

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS
DIREITOS E CIDADANIA**

DANIELA CARVALHO ALMEIDA DA COSTA

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

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

P963

Processo de constitucionalização dos direitos da cidadania [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Daniela Carvalho Almeida Da Costa, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-063-3

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucionalização.
3. Cidadania. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E
CIDADANIA

Apresentação

Caríssimos(as),

É com imensa honra e satisfação que apresentamos a obra Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania, fruto das apresentações do Grupo de Trabalho (GT) que conduzimos no dia 05 de junho do corrente ano, na Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Este GT foi pensado e proposto pela afinidade temática com uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, cuja área de concentração é justamente Constitucionalização do Direito, o que nos acrescenta uma satisfação pessoal. O Programa, ainda muito jovem, cujo início se deu em 2010, vivenciou um grande amadurecimento ao sediar o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, o que se refletiu na adesão maciça de seu corpo docente e discente, não só unindo esforços para ciceronearmos esse Encontro do CONPEDI, mas também na submissão de inúmeros artigos científicos.

A obra que apresentamos tem uma importância peculiar para o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, contando com uma das professoras do Programa dentre seus coordenadores, bem como com 6 artigos de alunos do Programa que, em conjunto com os demais 18 artigos, todos selecionados com o devido rigor científico, compõem os 24 artigos da presente obra sobre Constitucionalização e Cidadania. Os textos se destacam pela relevante discussão temática em torno das dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais, especialmente pelo debate sobre os mecanismos de efetividade desses direitos, não só no âmbito jurídico, mas também no âmbito social, político e econômico.

Os Direitos Humanos, na célebre concepção de Hannah Arendt, são um dado e não um construído, o que nos remete ao dinamismo necessário a sua internacionalização/universalização e, sobremaneira, num país com uma democracia inconclusa como o nosso, a necessidade da construção e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos para sua internalização. A Constitucionalização dos Direitos é força motriz para a efetivação desse processo paulatino de internalização dos Direitos Humanos.

É inegável o avanço que a Constituição de 88 representou nesse processo e o quanto nossas instituições públicas vêm se fortalecendo no jogo de forças da vivência democrática.

Entretanto, uma efetiva constitucionalização promove cidadania e dignidade, enraizadas nos valores sociais do trabalho, a começar pela democratização do acesso à justiça e à livre informação, não por outra razão fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Para tanto, é essencial uma efetiva hermenêutica constitucional, em que toda a interpretação e aplicação do direito se dê conforme o paradigma constitucional.

Os coordenadores do GT Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração da presente obra, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da graduação e pós-graduação e os próprios cidadãos interessados na tutela de seus direitos.

Desta feita, acreditamos que a presente obra muito acrescentará às reflexões tão necessárias dentro dos estudos do direito, acerca do Processo de Constitucionalização e Cidadania, com vistas à construção de um mundo mais igualitário.

Desejamos uma leitura construtiva a todos!

Aracaju, inverno de 2015.

Prof.^a Dr.^a Daniela Carvalho Almeida da Costa¹

Prof.^a Dr.^a Maria dos Remédios Fontes Silva²

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez³

¹Advogada; Mestre e Doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP; Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca; Ex-Coordenadora Regional em Sergipe do IBCCRIM; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estudos sobre violência e criminalidade na contemporaneidade da UFS; Professora Adjunta do Dept.^o de Direito da UFS; Professora do Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito da UFS; Professora do Curso de Direito da Fanese; Professora da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

²Mestre e Doutora pela Université Catholique de Lyon - França, Pós-doutorado pela Université Lumière Lyon II - França. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direito Estado e

Sociedade". Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professora Titular do Departamento de Direito Público da UFRN, Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN.

³Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

DECRETO-LEI Nº 3.365 (BRASIL, 1941): O DIPLOMA NORMATIVO NA BERLINDA

DECREE-LAW NO 3.365 (BRAZIL, 1941): THE REGULATORY NORM IN THE HOT SEAT

**Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Vitor Medeiros dos Reis**

Resumo

Este trabalho dedica-se ao exame do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) sob o paradigma do Pós-positivismo Jurídico, que pressupõe a supremacia e a normatividade constitucional. Assim, os dispositivos legais do diploma legal aludido referentes à desapropriação de bens de uma entidade federativa por outra, à desapropriação por zona, à vedação ao exame do mérito pelo Poder Judiciário, à imissão do Poder Público na posse do bem antes do pagamento da indenização e à vedação à retrocessão foram cotejados com dispositivos constitucionais diversos. Sob a metodologia dedutiva e mediante o emprego de fontes indiretas, procedeu-se a uma pesquisa qualitativa que conduziu à aferição da ausência de recepção dos dispositivos legais aludidos, o que implica a impossibilidade de sua aplicação nos procedimentos administrativos e judiciais referentes a desapropriação.

Palavras-chave: Desapropriação; pós-positivismo jurídico; ausência de recepção

Abstract/Resumen/Résumé

This work is dedicated to the examination of Decree-Law no. 3.365 (BRAZIL, 1941) under the paradigm of Legal Post-positivism, which presupposes the constitutional supremacy and normativity. Thus, the legal provisions of the alluded statute regarding to expropriation of assets of a federal entity by another, to the expropriation by zone, to impediment of substantive examination from the Judiciary, to the immission of the government in the ownership of the property before payment of the indemnity and to impediment of retrocession were compared with various constitutional provisions. Under the deductive methodology and through the use of indirect sources, we proceeded to a qualitative research that led to the measurement of non-receipt of alluded to legal provisions, which preclude the possibility of its application in administrative and judicial proceedings relating to expropriation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Expropriation; legal post-positivism; absence of reception

1 INTRODUÇÃO

Os procedimentos expropriatórios, em âmbito pátrio, realizam-se sob a égide do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941), editado no período do Estado Novo (1937-1945), no contexto da Era Vargas (1930-1945)¹.

Emerso em meio a um período ditatorial, em que fora conferido ao Chefe do Poder Executivo o poder genérico de promulgar decretos-lei sobre todas as matérias de competência do Poder Legislativo enquanto não se reunisse o Parlamento Nacional, conforme art. 180 da Constituição (BRASIL, 1937) à época em vigor, o diploma normativo em cotejo é permeado por disposições que refletem a arbitrariedade e autoritarismo característicos de tal momento histórico (DÓRIGO e VICENTINO, 2004), coadunando-se, então, com os elementos normativos então vigentes.

Não se olvidando as alterações fático-normativas ocorridas no ínterim que se seguiu, faz-se mister indicar a promulgação da atual Constituição (BRASIL, 1988) como o elemento responsável pela verdadeira revolução ocorrida no âmbito jurídico pátrio. Fundou-se, então, um novo ordenamento jurídico brasileiro, orientado pelo influxo da dignidade da pessoa humana e do respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, trazendo significativas e profundas rupturas em diversos ramos do Direito nacional. Conforme Barroso (2005), “a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito”.Contemplou-se em seu bojo, *verbi gratia*, os processos de desapropriação, sendo trazidas novas disposições no inciso XXIV do art. 5º (BRASIL, 1988).

