

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Maria Tereza Fonseca Dias, Lucas Gonçalves Da Silva, Roberto Correia da

Silva Gomes Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-082-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :

Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os trabalhos apresentados no grupo "DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I" foram organizados em cinco grupos de discussão, que abrangeram as seguintes temáticas: princípios e fundamentos teórico-jurídicos do direito administrativo; ato e processo administrativo; prestação de serviços públicos; improbidade administrativa e contratação pública. Além destes temas, seguiram-se discussões acerca da organização administrativa, da responsabilidade civil do Estado e da revisão do mérito do ato administrativo. Quanto às questões principiológicas e da fundamentação teórica concernentes ao GT, destacamos os assuntos que fizeram parte das discussões apresentadas, entre as quais, as que se relacionam com as recentes reformas administrativas e um suposto "neoliberalismo" na organização administrativa brasileira; afirma-se este suposto "neoliberalismo" tendo em vista a necessidade de se aprofundar as influências ideológicas e doutrinárias que fizeram (e ainda fazem parte) das transformações da gestão administrativa brasileira. Neste contexto, temas como os da governança pública e da necessidade de efetivação da participação popular e social na administração para a consolidação do processo democrático brasileiro foram aventadas como possíveis instrumentos de aprimoramento do setor público rumo aos anseios e valores do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ainda na primeira temática, foram discutidos diversos trabalhos que buscaram a aplicação dos princípios da administração pública aos diversos setores da atuação estatal. As discussões mostraram que é necessário sair do campo meramente conceitual destes princípios, para buscar sua concretude na intersecção entre direito e gestão pública. Assim, foram tratados dos princípios da "boa administração" como direito fundamental material do cidadão, com o escopo de concretizar e operacionalizar direitos subjetivos referentes a prestações materiais e vinculantes da atuação estatal. O princípio da eficiência - em que pese ainda necessitar de densificação conceitual para operar raciocínios jurídicos necessários a compreensão do fenômeno jurídico-administrativo - foi utilizado como critério para refletir sobre os problemas da corrupção no Brasil e do processo licitatório, neste último caso para o alcance da noção da vantajosidade das contratações públicas. No âmbito da temática do ato e processo administrativo, questões clássicas desta área de estudos foram promovidas quanto ao controle de constitucionalidade no processo administrativo e de revisão do ato administrativo discricionário frente aos princípios constitucionais. Este último trabalho reforça a tese da ampliação do controle dos atos administrativos discricionários, adentrando, inclusive, no seu mérito. Quanto à temática da prestação de serviços públicos - que ocuparam grande parte das discussões do grupo de

trabalho - destacam-se as abordagens afetas às questões prestacionais envolvendo direitos dos cidadãos, tais como a promessa de prestação universalizada do serviço de saúde, promovida com intervenção do Poder Judiciário e o direito a educação face aos benefícios fiscais concedidos nos últimos anos. A própria noção de serviço público foi colocada em xeque, ao se discutir se estamos em período de crise do conceito ou evolução conceitual. Além disto, ainda quanto aos serviços públicos, foram discutidos os limites da função sancionatória das agências reguladoras de serviços públicos, no sentido de que, ao mesmo tempo que esta função deve ser exercida, não podem ser prejudicados os direitos fundamentais dos cidadãos às prestações materiais destes serviços e nem mesmo das concessionárias de serviços públicos. Quanto à gestão pública dos serviços foram apresentados os aspectos positivos e negativos da adequação do modelo inglês de gestão de medicamentos - denominado Nice - ao modelo brasileiro do Sistema Único de Saúde. O tema da improbidade administrativa foi o que tomou maior parte e tempo das discussões do GT. Além da análise histórica e crítica da implantação da LIA no ordenamento jurídico, foram analisadas as questões mais pontuais desta legislação no que concerne a relação da improbidade administrativa por violação ao princípio da juridicidade e o abuso de poder político eleitoral e seus reflexos na LIA. Ainda que não conectado diretamente a improbidade administrativa, o trabalho que analisou caso concreto de pregão presencial para aquisição de veículos luxuosos no Estado de São Paulo, concluiu que o mesmo é incompatível com a Constituição da República de 1988. A temática da contratação pública - tratada de maneira ampla - explorou a rica temática dos acordos de cooperação celebrados entre administração e entidades com fins lucrativos - concluindo-se pela sua legalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico - e o marco legal das OSCIPS nas legislações estadual e municipal de Pernambuco e Recife. Neste último caso, concluiu-se pela necessidade de avaliar a nova legislação que trata das parcerias da Administração Pública com as OSCs, para verificar sua compatibilidade com as legislações dos demais entes federativos. No tema da interferência do estado na propriedade privada, três trabalhos foram discutidos: o da justa indenização na desapropriação, para além do "valor de mercado" do bem expropriado; o problema da desapropriação de bens públicos no âmbito das competências federativas. Neste último caso, a teoria dos princípios foi utilizada para ressignificar o conteúdo do Decreto-Lei nº 3365/1941. Ainda nesta temática, os desafios contemporâneos da gestão do patrimônio cultural imaterial foram tratados a partir dos instrumentos do poder de polícia. Eles seriam suficientes e necessários para a salvaguarda desta espécie de patrimônio cultural? No âmbito da organização administrativa, o papel da CAPES, como "estranha autarquia" foi tratado no trabalho que mostra que diversas dos regulamentos que edita sobre a pós-graduação, repercutem e promovem a desagregação do regime jurídico constitucional universitário, sobretudo nas universidades federais brasileiras. Além disto, como nó górdico da questão discutida, levantou-se a questão de como uma autarquia pode determinar regras para outras autarquias federais de mesmo nível hierárquico.

O tema da responsabilidade civil do Estado foi rediscutido e ressemantizado a partir da noção de "dano injusto", como elemento capaz de explicar e fundamentar as hipóteses de responsabilidade civil do Estado por atos lícitos e no caso de responsabilidade por omissão - temas com enorme repercussão na jurisprudência e ainda pouca discussão teórica que consiga sanar as questões levantadas. Apresentados todos os trabalhos e feitas as considerações pelos participantes e pelos coordenadores do GT, concluiu-se, em linhas gerais, que os trabalhos deste GT deverão, no futuro, enfrentar melhor a eficácia e efetividade das normas de direito público, para não se tornarem questões meramente abstratas, sem espelhar a realidade vivenciada na administração pública brasileira.

**A DESAPROPRIAÇÃO ENTRE ENTES PÚBLICOS E O PRINCÍPIO
FEDERATIVO: UMA INTERPRETAÇÃO COM BASE NA TEORIA DOS
PRINCÍPIOS**

**THE EXPROPRIATION BETWEEN PUBLIC ENTITIES AND FEDERATIONS
PRINCIPLE: AN INTERPRETATION BASED ON THE THEORY OF PRINCIPLES**

**Eder Marques De Azevedo
Murilo Ramalho Procópio**

Resumo

O presente artigo objetiva analisar a incompatibilidade do art. 2º, §2º do Decreto-Lei nº 3.365 /41 (desapropriação entre os entes políticos) com o princípio federativo inserido no cerne do art. 18 da Constituição de 1988. Com base na teoria dos princípios, esse texto sustenta a tese de que o princípio federativo não admite sujeições verticais na relação interinstitucional estabelecida entre os entes políticos em nome do equilíbrio das autonomias constitucionais, tampouco permite a hierarquização de seus interesses, ainda que o federalismo brasileiro apresente alguns aspectos de assimetria na organização administrativa.

