesmente querem autorizar a transferência de um ônus estatal para quem, no contexto da desapropriação, venha a assumir a função de dar uma destinação de interesse público ao bem expropriado.

Para tanto, como condiciona o próprio dispositivo legal (art. 3º, *in fine*, do Decreto-Lei nº 3.365/41), é necessário que o particular beneficiário receba

uma autorização estatal específica. Essa autorização tanto pode ser fixada em lei especial (no caso de concessão de serviço público, ela foi dada pela Lei nº 8.987/95, art. 31, VI) ou por decisão de índole administrativa. O dispositivo fala expressamente em contrato, guardando paralelo com a forma pela qual as concessões são outorgadas (contrato de concessão), mas há de se admitir que tal autorização também seja dada noutro tipo de instrumento administrativo de delegação de função pública, como autorizações, licenças, etc. ou, até mesmo, no ato de declaração de utilidade pública.

5 Conclusões

Em conclusão destacamos nosso entendimento, primeiro, de que o Poder Público pode emitir declarações de utilidade pública de bens imóveis, para fins de desapropriação, em favor de atividades empresariais de interesse público desempenhadas por particulares, como tais definidas na legislação federal.

A desapropriação, nesses casos, tem como objetivo atingir finalidades públicas, embora as atividades previstas para os imóveis atingidos venham a ser realizadas por empresas privadas. O que a jurisprudência tem apontado como incorreto é a declaração de utilidade pública para satisfazer interesses meramente privados. A utilização dos bens desapropriados por entidades privadas, para objetivos considerados de utilidade pública, não é vedada, existindo vários exemplos legalmente estipulados.

Segundo, na identificação desses exemplos, parece-nos relevante ter presente que a legislação federal em matéria de desapropriações tornou-se algo mais rica desde a edição do Decreto-Lei nº 3.365/41, há setenta anos. Leis específicas trouxeram novas hipóteses, ou desdobramentos elucidativos de hipóteses previstas no velho diploma. É preciso ter essa variedade de leis em mente ao atentar-se para as situações em que o Poder Público tenha sido chamado a colaborar, fazendo uso de seu poder expropriatório, com a iniciativa privada de interesse público. E ter presente também que a ausência de previsão da hipótese em lei federal inviabiliza a desapropriação, como tem enfatizado o STF.

Terceiro, e por fim, entendemos que a empresa privada beneficiária da declaração de utilidade pública sobre imóveis necessários à realização de suas atividades pode ser expressamente incumbida de efetivar os atos concretos (extrajudiciais e judiciais) para a promoção da desapropriação.

A legislação sobre desapropriação reservou ao Poder Público apenas a chamada fase declaratória do processo expropriatório, isto é, a atribuição

de definir o objeto e as finalidades da expropriação. Porém, conforme expressamente autoriza o art. 3º do Decreto-Lei nº 3.365/41, a execução da medida — que ao invés de ser uma prerrogativa, significa um ônus para quem a desenvolve — pode ser transferida a “concessionários de serviços públicos e estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público”. Com isso, a legislação autorizou o Poder Público a se desonerar da execução da medida expropriatória, sempre que entidades não estatais fossem incumbidas de concretizar a destinação de interesse público ao bem expropriado.

Expropriation in Favor of Private Parties: prohibition, limits and possibilities

Abstract: In the present study we demonstrate the viability of the expropriation of land in favor of business activities of public interest, including those businesses undertaken by private parties. For this matter, we try to understand the true meaning of the idea of the prohibition of expropriations in favor of private parties, as it is embraced by the Federal Supreme Court's jurisprudence. We notice that what is forbidden is the benefit to a private interest, not necessarily the pursuance of a public interest through the expropriation of property which will be destined to private parties. Moreover, we highlight that certain activities, even when developed by private parties, serve public interests, as defined by federal law.

Key words: Expropriation. Takings. Destination of expropriated land. Private parties.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Desapropriação em favor de particular: proibição, limites e possibilidades. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 85-106, jan./mar. 2012.

Recebido em: 02.12.11

Aprovado em: 12.01.12