Pontue-se, outrossim, que, paralelamente à edição da Constituição (BRASIL, 1988), uma nova perspectiva de análise do Direito passou a ser adotada, ancorada no ideário neoconstitucionalista e em seu sustentáculo jusfilosófico pós-positivista – averiguado posteriormente na presente análise.

Alçou-se o documento constitucional, então, à posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo imputada normatividade às suas disposições, resultando-se, assim, na *constitucionalização do Direito*, fenômeno que importa na “irradiação dos valores abrangidos nos princípios e regras da Constituição por todo o

¹ Conforme Dórigo e Vicentino (2004), denomina-se Estado Novo o período compreendido entre 1937 e 1945 em que vigorava, no âmbito pátrio, um regime ditatorial, havendo-se centralização política, com fortalecimento do poder de Getúlio Vargas, uma vez que fora extinto o Poder Legislativo, sendo suas funções exercidas pelo Poder Executivo, ao qual o Poder Judiciário passara também a subordinar-se.

ordenamento jurídico, notadamente pela via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis” (BARROSO, 2005).

Nesta conjuntura, diversos elementos do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941), editado em um contexto fático-jurídico absolutamente distinto deste hodiernamente vigente, passaram a apresentar manifesta incompatibilidade com o novo ordenamento jurídico. Não obstante, manteve-se, nos âmbitos jurisprudencial e doutrinário brasileiros, a aplicação de porção majoritária de tais inadequadas disposições, ocasionando numerosos prejuízos aos cidadãos que assistem a frequentes desrespeitos aos seus direitos fundamentais.

Considerando-se o cenário explicitado, pretende-se, sob o lume da normatividade constitucional, em uma pesquisa qualitativa, fundamentalmente bibliográfica e com utilização precípua de fontes indiretas, investigar as eventuais inadequações, incompatibilidades e descompassos do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) em relação ao supracitado Estado Democrático de Direito em vigor, de forma a oferecer aos operadores do Direito indicações precisas e racionais acerca dos elementos do diploma mencionado não recepcionados pela ordem jurídica fundada pela atual Constituição (BRASIL, 1988). Objetiva-se, então, afastar a aplicação de tais preceitos pelas funções estatais administrativa e jurisdicional, evitando-se, desta forma, as reflexas arbitrariedades incidentes sobre os cidadãos, de maneira a lograr-se processos expropriatórios efetivamente pautados pelo respeito aos componentes deste novo ordenamento, a exemplo dos direitos e garantias fundamentais, do devido processo legal, do princípio federativo, da ética e da justiça. Para adequado alcance deste mister, reputa-se fundamental a utilização do referencial teórico pós-positivista, tendo em vista seus pressupostos de normatividade constitucional, refutação ao subjetivismo e conseqüente exigência de racionalidade decisional, conforme passa-se detidamente a analisar.

2 O IDEÁRIO PÓS-POSITIVISTA E A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA JUSFILOSÓFICA CLÁSSICA

2.1 Histórico

No contexto de desenvolvimento da Filosofia do Direito, ressalte-se que o surgimento de novas concepções, com o conseqüente embate às teorias tradicionais, coincide com momentos históricos de rupturas de modelos político-econômico vigentes e tentativas de

sua superação. Neste sentido, deve-se empreender uma breve incursão histórica a fim de se adequadamente situar a divergência consignada.

Neste cenário, relevante destaque deve ser inicialmente imputado ao contexto dos séculos XVII e XVIII, em que emergiam os movimentos de superação do Estado Absolutista. Necessitava-se uma teoria filosófica que servisse de fundamento às reivindicações então existentes, visando-se à superação do modelo em vigor. Assim, refletindo estas demandas, o Jusnaturalismo tomou corpo ao associar-se ao Iluminismo, impulsionando as grandes revoluções liberais do séc. XVIII em oposição ao absolutismo monárquico, considerando-se seu ideário de preceitos e valores universalmente válidos, independentemente de estarem previstos nas legislações então existentes. Esse Direito Natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal (BARROSO, 2001). Neste sentido, note-se que, efetivamente, a ascensão do Jusnaturalismo está associada à necessidade de ruptura com o Estado Absolutista.

Noutro giro, veja-se que nas primeiras décadas do século XX a idealização do conhecimento científico fora responsável pela importação do positivismo filosófico – fundamentação de episódios históricos então verificados, como a proclamação da República no Brasil – para o mundo jurídico, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais. Assim, ainda na esteira de Barroso (2001), a busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da Moral e dos valores transcendentais. O Direito passou a ser essencialmente a norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deveria fundar-se em juízos de fato que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito, então, que se deveria travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça. Romperam-se, dessa maneira, as bases do ideário jusnaturalista predominante até então.

Todavia, a partir do término da Segunda Guerra Mundial, a perspectiva positivista passou a sofrer intensos abalos, com consequentes questionamentos, uma vez que fora o sustentáculo dos regimes nazi-fascistas e a responsável pela legitimação das atrocidades cometidas. Passou-se a compreender, portanto, que o Direito não poderia ser concebido apartado da Moral, sob pena de perpetuação das barbáries justificadas por esta concepção.

Fazia-se essencial, por conseguinte, uma concepção jusfilosófica que não desprezasse a legalidade, mas que fosse além, estabelecendo a reaproximação entre Direito e Moral; que não somente absorvesse os valores das sociedades, mas que os utilizasse de

maneira racional. Exigia-se, portanto, um arcabouço teórico capaz de reunir as características adequadas de cada um dos modelos jusfilosóficos principais indicados, afastando, porém, suas incongruências.

Desta maneira, a partir da segunda metade do século XX, tais anseios determinaram a criação do pós-positivismo jurídico como uma forma de superação da dicotomia clássica entre Jusnaturalismo e Juspositivismo, sendo utilizado, ademais, como embasamento jusfilosófico do movimento neoconstitucionalista² que então se edificava.

2.2 Pressupostos teóricos do Pós-positivismo

Pretendendo trazer de volta ao âmbito jurídico a influência dos valores, como destacado, o Pós-positivismo apresenta estruturação das normas jurídicas de maneira bipartite, contemplando, além das regras, os princípios, veículos por meio dos quais os valores retornam ao ordenamento jurídico. Nesta perspectiva, sustenta Muñiz (2000):

[...] los principios pueden ser descritos como normas que persiguen la realización en la mayor medida posible de valores, entendidos éstos en sentido amplio. Los valores vienen a ser el objetivo normativo de los principios.