Palavras-chave: Teoria dos princípios, Autonomia, Desapropriação, Federalismo

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the incompatibility of art. 2, paragraph 2 of Decree Law No. 3.365 / 41 (expropriation among political entities) with the federal principle inserted into the core of art. 18 of the Constitution of 1988. Based on the theory of principles, this text supports the thesis that the federal principle does not admit vertical subjections in the inter-institutional relationship established between the political entities on behalf of the balance of constitutional autonomy, nor allows the ranking of your interests, although the brazilian federalism presents some asymmetry aspects of administrative organization.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of principles, Autonomy, Expropriation, Federalism

1 INTRODUÇÃO

O §2º do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41, ao tratar da desapropriação entre os entes federados, estabelece as condições em que a União pode desapropriar bens de domínio dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e que os Estados podem desapropriar bens de domínio dos Municípios, sem prever qualquer reciprocidade entre os entes. A discussão em torno da incompatibilidade entre o referido dispositivo e o princípio federativo, por sua vez, tem gerado posicionamentos diversos na doutrina administrativista¹. Entretanto, consideramos os posicionamentos existentes insuficientes para abordar a questão de forma satisfatória, principalmente em razão da utilização indiscriminada de princípios jurídicos, sobre os quais se atribui valor de preponderância ou preterição em relação a outras normas, sem considerar o caso concreto.

Cientes da necessidade de análise de princípios cujo conteúdo só se demonstra em relação a outras normas do ordenamento, demonstraremos a perspectiva teórica sobre a qual desenvolvemos nossa pesquisa. Primeiramente, mencionaremos a crítica desenvolvida por Humberto Ávila (2001) em relação ao uso indiscriminado dos “princípios” de Direito Público como fundamentos para decisões judiciais e interpretações doutrinárias. Em seguida, a partir da distinção entre princípio como norma, e princípio como axioma ou postulado, pretendemos identificar a existência de um princípio federativo baseado na ordem constitucional vigente, delimitando seu conteúdo e analisando seus limites em relação à possibilidade de desapropriação entre entes políticos.

No tópico 3, exploraremos o conteúdo do princípio federativo. Para tanto, abordaremos resumidamente as diversas formas de Estado existentes, especificando os aspectos fundamentais relacionados ao federalismo em geral. Consideramos importante mencionar as diferentes possibilidades de organização administrativa e política do Estado e suas respectivas variações para que possamos delimitar de forma correta os conceitos de Federalismo, de Estado Federal e, conseqüentemente, de princípio federativo. Neste mesmo tópico, demonstraremos algumas características específicas da forma de organização do Estado brasileiro, bem como os fundamentos constitucionais de intervenção na propriedade privada. Somente através dessa delimitação consideramos possível um posicionamento a respeito da mencionada incompatibilidade normativa objeto do presente trabalho.

No tópico 4, passamos à análise propriamente dita do trabalho, abordando os argumentos doutrinários que consideram existir compatibilidade entre a referida hipótese de

1 Os referidos posicionamentos serão explicitados em momento posterior do artigo (tópico 4).

desapropriação e o princípio federativo, na demonstração de ausência de consistência argumentativa na utilização dos termos. Em seguida, tentaremos demonstrar que o conteúdo teórico do princípio federativo impede uma interpretação que permita a existência de hierarquia entre os entes, o que lhe fere a autonomia. Por fim, discutiremos se a referida incompatibilidade normativa caracteriza hipótese de inconstitucionalidade superveniente ou antinomia entre normas, o que implica em diferentes formas de resolução do conflito e, por conseguinte, diferentes efeitos jurídicos.

2 A AUTONOMIA DOS ENTES POLÍTICOS COMO NORMA-PRINCÍPIO E A REGRA DA DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA

Para que analisemos a incompatibilidade entre a norma contida no §2º do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41 com o princípio federativo, devemos, primeiramente, questionar se o referido “princípio” possui caráter normativo. Isto porque, somente quando identificamos o princípio como norma é que podemos promover a resolução de conflitos normativos em que os mesmos se encontram². As normas, todavia, não se confundem com os textos normativos, conforme lição de Humberto Ávila:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte (ÁVILA, 2005, p. 22).

Reconhecer que as normas não correspondem necessariamente ao dispositivo permite que identifiquemos espécies normativas que não possuem uma clara prescrição de comportamento, acompanhada de uma sanção, como ocorre, no caso, com os princípios. Conforme também elucidado pelo autor, o termo princípio, na doutrina brasileira, tem erroneamente assumido o mesmo significado de postulado³ e axioma⁴, embora não se refiram à mesma coisa (ÁVILA, 2001). A diferença entre os diversos usos do termo princípio é

2 Neste sentido, é importante mencionar que o caráter normativo dos princípios decorre, principalmente das teorias do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin (2003), seguido por Robert Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais (2008).

3 Postulado, no sentido jurídico, para o autor, se refere à condição de possibilidade de entendimento do fenômeno jurídico (ÁVILA, 2001, p.7).

4 Já axioma, segundo Humberto Ávila, diz respeito à “uma proposição de veracidade aceita por todos,” não havendo necessidade em prová-la (ÁVILA, 2001, p. 5).

explicada pelo autor nos seguintes termos:

Um axioma não se confunde com uma norma-princípio, já que essa, ao contrário daquele, deve ser necessariamente reconduzida a fontes materiais de produção normativa e deve ser aplicada com referência a pontos de vista prático-institucionais. Um postulado normativo não se confunde com uma norma-princípio, na medida em que a norma não explica (apenas) as condições de conhecimento do Direito, senão que revela o seu próprio conteúdo relativamente ao comportamento ou à aplicação de outras normas constantes no ordenamento jurídico. (ÁVILA, 2001, p. 8).

Neste sentido, entendemos que a noção de “princípio federativo” adotada no presente trabalho constitui uma norma-princípio, nos termos descritos por Humberto Ávila (2001). Primeiramente, porque pode ser conduzida implicitamente a uma fonte material de produção normativa – no caso, os arts. 1º e 18 da Constituição da República. Não se trata, portanto, de um axioma, ou seja, de uma proposição de verdade que não requer comprovação, cuja validade não é questionada. Quando invocamos um princípio em uma decisão ou posicionamento, devemos sempre apontar os elementos normativos materiais expressos ou implícitos que o tutelam, a fim de comprovar sua validade ou veracidade, conforme é possível fazer no presente caso.

Da mesma forma, não se trata de um postulado normativo. Segundo sustenta Ávila, “Os postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Eles, também por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão”. (2001, p. 5) Um exemplo de postulado normativo oferecido pelo autor é o postulado da coerência, segundo o qual, para conhecermos uma norma, devemos conhecer o sistema jurídico (ÁVILA, 2001, p.5). Verifica-se que o postulado em questão se aplica a qualquer hipótese em que devemos conhecer uma norma, evidenciando uma característica necessária da atividade cognitiva do Direito e não uma prescrição de comportamento. É de se ressaltar, todavia, a importância de distinção entre as espécies normativas em nosso objeto de análise, ou seja, se o federalismo constitui um princípio ou uma regra jurídica. O mesmo vale para o art. 2º do Decreto-lei 3.365/41. Esta necessidade decorre da maneira distinta de se analisar o conflito existente entre princípio e regra jurídica e entre duas regras jurídicas.