A partir dos ensinamentos do autor, veja-se, outrossim, que os princípios podem ser concretizados em diferentes níveis, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas incidentes em cada hipótese, sendo denominados, inclusive, como “mandados de otimização” (ALEXY, 2002). Neste sentido, tais normas possuem uma dimensão de “peso” ou “importância” (DWORKIN, 2002) que varia em cada caso concreto, de forma que não se faz possível afirmar que determinado princípio goza, aprioristicamente, de primazia sobre os demais.

Com efeito, diante de um caso concreto, vários princípios podem se fazer presentes, formando um feixe principiológico sobre a questão, a ser solucionado mediante técnica da ponderação. Através desta, o valor decisório será dado a um princípio que tenha, em tal situação, maior peso relativo, sem que isso signifique a invalidação do outro compreendido como de peso menor. Desta forma, em casos diversos, o peso poderá ser redistribuído de maneira distinta, conforme indicado.

²Na esteira de Sanchis (2003), o neoconstitucionalismo apresenta uma nova teoria das fontes, afastada do legalismo estrito; uma nova teoria da norma, que dá entrada ao problema dos princípios, e uma reforçada teoria da interpretação, em que os riscos que comporta a interpretação constitucional possam ser conjugados por um esquema plausível de argumentação jurídica.

Ademais, considerando outro pressuposto teórico do arcabouço teórico pós-positivista, qual seja, a exigência de racionalidade no âmbito jurídico, recorre-se ao princípio da proporcionalidade³ como um parâmetro à técnica ponderativa, em seus três subníveis (adequação – análise da aptidão de uma restrição para alcançar o resultado pretendido; necessidade – aferição da inexistência de outro meio menos gravoso para se atingir o objetivo desejado; proporcionalidade em sentido estrito – averiguação da relação custo-benefício da norma avaliada, quando o ônus imposto deve ser menor que o benefício gerado (DUARTE e REIS, 2014).

Ante o exposto, considerando-se a precípua contemplação de princípios e regras nos documentos constitucionais, estes assumem lugar de destaque no ideário explicitado, sendo-lhes atribuída, portanto, inequívoca normatividade⁴ (HESSE, 1992). Assim, deixa-se de haver um mero documento político, de intenções, passando as Constituições a efetivamente vincular os cidadãos às suas determinações. Nesta perspectiva, vê-se a concepção de Ferrari (2001):

As normas constitucionais, em virtude de sua juridicidade, apresentam como traço característico, assim, como todas as demais normas jurídicas, a sua imperatividade, ou seja, a obrigatoriedade da obediência de seus comandos por parte das pessoas às quais se dirigem, sejam estas pessoas individuais, coletivas ou os próprios órgãos do Poder Público

Sob a presente ótica, superam-se inadequadas compreensões doutrinárias como a tradicional divisão das normas constitucionais quanto à sua eficácia proposta por Silva (2007), uma vez que, dotadas de normatividade, a partir deste novo contexto, não há que se falar em

³Na presente análise, o dever de proporcionalidade é referido mediante a expressão consagrada nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial pátrios, não se olvidando, conforme lições de Ávila (2001), que se trata de um postulado e não de um princípio, uma vez que “sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a sua estrutura trifásica consiste na única possibilidade de sua aplicação e a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fáticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático (...). Ademais, sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo não irá ser modificado no entrechoque com outros princípios. Neste sentido, deve-se definir o dever de proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados”.

⁴Barroso (2005) destaca que o debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis^[12]. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.

preceitos constitucionais que dependem de outros fatores para que se possa constatar sua eficácia.

Ressalte-se, todavia, que as perspectivas de normatividade constitucional e possibilidade de concretização dos princípios em níveis diversos não se fazem colidentes, uma vez que, diante de uma hipótese *in concreto* em que não se faz possível a concretização de um princípio em seu nível máximo, surge para o aplicador o ônus argumentativo de evidenciar a referida impossibilidade.

Aborde-se, igualmente no cenário pós-positivista, a necessidade de refutação da subjetividade na aplicação do Direito e, conseqüentemente, do chamado “poder discricionário” dos seus operadores. Assim, esta nova concepção intenta oferecer métodos objetivos que visem à racionalização deste processo de interpretação e aplicação, minimizando a subjetividade então presente (MELQUÍADES DUARTE, 2012a).

Neste cenário, desponta a Teoria da Argumentação Jurídica (ALEXY, 2005), segundo a qual, a partir de uma perspectiva formal, obtém-se a pretendida racionalidade da decisão, a ser externada pela devida fundamentação e justificação. Trata-se, portanto, de um método que institui regras de interpretação para a interpretação de regras (MELQUÍADES DUARTE, 2012b).

Em abordagem menos procedimentalista que a de Alexy (2002), Dworkin (2010), por meio de sua proposta do Direito como integridade e da tese da “única resposta correta”, também combate a discricionariedade na aplicação do Direito. Assim, sugere uma hermenêutica que considera o ordenamento jurídico como um todo sistêmico, na clássica metáfora de uma “teia entrelaçada” em que se encontrará, em todas as oportunidades, apenas uma resposta adequada à situação concreta. Para tanto, mister se faz considerar não somente as manifestações legislativas e jurisdicionais da sociedade, mas também as institucionais. Através desta perspectiva, os precedentes passam a ganhar relevância, visando-se, destarte, tratar semelhantes sob o mesmo critério. Não se deve olvidar, entretanto, de que não devem ser absolutos, havendo-se a possibilidade de serem modificados mediante a concepção do Direito como um “romance em cadeia” (DWORKIN, 2002).

Dworkin (2002) rechaça, por conseguinte, a “função criativa” dos tribunais, defendida por Hart (1994) para os casos difíceis, aqueles em que não existe resposta imediata na legislação, ou em qualquer outra manifestação institucional. Logo, para que seja encontrada a melhor interpretação para o caso concreto – única correta –, deve-se aferir a relevância social de valores que eventualmente possam vir a colidir, exigindo-se o exame da dimensão de peso de cada.

Disso, infere-se que os operadores não devem “criar” a solução, mas tão somente “encontrá-la” em meio a esta “teia”. A aplicação do Direito no viés do Pós-positivismo, portanto, é uma tarefa hercúlea, devendo-se efetivamente verificar, em cada caso, qual é a resposta correta, através de parâmetros racionais e objetivos elencados.

2.3 Pós-positivismo e o Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941)

Conforme destacado alhures, pretende-se, na presente análise, averiguar a compatibilidade das disposições do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) com o atual ordenamento jurídico, expondo suas eventuais contradições e inadequações.

Para adequado alcance deste mister, necessária se faz a utilização do arcabouço teórico pós-positivista, tendo em vista os pressupostos teóricos referidos anteriormente, mormente diante da normatividade constitucional e da cogência dos princípios, uma vez que eventuais inadequações do conteúdo deste diploma normativo decorrem da força vinculante de disposições veiculadas por normas fundamentalmente constitucionais, entre as quais observam-se numerosos princípios.

Ademais, fazem-se igualmente fundamentais as exigências de racionalidade e refutação ao subjetivismo e discricionariedade, tendo em vista que se pretende oferecer à sociedade e aos operadores do Direito procedimentos expropriatórios justos e amparados por parâmetros objetivos e consoantes com o hodierno ordenamento jurídico brasileiro, afastando-se a atuação pautada, destarte, em meras convicções pessoais dos operadores.

Por fim, reputa-se essencial a proposta hermenêutica de interpretação do Direito como um todo sistêmico, em razão da presente investigação amparar-se em elementos normativos diversos constantes do ordenamento jurídico pátrio, igualmente essenciais, conforme abordado na análise que se segue.

3 REFLEXÕES ACERCA DO DECRETO-LEI Nº 3.365 (BRASIL, 1941) SOB O LUME ADMINISTRATIVO-CONSTITUCIONAL

3.1 Desapropriação de bens municipais e estaduais pela União e municipais pelos Estados, vedada a reciprocidade

Fundado em uma hipotética primazia da União sobre os demais entes federativos, destaca o art. 2º do diploma normativo sob investigação (BRASIL, 1941) que, “mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos

Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios”. Em seu parágrafo segundo, tem-se que “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”.

Ressalte-se que a proposta formulada pelo legislador, constante do dispositivo em cotejo, amparava-se nas diretrizes da Constituição de 1937 (BRASIL, 1937), promulgada em meio a um período ditatorial – O Estado Novo (1937-11945), em que se observava no país um Federalismo de cunho meramente nominal, havendo-se forte concentração e controle por parte do ente central (FERNANDES, 2012).

Veja-se, neste diapasão, que o procedimento elencado encontra-se consonante com os contextos fático e normativo então vigentes, em que se fazia presente a primazia da União no sistema federativo brasileiro.

Atente-se, todavia, que a atual Constituição (BRASIL, 1998), editada no período de redemocratização do Brasil, com o término do Regime Militar (1964-1986), inaugurou uma nova etapa no Federalismo brasileiro, afastando-se sobremaneira da realidade anteriormente explicitada. Nesta seara, dispõe o artigo 18 da Constituição vigente (BRASIL, 1988) que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos.

Determinou-se, destarte, a autonomia dos entes federativos, que passaram a possuir capacidade de auto-organização, auto legislação e auto-governo, sendo-lhes atribuídas faculdades para a tomada de decisões e desempenho de determinadas atividades (SILVA, 2007).

Torna-se inadequado, então, neste renovado arcabouço fático-jurídico, sustentar que a União é hierarquicamente superior aos demais entes federativos, de forma que inexistente razoável fundamento para a subsistência do teor do art. 2º do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) em análise no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de rompimento com as disposições constitucionais em vigor e com preceitos basilares do atual Estado Democrático de Direito. Trata-se, portanto, de ancora de recepção do dispositivo em comento pela atual Constituição (BRASIL, 1941).

Impende-se considerar, todavia, que grande parte da tradicional doutrina administrativista possui entendimento contrário ao exposto, a exemplo de Meirelles (2004), que defende a suposta hierarquia entre os entes políticos:

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

Bandeira de Mello (2010) igualmente coaduna-se com as orientações legislativas:

Bens públicos podem ser desapropriados, nas seguintes condições e forma: a União poderá desapropriar bens dos Estados, Municípios e Territórios; os Estados e Territórios poderão expropriar bens de Municípios. Já as recíprocas não são verdadeiras.

Ademais, o dispositivo atacado já fora aplicado no âmbito jurisdicional brasileiro, a exemplo do paradigmático Recurso Especial nº 172816 (BRASIL, 1994), de relatoria do Ministro Paulo Brossard, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 13 de Maio de 1994, no qual restou consignado pelo pleno que “a União pode desapropriar bens dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos territórios e os Estados, dos Municípios”. Neste sentido, indicou-se:

(...) a lei estabeleceu uma gradação de poder entre os sujeitos ativos da desapropriação, de modo a prevalecer o ato da pessoa jurídica de mais alta categoria, segundo o interesse de que cuida: o interesse nacional, representado pela União, prevalece sobre o regional, interpretado pelo Estado, e este sobre o local, ligado ao Município, não havendo reversão ascendente; os Estados e o Distrito Federal não podem desapropriar bens da União, nem os Municípios, bens dos Estados ou da União.

Constata-se, ante o exposto, que não obstante a entrada em vigor da Constituição (BRASIL, 1988), manteve o STF, em tal caso concreto, a aplicação do dispositivo analisado, fixando entendimento, ademais, no sentido de haver ordem de preferência entre os sujeitos ativos dos procedimentos expropriatórios, sob o argumento do interesse representado por cada um dos entes federativos. Este entendimento encontra amparo também na doutrina administrativista, como destaca Carvalho Filho (2009):

A despeito de não ser reconhecido qualquer nível de hierarquia entre os entes federativos, dotados todos de competências próprias alinhadas no texto constitucional, a doutrina admite a possibilidade de desapropriação pelos entes maiores ante o fundamento da preponderância do interesse, no qual está no grau mais elevado o

interesse nacional, protegido pela União, depois o regional, atribuído aos Estados e Distrito Federal, e por fim o interesse local, próprio dos Municípios.

A tese apontada, contudo, não merece subsistir no hodierno Estado Democrático de Direito, bem como diante do arcabouço teórico pós-positivista, uma vez que, ainda que *formalmente* não consista em reconhecimento da existência de hierarquia entre as pessoas políticas, o argumento esposado pelo Supremo Tribunal Federal *materialmente* conduz a este cenário, tendo em vista que determinado ente federativo exercerá poderes sobre o âmbito autônomo de outro, invadindo-o. Exceder-se-ão, destarte, os limites das faculdades atribuídas pelo documento constitucional (BRASIL, 1988) e romper-se-á a autonomia das pessoas políticas que compõem a República Federativa do Brasil, expressamente prevista por meio de seu artigo 18, atentando-se, flagrantemente, contra o princípio federativo, nos moldes da investigação realizada.

3.2 Desapropriação por zona

Aduz a redação do art. 4º do diploma normativo sob investigação que a desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.

Para Mazza (2011), a desapropriação por zona é aquela que recai sobre área maior do que a necessária, visando a absorver a futura valorização dos imóveis vizinhos em decorrência da obra realizada.

Conforme tradicionais construções doutrinárias, note-se que pretendeu o legislador reservar para o Poder Público as áreas que eventualmente se supervalorizassem após efetuadas as obras, de forma que os valores obtidos ser-lhe-iam pertencentes, nos ditames de uma suposta supremacia do interesse público sobre o privado, sintetizada por Bandeira de Melo (2010):

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É

pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos resguardados.