De acordo com a teoria dos princípios de Humberto Ávila (2005), um princípio demonstra de forma clara um objetivo ou um estado de coisas desejado. No entanto, as prescrições de comportamento correspondentes somente são encontradas quando o mesmo princípio se apresenta em relação a outras normas do ordenamento, em uma situação de aparente conflito no caso concreto. Já a regra, por sua vez, traz consigo a prescrição de

comportamento de forma clara e diretamente perceptível pelo intérprete jurídico, embora ambos sejam determinantes para o processo de tomada de decisão.

Analisando especificamente o princípio federativo, ou federalismo, verificamos que o art. 18 estabelece a necessidade de se manter a autonomia entre os entes políticos, notadamente, a União, os Estados e os Municípios. Considerando a forma federativa de Estado prevista no art. 1º da Constituição, entende-se que o art. 18 oferece o verdadeiro sentido normativo do princípio federativo, que é a garantia de autonomia entre os entes políticos. Sabemos, portanto, que diminuir a autonomia entre os entes políticos constitui uma violação ao referido princípio. O que não sabemos, todavia, são os comportamentos específicos que materializam essa diminuição da autonomia.

Com relação à norma que prevê a desapropriação por utilidade pública entre entes políticos, verifica-se claramente, por outro lado, a existência de uma regra. O comando normativo em questão, que traduz um comportamento prescrito, é, no caso da referida norma, bem claro: “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”. Caso existisse em nosso ordenamento uma norma que proibisse a desapropriação dos bens dos Municípios por parte da União, por exemplo, mediante declaração de utilidade pública, o conflito entre as prescrições comportamentais seria patente.

Podemos concluir, portanto, que a pressuposta incompatibilidade objeto do aludido ensaio é dado, de um lado, a partir de uma norma-princípio (federalismo) presente na Constituição de 1988, e de uma regra jurídica de outro (desapropriação por utilidade pública entre entes políticos), cuja origem é pré-constitucional. Neste sentido, e de acordo com a teoria da recepção adotada em nosso ordenamento jurídico, as normas constituídas anteriores à vigência da Constituição continuam a vigorar quando são compatíveis com o arcabouço normativo constitucional, e deixam de produzir efeitos, ou, ainda, quando contrariam o disposto em nossa Carta Política.

Para saber se há, efetivamente, uma incompatibilidade traduzida em conflito de normas, contudo, devemos explorar de forma pormenorizada o conteúdo do princípio federativo e o da referida hipótese de desapropriação. Conforme já dito, o conflito entre regra e princípio exige, por parte do intérprete, o preenchimento das prescrições de comportamento deduzíveis do estado de coisas que se persegue, o qual, no caso presente, relaciona-se com a autonomia dos entes políticos (princípio federativo). Segundo entendemos, porém, esse preenchimento exige, para além de um conhecimento sistemático da legislação, a verificação

de outros aspectos relacionados à transformação histórica dos institutos em análise. É o que nos propomos a fazer a partir dos próximos tópicos.

3 AS FORMAS DE ESTADO E SEU IMPACTO NA CONFORMAÇÃO DA AUTONOMIA ESTATAL

3.1 A experiência do Estado Unitário como gênese do centralismo de poder no Brasil

Segundo Raul Machado Horta, o Estado Unitário constitui a forma mais básica e simples de todas as formas de Estado, a qual teve seu auge no período do pré-constitucionalismo (HORTA, 2002, p. 466). Caracteriza-se principalmente pela concentração de todos os poderes estatais (seja o poder político ou de administração) em um único “titular do poder público de império” (BONAVIDES, 2004, p 189). Nesta forma peculiar de Estado, portanto, inexistem outros entes ou órgãos dotados de poder de decisão, diferentemente do que ocorre em um Estado Federal ou em uma Confederação.

A doutrina diverge quanto à possibilidade de descentralização política em Estados Unitários, o que, para nós, somente se admite se considerarmos que a descentralização política é o próprio fenômeno de transformação da forma de Estado. Dessa forma, essa descentralização no Estado Unitário seria a sua conversão em Estado Federado, por exemplo. No caso da descentralização administrativa, por sua vez, ocorreria uma maior delegação de funções administrativas, como a prestação de serviços públicos de um ente federativo para outra pessoa jurídica, sem que este fenômeno venha a desfigurar ou transformar esta forma de Estado. Segundo Azambuja (2001, p. 364), podemos apontar o Estado Francês como o clássico exemplo da forma Unitária de Estado.

No entanto, há de se considerar que o Estado Unitário se manifesta por meio de duas modalidades distintas. Na primeira delas, na forma centralizada, todos os poderes estatais, ou seja, tanto o poder político como o administrativo se encontram enraizados no núcleo. Há, portanto, verdadeira exclusividade na unidade, havendo mera execução das decisões tomadas pelo titular dos poderes estatais, sejam estas decisões políticas ou mesmo administrativas. Pode-se dizer que aqui ocorre apenas a desconcentração da execução das atividades administrativas, predominando apenas a delegação e a execução de funções, pois, todas as decisões são tomadas pelo próprio núcleo de poder.

Diversamente do que ocorre em um Estado Unitário centralizado, no qual prevalece

apenas a delegação da execução das funções, em um Estado Unitário descentralizado há a transferência de competências administrativas. Criam-se para isso alguns órgãos ou subdivisões, aos quais são transferidas certas competências, ficando eles, ainda, subordinados às decisões políticas do núcleo, pois “a autonomia de eventual ente descentralizado não tem qualquer garantia contra a vontade do governo, em geral contra a vontade do legislador” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 51). Entretanto, esses órgãos e ou subdivisões, mesmo de forma parcial, já possuem algum poder de decisão, poder este inerente às funções administrativas que lhes foram atribuídas, não cabendo estas decisões, contudo, conflitarem com as decisões políticas tomadas pelo centro de comando.

Esta forma de Estado teve seu marco inicial no Brasil em 1824, ano em que foi outorgada a Constituição do Império, a qual influenciou quase todas as demais Constituições brasileiras no aspecto centralização. Vigorou até a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, a qual, espelhando-se nas Constituições Americana e Argentina, tentou instituir um Estado altamente descentralizado, alterando toda a estrutura e organização político-administrativa do país. Nesta Constituição também foi ampliada a gama de direitos e garantias individuais, instituída a República e organizados os poderes desta. O presidencialismo foi adotado como sistema de governo, sendo a forma de Estado adotada, a Federal. Todavia, em que pese a Constituição de 1891 ter tornado o Estado brasileiro altamente descentralizado, segundo José Luiz Quadros de Magalhães, o Federalismo brasileiro não é idêntico ao americano, “pois não houve União de Estados soberanos, mas sim uma divisão para se criar uma União artificial, que, por este motivo, recuou nas Constituições brasileiras posteriores” (MAGALHAES, 2000, p.18).

3.2 Estado Confederado: as lições de Confederação nas treze Colônias Norte-Americanas

Distinta, portanto, é a forma Confederada de Estado, a qual se baseia no conjunto de Estados soberanos unidos por um vínculo (tratado), sem que estes abdicem de suas soberanias. Trata-se de uma união de Estados soberanos que objetivam alcançar fins comuns (BONAVIDES, 1998 p. 213). Paulo Bonavides, em relação ao vínculo firmado prescreve:

Criou-se tão-somente mediante a Confederação uma relação jurídica internacional, um sistema de coordenação de vontades políticas, cuja base contratual assenta visivelmente sobre uma limitação consentida da soberania de cada Estado-membro para consecução de fins comuns (BONAVIDES, 1998 p. 213).

Por isso é que esta forma de Estado tem como nota marcante o direito de secessão, isto é, a possibilidade de que quaisquer dos Estados signatários venham a romper com o pacto firmado, não mais integrando a Confederação a partir deste instante. Os Estados membros ou províncias são soberanos para facilitar o exercício desse direito (de secessão), tendo em vista que precisam ter mantidas maiores escalas de competências legislativas e administrativas, para que, caso optem pela dissolução do pacto, possam evitar maiores problemas de organização e legislação. Essa é a razão de sua soberania, isto é, a capacidade de se auto-legislar e auto-administrar, sem que essa prerrogativa (a secessão), caso ocorra, os venha prejudicar.

Foi justamente o que aconteceu nos Estados Unidos da América, logo após a guerra de independência no ano de 1776, momento em que as Treze Colônias norte-americanas, com o intuito de se protegerem dos perigos que a antiga metrópole poderia proporcionar, resolvem, por meio de um Tratado Internacional conhecido como Artigos de Confederação (LENZA, 2013 p. 446), criar a Confederação dos Estados Americanos. No entanto, como os Estados que compunham a Confederação Norte-Americana não viram nos artigos da Confederação autoridade nenhuma para fazê-los trabalhar em conjunto na resolução dos problemas nacionais, começaram a se reunir para a formação de um novo governo, “mais forte, com base num novo plano que definisse os seus poderes, mas simultaneamente defendessem os direitos dos Estados e dos indivíduos” (MAGALHÃES, 2000 p. 24). Isso só acabou por acontecer em 1787, com o advento da Constituição Americana, a qual estabeleceu uma nova forma de Estado, a Federal, que não mais permitiria a secessão.

Com o advento do Federalismo, cada Estado soberano cedeu parte de sua soberania a um ente central, que os uniu, formando os Estados Unidos da América (LENZA, 2013 p. 447). Contudo, mesmo tendo se tornado mais fortes e sólidos, fragilizando qualquer ameaça de ataque externo, a Federação Norte-Americana, nos moldes em que foi idealizada por seus elaboradores, não se tornou um governo nacional poderoso a ponto de absorver os governos estaduais, mas sim, um governo federal limitado, com poderes taxativamente enumerados e distribuídos. Estes poderes, próprios do Federalismo, são essenciais ao funcionamento do todo, não alterando, contudo, a situação de autonomia em relação aos Estados membros, exceto quanto aos poderes transferidos ao governo nacional (MAGALHÃES, 2000 p. 51).

3.3 Federalismo e autonomia dos entes políticos: a tríplice autonomia como conteúdo essencial

Marcante por pressupor autonomia e independência entre os vários entes que compõem a forma federada de Estado, o federalismo surge com o Estado Federal, mas com ele não se confunde, pois conforme nos ensina Wilba Lúcia Maia Bernardes, no federalismo, “estariamos mais próximos de um tipo de comportamento, atitude ou vocação federal, identificando princípios que são comungados em determinada sociedade, baseados na ideia de diversidade na unidade” (2010 p. 32). O Estado Federal, portanto, é refletido na própria estrutura organizacional do Estado, isto é, liga-se a um aspecto institucional (BERNARDES, 2010 p. 30), uma divisão em entes autônomos e não soberanos vinculados a um pacto federativo estabelecido por uma Constituição, que ainda os garante uma repartição constitucional de competências (tanto competências políticas como administrativas). Bernard Schwartz, ao analisar o federalismo instituído no Estado Federal Americano, aduz que:

[...] o conceito de federalismo de acordo com o qual os fundadores da União Americana agiram se baseava na posição coordenada e independente dos diferentes centros de governo. O que era necessário, em sua opinião, era que cada governo se limitasse a sua própria esfera e, dentro desta esfera, fosse independente do outro (SCHWARTZ, 1984 p. 9).

José Alfredo de Oliveira Baracho identifica o federalismo como instrumento que encoraja e reforça a democracia, facilitando a participação democrática, refletindo ainda num processo mais transparente, balanceado e confortável (BARACHO, 1997, p.44). E prossegue dizendo:

O dinamismo do federalismo, relacionado com o princípio de subsidiariedade, leva à correlação entre integração e autonomia, criando uma espécie de subsidiariedade de base federativa, capaz de assegurar paz e liberdade dos diversos Estados que fazem parte do processo aproximativo geral, co-preservação das potencialidades individuais (BARACHO, 1997, p.46).

O federalismo, portanto, pressupõe autonomia, repartição de competências, e transferência de poder de uma autoridade central a outras regionais ou locais, as quais passarão a atuar de forma independente e autônoma em seus respectivos âmbitos. A autonomia é, portanto, a base do federalismo, pois, não sendo os entes que compõem um Estado federal autônomos, não haverá atuação coordenada e independente, não podendo se falar, neste caso, em federalismo.

Note-se, todavia, que a autonomia dos entes se revela na própria possibilidade deles

se auto-organizarem, ou seja, em sua tríplice capacidade, que é entendida como capacidade política, administrativa e de auto-governo. Observe-se, entretanto, que José Maurício Conti conceitua a autonomia dos entes federativos de forma diversa, como sendo três categorias: autonomia política, autonomia administrativa e autonomia financeira, referindo-se a esta como sendo fundamental:

Não é exagero dizer ser ela quem garante a sobrevivência da federação. Sem recursos para se manter, as entidades federadas estão fadadas ao fracasso. Não poderão exercer as funções que lhe competem, e passarão a depender do poder central para financiar suas atividades, circunstância que aniquila todo e qualquer poder autônomo que se lhes atribua (CONTI, 2001 p. 12).

Consideramos, portanto, que a capacidade de auto-governo, decorrente da autonomia, pressupõe a potencialidade de sustento financeiro pertencente a cada ente político, o que faz com que ambas as concepções de autonomia estejam em acordo. Um ente só pode ser considerado autônomo quando possui recursos suficientes para permitir o seu funcionamento, bem como instrumentos de gestão eficazes destes mesmos recursos para que os mesmos satisfaçam às necessidades da Administração. Diante disso, passamos à descrição dos aspectos que caracterizam o federalismo brasileiro, evidenciando suas peculiaridades em relação ao processo de descentralização política entre os entes.

3.4 O Modelo brasileiro de Estado federado: o federalismo de cooperação e o federalismo assimétrico

O Estado brasileiro assumiu a forma de Estado Federal pela primeira vez em 1891, com a promulgação da 1ª Constituição Republicana, que copiava do Estado Americano de 1787 a organização do Estado e do governo (forma federal, presidencialismo e República), além do federalismo *dual* (SCHWARTZ, 1984 p. 26), o qual se baseava em duas ordens jurídicas autônomas⁵ sobre o mesmo território e sobre as mesmas pessoas (GONET BRANCO, 2013 p. 781).

Quanto à origem, o federalismo no Brasil surgiu através de um movimento “centrífugo”, em que o poder é retirado do centro (Estado Unitário) e direcionado às extremidades (criação de Estados membros e municípios), diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, em que o poder partiu das extremidades (Confederação) em direção ao centro

⁵ A União Federal, que abarcava todo o território nacional, e, naquele momento, as antigas províncias do Império, que passaram a condição de Estados Federados, gozando de autonomia política e administrativa.

(Federação), característica do federalismo centrípeto (MAGALHÃES, 2000 p. 18). A diferença nos movimentos de surgimento do federalismo em ambos os países, por sua vez, relaciona-se com a constante busca pela descentralização do poder, no caso brasileiro, a fim de evitar os resquícios de concentração próprios do Estado Unitário.