Como demonstrar-se-á em uma breve digressão, fundada no arcabouço jusfilosófico pós-positivista e na nova ordem constitucional erigida na superioridade dos direitos fundamentais, não se sustenta o fundamento teórico deste dispositivo, considerado, inclusive, como o sustentáculo do instituto da desapropriação por relevante parcela da doutrina administrativista, a exemplo de Di Pietro (2004), segundo a qual “se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar (...), é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual”.

Neste contexto, observe-se que inexistente fundamento de validade desta suposta supremacia, visto que a Constituição (BRASIL, 1988) volta-se, precipuamente, para a proteção dos interesses do indivíduo, conferindo destaque aos direitos e garantias fundamentais.

Aponte-se, outrossim, que o documento constitucional vigente (BRASIL, 1988) é orientado sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, segundodisposto no inciso III do seu art. 1º, determinando a necessidade de estabelecer-se proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais da coletividade promovidos pelo Estado, conforme preleciona Binbenojm (2006). Tendo em vista, igualmente, que a promoção dos interesses privados também se constitui em finalidade da Administração Pública, uma vez que se está em um ordenamento jurídico pautado por garantias e direitos individuais aos quais o Estado deve reverência e proteção (BINENBOJM, 2006), a assertiva de que haveria um desvio de finalidade, caso os interesses privados preponderassem em relação aos públicos, torna-se inequivocamente falsa, sendo a tradicional teoria novamente desconstruída (DUARTE;REIS, 2014).

Ademais, considere-se que, ao apregoar que os interesses públicos devem prevalecer sobre os privados em quaisquer hipóteses, independentemente das circunstâncias presentes nos casos concretos, estar-se-ia negando a dimensão ponderativa dos princípios prevista pela vertente pós-positivista indicada, uma vez que os princípios podem ser aplicados gradualmente, isto é, concretizados em diferentes níveis, de acordo com possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, devendo-se observar, outrossim, o peso relativo em questão, previamente à sua aplicação, constatando-se, destarte, flagrante incompatibilidade do pressuposto debatido com a Teoria dos Princípios (ALEXY, 2002) abordada alhures.

Não obstante o combate empreendido, o preceito normativo enfocado possui guarida na jurisprudência brasileira, como no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial nº 951.533/MG (BRASIL, 2008), de Relatoria do Ministro Castro Meira:

(...) No caso de valorização geral extraordinária, pode o Estado valer-se da desapropriação por zona ou extensiva, prevista no art. 4º do Decreto-Lei 3.365/41. **Havendo valorização exorbitante de uma área, pode o Estado incluí-la no plano de desapropriação e, com a revenda futura dos imóveis ali abrangidos, socializar o benefício a toda coletividade**, evitando que apenas um ou alguns proprietários venham a ser beneficiados com a extraordinária mais valia.

Deve-se ressaltar, entretanto, que a partir da Constituição (BRASIL, 1988), passou a dispor o Poder Público de efetivo instrumento para que o interesse público fosse igualmente levado em consideração nos casos de benefício a áreas contíguas à da realização do serviço, sem, contudo, impor desarrazoadas restrições aos direitos fundamentais dos cidadãos: a possibilidade de instituição da contribuição de melhoria, segundo o inciso III do art. 145 da Constituição (BRASIL, 1988).

Mencione-se, neste contexto, que a contribuição de melhoria é espécie de tributo cujo fator gerador é a valorização de imóvel do contribuinte, decorrente de obra pública, e tem por finalidade a justa distribuição dos encargos públicos, fazendo retornar ao Tesouro Público o valor despendido com a realização de tais obras (MACHADO, 2007).

Desta maneira, fazendo-se incidir o postulado da proporcionalidade, um dos sustentáculos do hodierno Estado Democrático de Direito, infere-se que a desapropriação das áreas valorizadas, conforme apregoa o dispositivo averiguado do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941), configura-se como medida desarrazoada, posto que rompido o subnível da necessidade, uma vez que a contribuição de melhoria consiste em meio menos gravoso para se obter a finalidade pretendida, qual seja, a distribuição dos ônus decorrentes da obra pública.

Atente-se, outrossim, que o expediente da desapropriação por zona possui escopo meramente financeiro/econômico, conforme explicitado, uma vez que os valores alvo de incremento passariam ao Poder Público. Com efeito, para adequada apreciação de tal finalidade, sejam trazidas à baila as disposições do art. 173 da Constituição (BRASIL, 1988), segundo as quais a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, ressalvados os casos previstos em tal documento, apenas será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou à relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Saliente-se, então, que a exploração de atividade econômica pelo Estado é hipótese excepcional, fazendo-se constitucional somente diante de casos devidamente definidos em lei e que sejam de relevante interesse público, o que não resta configurado na presente hipótese, tornando o referido objetivo econômico inerente ao instituto da desapropriação por zona absolutamente inaceitável no enquadramento fático-jurídico pugnado. Ressalte-se, nesta seara, que a hipótese a ser contemplada em lei deve ser efetivamente de relevante interesse público, de forma a coadunar-se com as orientações constitucionais, como nos casos de distribuição de energia elétrica, água e combustível, intrinsecamente afetos os interesses dos cidadãos.

Observe-se, portanto, que *ocaput* do artigo quarto do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) não fora igualmente recepcionado pela Constituição vigente (BRASIL, 1988).

3.3 Imissão à posse imediatamente após a declaração de utilidade pública do bem

Conforme art. 7º de tal diploma (BRASIL, 1941), “declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial”.

No âmbito doutrinário tradicional, a aplicação do preceito normativo apontado não encontra obstáculos, a exemplo de Di Pietro (2010), que consigna que “o direito de penetrar no imóvel não se confunde com a posse”, não devendo subsistirem, através desta ótica, demais questionamentos.