Ao longo de todas as Constituições Brasileiras, todavia, nota-se um recuo no que diz respeito ao movimento de descentralização⁶, mantendo-se a ideia de um poder central, que ao revés de dividir funções e distribuir autonomias com outros entes, retém todo o poder de forma centralizada em um único ente político. Para André Puccinelli Júnior, no entanto, “é somente com a Constituição Federal de 1988 que se inicia uma efetiva reestruturação do federalismo brasileiro, buscando-se maior equilíbrio federativo mediante justa distribuição de receitas e competências” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013 p. 450).

Com o advento da Constituição da República de 1988, portanto, o Brasil inovou em relação ao federalismo, não mais adotando o modelo americano clássico de dois níveis (*dual*), mas sim de três níveis, em que os Municípios e o Distrito Federal passavam à condição de entes federados, com a prerrogativa de edição de suas próprias Constituições (Lei Orgânica no caso dos Municípios e Distrito Federal), e tendo ainda outras competências previstas constitucionalmente. Há que se ressaltar, porém, que há quem não concorde com a posição do Município como ente federado, argumentando a falta de representatividade nacional (MAGALHÃES, 2000 p. 17), inexistência de poder judiciário municipal e a ausência de competência originária no Supremo Tribunal Federal⁷.

Ultrapassada essa divergência, a doutrina passa a entender o federalismo brasileiro como de cooperação, pois, conforme Pedro Lenza, “nesse modelo, as atribuições serão exercidas de modo comum ou concorrente, estabelecendo-se uma verdadeira aproximação entre os entes federativos, que deverão atuar em conjunto” (2013 p. 448). É o que se observa nos arts. 23 e 24 da CR/88, os quais dispõem sobre as competências comuns e concorrentes dos entes federativos, como também pela previsão do §1º do art. 198 da CR/88, que trata do financiamento do SUS (Sistema Único de Saúde).

6 Sobre este aspecto, todavia, é importante mencionar a perspectiva de Maria Coeli Simões Pires, par quem “Sob o paradigma social, a Constituição de 1934 – inaugurando a 2ª República – plasmou, sob o aspecto formal, o federalismo cooperativo”, ou seja, promoveu um avanço no que diz respeito à descentralização (PIRES, 2013, P. 163).

7 Todavia, para nós, se a Constituição não considerasse os Municípios como entes federativos, assim se manifestaria de forma expressa, pois ao se combinar o art. 1º da CR/88 que diz: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito [...]”, com o art. 18 da CR/88, o qual estabelece que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988 p. 1 - 12), conclui-se pela sua posição de ente, tendo em vista à sua indissolubilidade e o status de autônomo.

Nesse sentido, com relação ao caráter atual do federalismo brasileiro, compartilhamos da visão de José Maurício Conti, ao afirmar que “é de considerar predominante, no entanto, o aspecto cooperativo, que se vem observando de modo cada vez mais significativo nos Estados modernos, sendo esta uma tendência do federalismo atual” (2001 p. 24). Entretanto, embora entendamos que a Constituição da República instituída em 1988 adote a referida modalidade de federalismo (cooperativo), algumas autores alertam para iniciativas normativas e políticas que podem comprometer a sua materialização, conforme já advertia Lenza:

O risco de, a pretexto do modelo cooperativo, instituir-se um federalismo de “fachada”, com fortalecimento do órgão central em detrimento dos demais entes federativos e, assim, havendo sobreposição da União, a caracterização de um federalismo de subordinação (LENZA, 2013 p. 448).

O federalismo assimétrico, portanto, diz respeito à situação de superioridade da União em relação aos demais entes federados. Cria-se, conforme Pedro Lenza salienta, um federalismo de subordinação, a exemplo do já aqui objeto de estudo, §2º do art. 2º do Decreto-Lei 3.365/41, ao estabelecer uma autonomia de atuação verticalizada ou escalonada. Neste caso, um ente geral, mediante declaração de utilidade pública, tem a prerrogativa de desapropriar o bem de um ente regional ou local, e um ente regional de desapropriar o bem de um ente local, sem haver qualquer reciprocidade entre ambos.

Outros exemplos de norma que indicam a adoção de um federalismo assimétrico são, ainda, apontados por parte da doutrina. Os arts. 22 e 145 e seguintes da CR/88 são alguns deles. Nos referidos artigos, estabelece-se uma gama de competências privativas da União em detrimento dos demais entes, refletindo uma alta centralização. Note-se, ainda, que a própria distribuição de receitas tributárias (federalismo fiscal) também reflete um aspecto assimétrico do federalismo brasileiro, pondo em choque toda sua estrutura, já que não há igualdade de receitas. Os entes dependem de repasses da União para a manutenção de sua organização, o que acaba por torná-los impotentes, não se podendo falar, dessa forma, em “equidade inter-regional” (CONTI, 2001 p. 29), finalidade do federalismo.

Dessa forma, ainda que consideremos a assimetria como uma característica marcante no federalismo brasileiro, e não a cooperação, devemos utilizar o valor da “autonomia” prevista no art. 18 da Constituição como condição sem a qual o princípio federativo deixaria de ser aplicável. Conforme visto no tópico 2, a autonomia determina o conteúdo essencial do princípio federativo, estabelecendo a sua materialidade normativa. Neste sentido, ainda que

haja certa assimetria na repartição de competências legislativas, esta assimetria só prejudicaria o princípio federativo na medida em que impedisse um dos entes políticos de decidir as questões que lhe dizem respeito, através de legislação própria. Não é, todavia, o que parece ocorrer no caso brasileiro.

No mesmo viés, a assimetria verificada em relação à capacidade financeira dos entes políticos somente se traduz em violação ao princípio federativo na medida em que impede o ente político em questão de instituir e gerir os próprios recursos financeiros. Assim, entendemos que a capacidade tributária assimétrica entre os entes políticos somente constitui uma violação ao princípio federativo quando, de forma concreta, ocorre a impossibilidade de um ente administrar estes recursos. É o que parece ocorrer no caso da desapropriação entre entes políticos mediante declaração de utilidade pública.

4. AS HIPÓTESES DE INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PRIVADA POR MEIO DE DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Nos tempos de ascensão do liberalismo estatal e econômico, o direito de propriedade era tido como absoluto e inatacável, ocasião em que o proprietário usava, gozava e dispunha de seu objeto da forma que bem entendia, sem sofrer qualquer limitação ou imposição por parte do ordenamento jurídico. Com as transformações históricas relacionadas à crise do liberalismo e o surgimento do “Welfare State”, esse direito perpétuo e absoluto começa a sofrer restrições por parte do Estado, o qual passa a condicionar e relativizar os poderes do proprietário, com o intuito de alcançar finalidades maiores. Passou-se, então, de direito fundamental absoluto a relativo, que deve observar ou buscar maior utilidade coletiva e social, e não apenas o interesse individual (DI PIETRO, 2012, p. 66).

O princípio da função social da propriedade assume a posição de “fundamento político e jurídico da intervenção do Estado na propriedade” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 785). Assim, impondo-se à propriedade atender à sua função social, nos resta buscar outra finalidade jurídica ou moral para além do mero interesse particular ou individual. Essa máxima vem insculpida na norma prevista no art. 5º inc. XXII, da CR/88 – “é garantido o direito de propriedade” c/c o inc. XXIII – “a propriedade atenderá a sua função social” (BRASIL, 1988, p. 3) como também na norma insculpida no art. 1.228, §1º do CC/02:

Art. 1.228 - (...)

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL, 2002, p. 141).

Neste sentido, é importante também ressaltar que o princípio da função social da propriedade tem por pressuposto, em nosso sistema jurídico, o cumprimento de uma destinação social lícita, ou seja, o uso da propriedade privada tem que estar de acordo com o que a legislação autoriza. Nesse sentido caminha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

[...] 6. O cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa. A função social torna a propriedade em um poder-dever. Para estar em conformidade com o Direito, em estado de licitude, o proprietário tem a obrigação de explorar a sua propriedade. É o que se observa, por exemplo, no art. 185,II, da CF.

7. Todavia, a função social da propriedade não se resume à exploração econômica do bem. A conduta ativa do proprietário deve operar-se de maneira racional, sustentável, em Respeito aos ditames da justiça social, e como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna. (AgRg no Recurso Especial nº 1.138.517- MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgamento em 18-08-2011).

Em razão desses fundamentos, várias são as formas em que o Estado intervém na propriedade particular, todas fundamentadas em interesses públicos específicos e identificadas através de institutos próprios, dentre os quais visualizamos a desapropriação, a limitação administrativa, a ocupação temporária, a requisição civil e militar, a servidão administrativa e o tombamento. Todavia, tendo em vista o objeto principal de nosso estudo, daremos principal e especial atenção à desapropriação.

De acordo com a doutrina tradicional, trata-se da mais ampla e grave forma de intervenção do Estado na propriedade privada, pois, o Estado, a fim de concretizar um suposto interesse público, subtrai compulsoriamente o bem do domínio do particular e o integra ao seu patrimônio (BANDEIRA DE MELLO, 2007 p. 841). A desapropriação é ainda caracterizada como aquisição originária de propriedade, tendo em vista ser irrelevante qualquer título ou expressão de vontade de particular (CARVALHO FILHO, 2013 p. 83).

Conforme aduz o art. 22, II, da CR/88, compete privativamente à União legislar sobre a desapropriação. Ela se divide em seis espécies distintas, dentre as quais três são modalidades declaratórias (BRASIL, 1988 p. 3) e outras três sancionatórias (DI PIETRO, 2012 p. 167). Dentre as declaratórias, encontramos a por necessidade pública, utilidade

pública e interesse social. A desapropriação que compõe o objeto do presente trabalho, todavia, refere-se àquela prevista no § 2º, art. 2º do Decreto-Lei 3.3.65/41, a qual dispõe:

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 (BRASIL, Decreto-Lei 3.3.65/41).

Na desapropriação por utilidade pública, diferentemente da primeira, o Estado se vê em determinada situação de conveniência e oportunidade (MAZZA, 2012 p. 562), capaz de satisfazer a uma finalidade pública. A expropriação de imóveis residenciais para fins de duplicação de uma avenida ou até mesmo de imóvel não edificado para construção de unidades de saúde são grandes exemplos dessa espécie. O grande problema dessa questão é a ausência de reciprocidade entre os entes. Se considerarmos que a utilidade pública prepondera sobre a autonomia dos entes em gerir os próprios recursos, entre estes últimos os imóveis de sua propriedade, deveríamos admitir, por conseguinte, a capacidade de um ente político como o Município, por exemplo, de desapropriar um bem da união, bastando que o mesmo demonstrasse a utilidade pública da referida hipótese de intervenção na propriedade. Isto porque, conforme já abordamos no presente trabalho, qualquer assimetria em relação à organização administrativa não pode ocorrer de maneira a ferir a autonomia dos entes políticos, sob pena de lesar o pacto federativo.

5. COMPATIBILIDADE OU INCOMPATIBILIDADE? O POSICIONAMENTO TRADICIONAL DA DOUTRINA E A DÚVIDA ACERCA DOS EFEITOS DE NORMA ANTERIOR INCOMPATÍVEL CONSTITUIÇÃO DE 1988

5.1 O posicionamento tradicional da doutrina

Na visão tradicional do Direito Administrativo, alguns autores, como Maria Sylvia Zanella de Pietro e José dos Santos Carvalho Filho posicionam-se a favor da compatibilidade da referida norma com a Constituição de 1988. Neste sentido, Di Pietro aduz que:

Esse artigo do Decreto-Lei tem sido objeto de crítica pelos doutrinadores, segundo os quais a desapropriação de bens estaduais, pela União, ou de bens municipais, pela União e pelos Estados, ferir a autonomia estadual e municipal. Esse entendimento,

no entanto, não pode ser aceito, tendo em vista o próprio fundamento político em que se baseia o instituto da desapropriação, a saber, a idéia de domínio iminente do Estado, entendido como o poder que o Estado exerce sobre todas as coisas que estão em seu território; trata-se de poder inerente à própria idéia de soberania e não poderia ser obstado por um poder de igual natureza exercido pelos Estados e Municípios dentro de suas respectivas áreas geográficas, mesmo porque, tais entidades não detêm soberania, mas apenas autonomia nos termos defendidos pela Constituição. Os interesses definidos pela União são de abrangência muito maior, dizendo respeito a toda a nação, tendo que prevalecer sobre os interesses regionais (DI PIETRO, 2012 p. 178).

Também nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar da desapropriação das pessoas jurídicas da Administração Indireta, preleciona que:

A desapropriação de bens dessas entidades por entidades maiores não encontra óbices na disciplina pertinente e, ao contrário, guarda compatibilidade com o que dispõe o já citado art. 2º, §2º, do Decreto-Lei nº 3.365/41. É possível, portanto, que a União desapropriar bem de uma sociedade de economia mista estadual ou de uma empresa pública municipal. O mesmo se dá em relação entre o Estado e entidades administrativas municipais (CARVALHO FILHO, 2013 p. 827).

Não obstante, ousamos discordar dos referidos posicionamentos. Primeiramente porque a União, enquanto ente integrante do Estado Federal Brasileiro, não detém soberania própria, o que a torne distinta e hierarquizada da parcela de poderes e prerrogativas constitucionais que cabe aos demais entes, pois conforme preceitua o art. 1º, inc. I da Constituição de 1988, é a República Federativa do Brasil, e não a União, quem tem como fundamento a soberania (BRASIL, 1988 p. 1). Além do mais, sabemos que é o Estado, enquanto pessoa jurídica de Direito Internacional, é que detém soberania, e não um ente que o integra. Em segundo lugar, a afirmação de que interesses nacionais devem prevalecer sobre os interesses regionais ou locais não nos parece correta, por lhe faltar qualquer dimensão normativa material que a fundamente. Nesse sentido, contrária à posição de Di Pietro é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme consta em voto proferido pelo Ministro Relator Joaquim Barbosa:

[...] Mandado de segurança, impetrado pelo Município, em que se impugna o art. 2º, V e VI (requisição dos hospitais municipais Souza Aguiar e Miguel Couto) e § 1º e § 2º (delegação ao ministro de Estado da Saúde da competência para requisição de outros serviços de saúde e recursos financeiros afetos à gestão de serviços e ações relacionados aos hospitais requisitados) do Decreto 5.392/2005, do presidente da República. Ordem deferida, por unanimidade. Fundamentos predominantes: (i) a requisição de bens e serviços do Município do Rio de Janeiro, já afetados à prestação de serviços de saúde, não tem amparo no inciso XIII do art. 15 da Lei 8.080/1990, a despeito da invocação desse dispositivo no ato atacado; (ii) nesse sentido, as determinações impugnadas do decreto presidencial configuram -se efetiva intervenção da União no Município, vedada pela Constituição; (iii) inadmissibilidade da requisição de bens municipais pela União em situação de normalidade institucional, sem a decretação de estado de defesa ou estado de sítio. Suscitada também a ofensa à autonomia municipal e ao pacto federativo. (MS

Não compartilhamos, também, do entendimento de José dos Santos Carvalho Filho ao equiparar a supremacia dos entes políticos em relação a entidades da Administração Indireta com a suposta supremacia entre os entes políticos. Um ente político pode criar, modificar ou extinguir uma entidade da Administração Indireta vinculada ao mesmo. Contudo, não pode absolutamente exercer o mesmo controle sobre os demais entes políticos. A forma federativa de Estado é, conforme dissemos, cláusula pétrea, e o princípio federativo, demarcador da autonomia entre os entes, é garantido pela Constituição, não podendo ser contrariado por lei infraconstitucional.