Semelhante situação é verificada no âmbito jurisprudencial brasileiro. Observam-se, assim, numerosas decisões judiciais fundamentadas no art. 7º de tal diploma, a exemplo do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 26198/DF (BRASIL, 2007), de Relatoria da Ministra Carmen Lúcia, conforme ementa que se segue (grifos nossos):

MANDADO DE SEGURANÇA - DESAPROPRIAÇÃO - UTILIDADE PÚBLICA - IMPLANTAÇÃO DE PÓLO INDUSTRIAL PETROQUÍMICO - DECRETO DE DESAPROPRIAÇÃO EXPEDIDO PREVIAMENTE À OBTENÇÃO DE LICENÇAS AMBIENTAIS - AUSENTE OS REQUISITOS DO ART. 7º, INC. II DA LEI N. 1.533/1951 - LIMINAR INDEFERIDA
O Decreto-Lei n. 3.365/45, que trata sobre a desapropriação por utilidade pública, dispõe: "Art. 7º (...) Segundo essa regra, tem-se que, somente a partir da edição do decreto que declara de

utilidade pública determinado imóvel, para fins de desapropriação, é que poderão as autoridades administrativas nele adentrar, para verificar os requisitos legais necessários à sua avaliação e definição do valor indenizatório. Não existem óbices legais para que os estudos sejam feitos antes da expedição do decreto de desapropriação. Todavia, é comum que o proprietário dificulte a entrada e a permanência das autoridades administrativas no local em que o projeto será implantado. Por esse motivo é que os estudos, os atos afeitos à obtenção de licenças ambientais e as demais autorizações são praticados após a expedição do decreto. **Esse viabiliza o exercício do dever estatal estabelecido na regra acima mencionada.** Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que: "São efeitos da declaração de utilidade pública: a) submeter o bem à força expropriatória do Estado; b) fixar o estado do bem, isto é, de suas condições, melhoramentos, benfeitorias existentes; c) conferir ao Poder Público o direito de penetrar no bem a fim de fazer verificações e medições, desde que as autoridades administrativas atuem com moderação e sem excesso de poder; d) dar início ao prazo de caducidade da declaração. **Como a simples declaração de utilidade pública não tem o condão de transferir a propriedade do futuro expropriado ao Estado, o proprietário do bem pode usar, gozar e dispor dele.**" (Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 772) 15. **Na parte final de seu art. 7º, o Decreto-lei n. 3.365/41 protege o proprietário contra qualquer excesso ou abuso de poder por parte das autoridades administrativas que estiverem no imóvel, conferindo-lhe o direito de ser devidamente ressarcido em caso de danos. De se enfatizar que o proprietário não se encontra privado da utilização do imóvel objeto do decreto de desapropriação durante o processo que se vier a estabelecer para a desapropriação. Daí, ao contrário do que prolixamente alegado pela Impetrante, tem-se que o decreto que declarou o imóvel como de utilidade pública, por si só, não lhe acarreta conseqüências danosas.**

Note-se que a argumentação esposada pelo tribunal não merece acolhida, diante do cenário instituído pela atual Constituição (BRASIL, 1988). Passou-se a viver sob a égide de um Estado em que governo e cidadãos pautam suas condutas pelo respeito aos direitos fundamentais de todos os indivíduos, tornando inaceitável a existência de arbitrariedades. Nesta seara, veja-se que apenas admitir o ressarcimento por perdas e danos de eventuais excessos/arbitrariedades cometidos contra expropriados consiste em uma forma de se permitir que estas sejam cometidas, quando deveriam, ao contrário, serem evitadas. Trata-se, então, de uma situação absolutamente inaceitável frente ao ordenamento jurídico brasileiro em que direitos fundamentais gozam de posição de centralidade, devendo ser efetivamente garantidos diante da realidade fática.

Não se deve olvidar, ademais, de uma das consolidadas garantias do atual Estado Democrático de Direito brasileiro, qual seja, a inviolabilidade do domicílio, positivada no

inciso XI do art. 5º da Constituição em vigência (BRASIL, 1988) em que se resta consignado que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Neste sentido, permitir que autoridades penetrem nos imóveis dos cidadãos, quando a propriedade destes ainda permanece com o particular, podendo-se recorrer, inclusive, ao auxílio de força e havendo-se tão somente a declaração de utilidade pública, nos ditames do art. 7º do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941), consiste em diametral afronta ao inciso XI do art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988), bem como ao direito de propriedade, garantido pelo documento constitucional (BRASIL, 1988) no inciso XXII do seu art. 5º.

3.4 Vedação ao exame do mérito da desapropriação pelo Poder Judiciário

Vedando o exame de mérito, pelo Poder Judiciário, nos processos desapropriatórios, preceitua o artigo 9º do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) que àquele é defeso, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

Deve-se destacar, então, que a vedação ao adentramento pelo Poder Judiciário no mérito das decisões administrativas permanece no atual ordenamento brasileiro, uma vez que a Constituição (BRASIL, 1988) contempla a independência entre os poderes em seu art. 2º.

Assim, a função jurisdicional deve limitar-se a realizar o denominado controle de legalidade, verificando se houve excesso de poder, desvio de finalidade, entre outros, no ato administrativo empreendido.

Observe-se, não obstante, o equívoco em que incorrera o legislador no dispositivo transcrito. Ao verificar se o procedimento expropriatório se ateve, no caso concreto, a alguma das hipóteses *elencadas por lei* para a configuração da *utilidade pública*, o Poder Judiciário não está adentrando no mérito da decisão do administrador, mas tão somente realizando o controle de legalidade que é inerente à sua função.

Neste contexto, gize-se que a presente compreensão começa a influenciar o âmbito jurisprudencial, a exemplo do acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 97748 (BRASIL, 2005) de Relatoria do Ministro João Otávio de Noronha:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO
PARA FINS DE UTILIDADE PÚBLICA. MANDADO DE

SEGURANÇA. DESVIO DE FINALIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRAZO DECADENCIAL. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 284 DO STF.

1. Submete-se ao conhecimento do Poder Judiciário a verificação da validade de utilidade pública da desapropriação e o seu enquadramento nas hipóteses previstas no Decreto-Lei n. 3.365. O que refoge ao controle jurisdicional é o juízo valorativo da utilidade pública. 2.A verificação da ocorrência de suposto desvio de finalidade em desapropriação para fins de utilidade pública implica o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que, em se de recurso especial, é vedado. (Súmula n. 7/STJ.) (...). 4. Recurso especial não-conhecido.

Não se olvide, ademais, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988) que, como manifestação do Estado de Direito, é uma das mais relevantes garantias de proteção do princípio da separação dos poderes (ROCHA, 2005), uma vez que contempla, a título de direito fundamental, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, através da qual torna-se defeso à lei estabelecer obstáculos que dificultem ou impeçam o direito dos cidadãos de demandar perante os órgãos jurisdicionais do Estado, seja qual for a causa que se queira deduzir (CÂMARA, 2013).

Infere-se, nesta toada, que o art. 9º do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) representa flagrante afronta a este princípio constitucional, posto que, ao excluir a apreciação de determinadas matérias pelo Poder Judiciário, acaba por impedir o acesso à justiça dos cidadãos.

Tem-se, novamente, um preceito normativo que não subsiste no atual ordenamento jurídico brasileiro.

3.5 Imissão provisória na posse mediante depósito prévio de valor discutido

Tratando sobre a imissão provisória na posse, orienta o art. 15 do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) que, se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973), o Código de Processo Civil vigente, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens.

Analisando-se o dispositivo, verifica-se a possibilidade de transferência da posse do bem ao sujeito ativo da relação jurídica previamente à conclusão do procedimento expropriatório, bastando-se, para tanto, declaração de urgência e depósito prévio.