Para nós, portanto, independentemente de o federalismo brasileiro ser assimétrico ou cooperativo, o §2º do art. 2º do Decreto-Lei 3.365/41 estabelece uma hipótese de norma infraconstitucional não recepcionada pela ordem jurídica estabelecida pela Constituição da República de 1988, ferindo os preceitos do pacto federativo, a autonomia municipal e a forma de federativa de Estado, tendo como consequência sua revogação tácita ou sua inconstitucionalidade superveniente, o que trataremos em momento posterior. Podemos questionar, todavia, sobre a existência de forma diversa de legitimar a desapropriação de bens de um ente federativo por outro, uma vez que não há previsão legal regulamentando tal atuação.

Buscando responder a essa indagação, isto é, a legitimação da desapropriação instituída entre os entes, vislumbra-se duas possíveis formas, sendo uma na via administrativa e outra na judicial. A forma administrativa é a prevista no art. 17, I, “b” da lei 8.666/93, que diz:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da Administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:[...]

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i. (BRASIL, Lei n. 8.666 de 1993).

Dessa maneira, os entes estariam agindo nos limites de sua autonomia, com amparo em sua discricionariedade, pois não há sobreposição de um em detrimento do outro, mas sim uma igualdade ou mesmo reciprocidade. Tanto a União, como Estados membros e Municípios agiriam da mesma forma, sem que uma tenha prerrogativas ou privilégios não extensíveis aos

demais. Além do mais, neste caso, prevaleceriam as características do federalismo de cooperação, modelo iniciado pelo Constituinte originário de 1988. É neste sentido que, para Jean Alessandro Serra Cyrino Nogueira, “a garantia de autonomia entre os entes federados, que se manifesta pela competição vinculada a valores de cooperação intergovernamental, propicia a própria sobrevivência da federação” (*In*: PIRES, 2008, p. 43). Nessa perspectiva, cabe agora decidir sobre o caráter de inconstitucionalidade ou revogabilidade do dispositivo que trata da desapropriação assimétrica entre entes políticos.

5.2 Os efeitos do art. 2º, §2º, do Decreto-Lei nº 3.365/41: inconstitucionalidade ou não receptividade?

Primeiramente, resta-nos esclarecer que, com a entrada de uma nova Constituição, todas as normas a ela anteriores são revogadas, inclusive a Constituição pretérita, pois, o poder constituinte originário, aquele que elabora uma nova Constituição, é inicial (GONET BRANCO, 2013 p. 104). O produto de seu trabalho, que é a nova Constituição, institui um novo ordenamento jurídico. Não há, portanto, direito anterior à Constituição, pois ela é o ponto de partida. Entretanto, mesmo inaugurando-se um novo ordenamento jurídico, ilógico e impossível seria criar-se a partir daí, todos os diplomas necessários à regulação das relações sociais, surgindo com isso, um problema a ser solucionado, pois como dito, não há direito anterior a uma Constituição. Nesse sentido, conforme os ensinamentos de Natália Masson, “sensível a isso, Hans Kelsen se debruça sobre essa adversidade prática e conclui ser a recepção jurídica das normas infraconstitucionais anteriores e conformes com a nova ordem que se estabelece a solução para a questão” (2013 p. 175).

Note-se que, por esta teoria, a qual, apesar de posições em contrário, é a adotada pelo Brasil, normas anteriores à Constituição vigente, estando com ela compatível, continuam em vigor, “diz-se que, nesse caso, opera o fenômeno da recepção, que corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição” (GONET BRANCO, 2013 p. 109). Sendo, todavia, incompatíveis, não serão recepcionadas, ou seja, não receberão um novo pressuposto de validade. Também nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido pelo Ministro Relator Celso de Melo, *in verbis*:

[...] A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de

inconstitucionalidade. (ADI 74, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-2-1992, Plenário, DJ de 25-9-1992.) (BRASIL, 2012 p. 1245).

Ressalte-se, no entanto, que no Brasil necessita-se somente que as normas infraconstitucionais anteriores à nova ordem jurídica sejam materialmente compatíveis para receberem um novo pressuposto de validade, sendo irrelevante seu aspecto formal. Entretanto, grande discussão pairou em relação às normas materialmente incompatíveis com a nova Constituição, pois qual o fenômeno que haveria então: não-recepção ou inconstitucionalidade superveniente? Diante dessa divergência, entende-se que há plena possibilidade que uma norma seja inicialmente constitucional e posteriormente torne-se inconstitucional, tendo em vista as mudanças que podem ocorrer nas relações sociais. Como também a mudança de entendimento que pode ocorrer ao longo do tempo, o que acabaria refletindo em nova interpretação que se dá à norma. André Puccinelli Júnior posicionando-se em relação à inconstitucionalidade superveniente entende que:

[...] A inconstitucionalidade superveniente se configura quando, embora inicialmente se revele válida e compatível, a norma jurídica acaba futuramente se tornando inválida por força de posterior mudança introduzida na própria Constituição. A nosso ver, a alteração no parâmetro de controle pode resultar tanto de emenda constituição (alteração formal na redação da norma suprema) quando de mutação constitucional (modificação informal de seu significado), invalidando o ato normativo infraconstitucional a partir do exato momento em que se consubstancia a mudança, formal ou informal, do conteúdo da norma-parâmetro (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013 p. 13).

Entretanto, para nós, não há inconstitucionalidade superveniente, pois uma norma, quando inconstitucional, seja material ou formalmente, seu vício é de origem. Não há como pensar que uma norma nasceu constitucional e posteriormente se tornou inconstitucional. O que se pode dizer é que a norma nasce constitucional, e havendo a entrada de uma nova constituição, sendo ela materialmente incompatível, não seja recepcionada, ocorrendo com isso sua revogação tácita. Esse foi o entendimento adotado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Relator Paulo Brossard:

CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE.
A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de

produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.” (ADI 2, Rel. Min. Paulo Brossard, julgamento em 6-2-1992, Plenário, DJ de 21-11-1997.) (BRASIL, 2012 p. 1245).

E ainda, a nosso ver, mesmo em relação a uma Emenda Constitucional, não há que se falar em inconstitucionalidade superveniente, pois inconcebível seria elaborar uma Constituição pronta e acabada, de forma a prever todas as possíveis relações. Apesar de ser criação de um poder constituinte derivado reformador, uma Emenda Constitucional, enquanto norma de uma Constituição, também integra o bloco de constitucionalidade, ou seja, todo o conjunto de normas e princípios que formam uma ordem jurídica constitucional (que, além do mais, é una), o que torna inviável pensar neste caso, em inconstitucionalidade superveniente.