Neste sentido, para Bandeira de Mello (2010), a imissão provisória na posse referida consiste na transferência da posse do bem objeto da expropriação para o expropriante, já no início da lide, obrigatoriamente concedida pelo juiz, se o Poder Público declarar urgência e depositar em juízo importância fixada segundo critério previsto em lei".

Noutro giro, Carvalho Filho (2009) ressalta que, apesar de a imissão provisória na posse "não representar ainda a transferência do domínio do bem sujeito à desapropriação, é inegável que, mesmo sendo provisória, seus efeitos são severos para com o proprietário". Desta maneira, na prática, a imissão na posse provoca o total impedimento para que o proprietário volte a usufruir a propriedade.

No cenário jurisprudencial, fazem-se comuns os julgados embasados nesta disposição legislativa, a exemplo do Recurso Extraordinário nº 184069, de Relatoria do Ministro Néri da Silveira (BRASIL, 2002), em que o Supremo Tribunal Federal afirmou inexistir incompatibilidade entre o art. 15 do diploma normativo analisado (BRASIL, 1941) com os incisos XXII, XXIII e XXIV do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988).

Impende-se destacar, no entanto, o equívoco existente na compreensão do STF, uma vez que, conforme interpretação das disposições constitucionais, a posse do expropriante sobre o bem deverá ocorrer somente quando tiver sido ultimado todo o processo de desapropriação após o pagamento da devida indenização, fazendo com que o conteúdo deste preceito normativo efetivamente atenda ao inciso XXIV do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988).

Considere-se, entretanto, que, em pontuais situações, o bem jurídico afeto à coletividade a ser tutelado pela Administração Pública merecerá, de fato, prevalência sobre o bem jurídico afeto ao particular tutelado pela indenização prévia. Nesta seara, para tal verificação, necessário se faz o emprego da técnica ponderativa explicitada alhures, sob o vetor da proporcionalidade e diante de cada caso concreto. Veja-se, como exemplo, a possibilidade de haver a imissão provisória em uma hipótese na qual determinado imóvel, pretendido pelo Poder Público para a instalação de um posto de atendimento médico, em um contexto de epidemia de determinada doença era anteriormente utilizado pelo particular para fins empresariais e/ou comerciais, de forma que, no juízo ponderativo, os bens jurídicos envolvidos afetos ao particular, quais sejam, a livre iniciativa e a propriedade, não prevaleçam diante do bem jurídico afeto à coletividade tutelado pela Administração Pública, qual seja, o direito fundamental à saúde. Observe-se, então, que se trata de medida excepcional, a ser utilizada somente após o emprego da ponderação proporcional.

3.6 Impossibilidade de retrocessão

Veja-se, inicialmente, que, consoante a redação do artigo 35 do diploma normativo alvo desta análise (BRASIL, 1941), os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Neste sentido, qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

Note-se, por conseguinte, que ocorrendo a incorporação fática de um bem ao patrimônio público, não possuirá o antigo proprietário o direito de retorno do bem ao seu patrimônio, sendo-lhe permitida somente eventual reparação de perdas e danos, ainda que nulo o processo de desapropriação.

Observe-se, neste sentido, a intensa controvérsia doutrinária existente em torno do dispositivo. Conforme apontamentos de Di Pietro (2010), pode-se observar a existência de três correntes a respeito da temática da retrocessão no Direito brasileiro.

Em relação à primeira corrente doutrinária, indique-se que a retrocessão é tratada como um direito pessoal, de forma que o expropriado possuiria o direito de pleitear somente perdas e danos, não cabendo reivindicar o bem. Entre seus adeptos, tem-se Meirelles (2004), fundado seu raciocínio no mencionado artigo 35 do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) e Carvalho Filho (2009).

Para a segunda corrente doutrinária, seria a retrocessão um direito real, havendo-se a possibilidade de reivindicar o imóvel expropriado quando não seguidos os preceitos constitucionais.

Aborde-se, por fim, a terceira corrente, defendida por Di Pietro (2010), que imputa à retrocessão natureza mista, cabendo ao expropriado escolher a ação de preempção ou a de perdas e danos. Tal pensamento baseia-se no artigo 519 da Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002), o Código Civil vigente, que permite a reivindicação do bem ao destacar que se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.

Não somente em âmbito doutrinário a referida controvérsia é verificada. Observam-se, em sede jurisprudencial, numerosos julgados fundamentados no aludido elemento legislativo com orientações diversas. À guisa de exemplo, atente-se à decisão do Superior Tribunal de Justiça do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de

Instrumento 1069903 MS 2008/0137295-0(BRASIL, 2010),em que se vislumbra a hipótese – não verificada nos autos – de o expropriado pleitear não somente perdas e danos, mas também seu direito de propriedade:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RETROCESSÃO - DESVIO DE FINALIDADE PÚBLICA DE BEM DESAPROPRIADO - DECRETO EXPROPRIATÓRIO. CRIAÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO DE CAMPO GRANDE. NÃO EFETIVAÇÃO. BENS DESTINADOS AO ATENDIMENTO DE FINALIDADE PÚBLICA DIVERSA. TREDESTINAÇÃO LÍCITA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À RETROCESSÃO OU À PERDAS E DANOS. IMPOSIÇÃO DE MULTA. ART.557, § 2º, DO CPC. AUSENTE O INEQUÍVOCO CARÁTER PROTTELATÓRIO DO AGRAVO REGIMENTAL. EXCLUSÃO DA MULTA.

1. A retrocessão é o instituto por meio do qual ao expropriado é lícito **pleitear as conseqüências pelo fato de o imóvel não ter sido utilizado para os fins declarados no decreto expropriatório. Nessas hipóteses, a lei permite que a parte, que foi despojada do seu direito de propriedade, possa reivindicá-lo e, diante da impossibilidade de fazê-lo (ad impossibilianemotetur), venha postular em juízo a reparação pelas perdas e danos sofridos. (...)**

Em sentido oposto, note-se a decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco na Apelação 205718/PE (PERNAMBUCO, 2010), de Relatoria do Desembargador Fernando Cerqueira, em que fora esposado entendimento coadunado com o artigo legal combatido, no sentido de ser vedada a reivindicação do bem incorporado à Fazenda Pública:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - ART. 35 DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41 - DANO MATERIAL - ÔNUS PROBATÓRIO DA PARTE AUTORA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1.Restou incontroverso o fato de que o Município apelante executara obra de pavimentação de rua sobre parte de terreno de propriedade do apelado, sem a observância do regular procedimento de desapropriação e sem o pagamento de prévia e justa indenização. 2.**Consoante o art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41, os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.** 3.Configurado o dever de indenizar, em se tratando de dano material, o valor da reparação deve se limitar à extensão do dano alegada e provada pela parte autora. 4.Por conseguinte, se a desapropriação é parcial, a condenação está limitada apenas ao valor proporcional de avaliação da área expropriada. 5.Apelação conhecida e parcialmente provida, para

reduzir o valor de indenização à quantia de R\$ 4.525,00 (quatro mil, quinhentos e vinte e cinco reais).

Considerando-se, por conseguinte, os preceitos relativos à propriedade e ao procedimento expropriatório presentes no documento constitucional, bem como o disposto na Lei nº 10.406 (BRASIL, 2002), promulgada posteriormente ao decreto estudado, assiste razão à terceira corrente doutrinária exposta alhures, devendo-se permitir a reivindicação do bem desapropriado, bem como da indenização devida pelos prejuízos morais e/ou materiais eventualmente sofridos no período em que ficou privado da posse.

Adotando-se o posicionamento referido, faz-se mister referir-se aos seus possíveis reflexos. Vê-se, então, que a nulidade salientada implica efeitos retroativos, com retorno ao *status quo ante*, uma vez que, a princípio, de atos nulos não derivam efeitos válidos. Nesta linha argumentativa, vislumbram-se duas hipóteses. Para reivindicar o retorno do bem, sem prejuízo de eventual indenização pelos prejuízos sofridos no ínterim em que ficara privado da posse, o particular deverá devolver o valor recebido a título de reparação pela sua perda. Não lhesendo possível arcar com tal devolução, tendo ocorrido o efetivo pagamento pelo Poder Público, será-lhe permitido pugnar somente pela indenização relativa ao prejuízo sofrido pela perda indevida da propriedade do bem, bem como por outros eventuais danos ocasionados pelo procedimento realizado.

Neste diapasão, considerando-se as análises perfilhadas, ressalte-se que também o artigo 35 do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) encontra-se dissonante com o arcabouço normativo brasileiro atual, não sendo recepcionado pela Constituição (BRASIL, 1988).

4 CONCLUSÃO

Pretendeu-se, ao longo desta investigação, analisar a adequação do conteúdo do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941) ao atual ordenamento jurídico brasileiro, fundado na normatividade constitucional e na primazia dos direitos fundamentais.

Verificou-se, neste sentido, que diversas disposições desta Lei de Desapropriações, editada previamente à hodierna ordem jurídica constitucional, apresentam incompatibilidades com esta nova realidade, rompendo com direitos e garantias contempladas aos cidadãos pela Constituição (BRASIL, 1988).

Neste contexto, faz-se patente a necessidade de edição de um novo diploma normativo para disciplinar a matéria, respeitando as orientações constitucionais e adequando-se às exigências pós-positivistas, como a racionalidade e a ética, nesses procedimentos expropriatórios.

Entretanto, saliente-se que, em decorrência da normatividade constitucional, deve-se dispensar aos dispositivos analisados a interpretação que se coaduna com as orientações do constituinte, de forma a adequá-lo ao atual ordenamento. É o que se impõe ao art. 2º (BRASIL, 1941), uma vez que se concluiu pela impossibilidade de realização de desapropriação por parte de entes federativos sobre bens de domínio de outra pessoa política, de forma a otimizar a autonomia das entidades derivada do princípio federativo. De igual sorte, encontra-se em descompasso com a ordem constitucional vigente a desapropriação por zona, a vedação ao exame do mérito pelo Poder Judiciário, imissão provisória ou não na posse do bem pelo Poder Público antes do pagamento da indenização justa e a vedação à retrocessão.

Neste diapasão, uma vez superadas as autoritárias e descompassadas interpretações concernentes às disposições do Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941), pugna-se pela adoção, nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial pátrios, da análise efetuada no presente estudo, tendo em vista sua harmonia com o atual estágio do Estado Democrático de Direito, proporcionando aos cidadãos procedimentos expropriatórios que respeitem os seus direitos fundamentais.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda HutchinsonSchild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, set. 2001

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 18 fev. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Decreto-lei nº 3.365 de 21 de Junho de 1941. *Diário Oficial da União*: 18 jul. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 fev. 2014.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. Lei nº 10.406. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. Recurso Especial nº 172816. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ari Pargendler. *Diário de Justiça*, 25 ago. 1998. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19811143/recurso-especial-resp-172816-sp-1998-0030969-1>> Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. Recurso Especial nº 951.533. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Castro Meira. *Diário de Justiça*, 05 mar. 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8699755/recurso-especial-resp-951533-mg-2007-0098182-2/inteiro-teor-13749881>> Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. Medida Cautelar no Mandado de segurança n.º 26198. Supremo Tribunal Federal. Relatora: Min. Carmen Lúcia. *Diário de Justiça*, 30 mar. 2007. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779036/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-26198-df-stf?ref=topic_feed> Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. Recurso Especial 97748. Superior Tribunal de Justiça. Relator: João Otávio de Noronha. *Diário de Justiça*, 05 abr. 2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7227051/recurso-especial-resp-97748-rj-1996-0035893-1-stj>>. Acesso em 02 abr. 2015.

_____. Recurso Extraordinário nº 184069. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. *Diário de Justiça*, 08 fev. 2002. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775481/recurso-extraordinario-re-184069-sp>>. Acesso em 02 abr. 2015.

_____. Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo de instrumento 1069903 MS 2008/0137295-0. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça*, 06 out. 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6010866/agravo->

regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-de-instrumento-agrg-nos-edcl-no-ag-1069903-ms-2008-0137295-0>. Acesso em 02 abr. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DORIGO, Gianpaolo; VICENTINO, Cláudio. *História do Brasil*. São Paulo: Scipione, 2004.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; REIS, Vitor Medeiros. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA NO ESTADO FEDERATIVO: UMA PROPOSTA DE RELEITURA SOB A ÉGIDE PÓS-POSITIVISTA. In: *XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=299bb6d67f1bf428>. Acesso em: 02 abr. 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Ney. Normas constitucionais programáticas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MACHADO, H. B. 2007. *Curso de Direito Tributário*. 28º ed. São Paulo: Malheiros.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar; CARVALHO, Ecaroline Pessoa. Aplicabilidade da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy nas decisões judiciais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 6, n. 21, out./dez. 2012a. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Nacional%205_OK.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2014.

_____. Revisitando o regime jurídico de direito público. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 231-255, jan./dez. 2012b.

MUÑIZ, Joaquín Rodríguez-Toubes. *Princípios, fines y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2000.

PERNAMBUCO. Apelação Cível 205718 PE 00014941820048171130. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Relator: Des. Fernando Cerqueira. *Diário de Justiça*: 25 maio 2010. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15272563/apelacao-apl-205718-pe-00014941820048171130-tjpe>> Acesso em 02 abr. 2015.

SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

ROCHA, Andréa Presas. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2497, 3 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14788>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.