Por isso, no caso em tela, ou seja, o §2º do art. 2º do Decreto-Lei 3.365/41, como anterior à Constituição de 1988, trata-se de dispositivo não recepcionado pela nova ordem jurídica, pois, como afirmou Paulo Brossard, a inconstitucionalidade é uma incompatibilidade congênita, de origem, não havendo como dizer que uma norma é inconstitucional, se a norma parâmetro, que é a Constituição, é a ela posterior. Portanto, ocorreu aqui a não recepção, ao invés de inconstitucionalidade, cujo efeito é a chamada revogação tácita de norma.

A revogação tácita, conforme estabelece o §1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ocorre quando uma lei posterior seja incompatível com uma anterior (BRASIL, 1942 p. 1), de forma que esta fica por aquela revogada. A nosso modo de ver, portanto, a melhor solução para este caso é a aplicação do princípio da “*lex superior derogat legi inferiori*”, pois norma de hierarquia superior tem prevalência sobre a norma de hierarquia inferior, o que torna totalmente possível a aplicação da revogação no caso em tela.

Dessa forma, a não recepção do §2º do art. 2º do Decreto-Lei 3.365/41, ocorre pelo que estabelece esse dispositivo, já que, de certo modo, cria-se hierarquia e fere-se a autonomia entre os entes que compõem a Federação brasileira, o que, pelo já exposto ao longo de todo o artigo, não permite a existência do princípio federativo. Em um Estado Federal, há autonomia e harmonia entre os entes federativos, além de independência em seu âmbito de atuação, não havendo, por isso, subordinação. É como entende o próprio Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

[...] Vedação constitucional que impede, ressalvadas as exceções previstas na própria Constituição, a vinculação a órgão, fundo ou despesa do produto da arrecadação de impostos. Inviabilidade de o Estado-membro impor ao Município a destinação de recursos e rendas que a este pertencem por direito próprio. Ingerência estadual indevida em tema de exclusivo interesse do Município.[...]” (ADI 2.355-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-6-2002, Plenário, DJ de

29-6-2007.) (BRASIL, 2012 p. 778)

O pacto federativo, essência e fundamento do Estado Federal e do federalismo, o qual obriga ainda a todas as unidades políticas a obedecê-lo, impede que um interfira ou se sobreponha ao outro. Nesse sentido é a Jurisprudência do Supremo tribunal Federal:

O pacto federativo, sustentando-se na harmonia que deve presidir as relações institucionais entre as comunidades políticas que compõem o Estado Federal, [...]. (ADI 1.247-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-8-1995, Plenário, DJ de 8-9-1995.) (BRASIL, 2012 p. 18).

Todavia, uma observação importante há que ser feita. No momento de edição de referido Decreto-Lei, isto é, na vigência da Constituição Federal de 1937, seu texto era compatível com esta ordem jurídica constitucional, pois essa Constituição, conforme assevera Raul Machado Horta, “contém a organização completa do Estado Unitário e do poder individualizado” (2002 p. 57). Ao verificarmos a existência de uma hierarquia entre a União e os demais entes políticos, nota-se, portanto, não apenas uma compatibilidade formal entre o Decreto-lei e a Constituição de 1937, mas também uma compatibilidade material, uma vez considerado a hierarquia e o corporativismo político do Estado na vigência de 1937.

Por isso dizer em não recepção, pois, a norma, no momento de sua elaboração, mesmo que sobre uma ordem jurídica autoritária e anti-democrática (de fato sim, mas de direito não), estava com esta de acordo. Logo, com o advento do Estado Democrático, ou seja, com a Constituição de 1988, passou a ser com esta incompatível, tendo sido, portanto, não recepcionada por essa nova ordem jurídica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo objetivou demonstrar a não recepção do art. 2º, §2º do Decreto-Lei nº 3.365/41 em face da ordem jurídico-constitucional brasileira em vigência. Primeiramente, pudemos confirmar a existência do conflito normativo, mediante a utilização da teoria dos princípios de Humberto Ávila (2001, 2005). A partir deste marco teórico, identificamos que o “princípio federativo”, no Brasil, assume o caráter de norma-princípio, e não de postulado ou axioma. Por outro lado, o dispositivo que cuida da desapropriação entre entes públicos traz consigo uma regra jurídica.

Em seguida, prosseguimos ao preenchimento do conteúdo das referidas normas.

Analisando as formas de Estado e suas características, observamos que o Estado brasileiro, ao adotar a forma federada, a qual é dividida em entes autônomos e independentes, abdica da possibilidade de interferências ou ingerência de um ente em face do outro. Dessa forma, não há como considerar que seja legítima essa desapropriação hierarquizada ou escalonada instituída em favor de um ente maior a detrimento de um ente menor. Pois, além de ferir os fundamentos do Estado Federal brasileiro, fere também a autonomia entre os entes, bem como os interesses locais ou regionais, lugares esses onde se concentram as principais necessidades das pessoas.

Mantemos o mesmo posicionamento ainda na hipótese de considerarmos o federalismo brasileiro como uma modalidade de federalismo assimétrico, o qual sustenta uma sobreposição da União em face dos demais entes federados, refletindo nesse desequilíbrio de um ente em relação ao outro, consideramos que o art. 2º, §2º do Decreto-Lei nº 3.365/41, que teve por influência uma ordem constitucional autoritária, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, tendo por isso, operado como efeito de sua não recepção, a sua revogação tácita.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. rev. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 42. ed. São Paulo: Globo, 2001.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Princípio de Subsidiariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BONAVIDES, *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao>. pdf. Acesso em 02 de Janeiro de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de Novembro de 1937. *Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao>. Acesso em 21 de Maio de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.448, de 07 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao>. pdf. Acesso em 05 de Fevereiro de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de Junho de 1941. *Dispõe sobre Desapropriação por Utilidade Pública*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao>.pdf. Acesso em 29 de Março de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao>.pdf. Acesso em 12 de Novembro de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.132, de 10 de Setembro de 1962. *Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao>.pdf. Acesso em 21 de Maio de 2013.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990. *Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao>.pdf. Acesso em 19 de Outubro de 2013.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e*

dá outras providências. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao.pdf>. Acesso em 29 de Julho de 2013.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de Julho de 2001. *Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.* Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao.pdf>. Acesso em 08 de Junho de 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. *Institui o Código Civil.* Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao.pdf>. Acesso em 03 de Março de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo.* 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011. 2113p. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoLegislacaoAnotada>. Acesso em 30 de Setembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. AgRg no REsp 1138517/MG Agravo Regimental no Recurso Especial 2009/0085811-0. Instituto Nacional de Colonização e Reforma agrária – Incra. Ministro Humberto Martins. Brasília, 18/08/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 753.534 - MT (2005/0086165-8). Instituto Do Patrimônio Histórico E Artístico Nacional – Iphan. Ministro Castro Meira. Brasília, 25/10/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 25/10/2011. EDcl no Conflito de Competência nº 89.288 - AC (2007/0207668-9). Neórico Alves De Souza. Ministro Castro Meira. Brasília, 27/05/2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CYRINO NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra. *Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CONTI, José Maurício. *Federalismo Fiscal e Fundos de Participação.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- MAIA BERNARDES, Wilba Lúcia. *Federação e Federalismo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- MASSON, Natália. *Manual de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010.
- NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. O Federalismo Brasileiro e a lógica Cooperativa-Competitiva *In: SIMÕES PIRES, Maria Coeli. Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-57.
- PIRES, Maria Coeli Simões. Federalismo brasileiro: A emergência de um redesenho institucional do modelo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 106. pp. 163-189. Jan./jun. 2013
- PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano Atual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.