

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

Programa de Pós-graduação em Direito – Curso de Especialização em Direito Administrativo

WENDEL JUPARAM FLORIANO DOS SANTOS

**A DESAPROPRIAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE
DA RECEPÇÃO DOS ARTIGOS 9º E 15 DO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941 PELA
CONSTITUIÇÃO DE 1988, EM PERSPECTIVA HISTÓRICA.**

BELO HORIZONTE

2022

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO**

WENDEL JUPARAM FLORIANO DOS SANTOS

**A DESAPROPRIAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE DA
RECEPÇÃO DOS ARTIGOS 9º E 15 DO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941 PELA
CONSTITUIÇÃO DE 1988, EM PERSPECTIVA HISTÓRICA.**

Artigo científico apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Administrativo da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo

Orientadora: Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

BELO HORIZONTE
2022

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB-6/3167.

S237d Santos, Wendel Juparam Floriano dos

A desapropriação no estado democrático de direito[recurso eletrônico]: análise da recepção dos artigos 9º e 15 do decreto-lei nº 3.365/1941 pela constituição de 1988, em perspectiva histórica / Wendel Juparam Floriano dos Santos.- 2022.

1 recurso online (33 p.): pdf.

Monografia (especialização) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito

Bibliografia: f. 32-33.

1. Direito administrativo - Brasil. 2. Desapropriação.
3. Políticas públicas - Brasil. I. Dias, Maria Tereza Fonseca.
II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito.
III. Título.

CDU: 35 (81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

ATA DA DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DO ALUNO WENDEL JUPARAM FLORIANO DOS SANTOS

Realizou-se, no dia 28 de junho de 2022, às 11:30 horas, na modalidade virtual, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de monografia intitulada A DESAPROPRIAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE DA RECEPÇÃO DOS ARTIGOS 9º E 15 DO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, EM PERSPECTIVA HISTÓRICA., apresentada por WENDEL JUPARAM FLORIANO DOS SANTOS, número de registro 2021659466, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do certificado de Especialista em DIREITO ADMINISTRATIVO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof.ª Maria Tereza Fonseca Dias - Orientadora (UFMG), Prof. Eurico Bitencourt Neto (UFMG) e Prof. Madson Alves de Oliveira Ferreira.

A Comissão considerou a monografia:

(x) Aprovada

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrada a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2022.



Documento assinado eletronicamente por **Maria Tereza Fonseca Dias, Professora do Magistério Superior**, em 29/06/2022, às 20:10, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Madson Alves de Oliveira Ferreira, Usuário Externo**, em 30/06/2022, às 19:47, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Eurico Bitencourt Neto, Professor do Magistério Superior**, em 18/08/2022, às 17:22, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?

[acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0](#), informando o código verificador **1543722** eo código CRC **F7A15F2A**.

RESUMO

Este artigo visa trazer à baila uma análise sobre as origens históricas do Decreto-Lei 3.365 de 1941, em conjunto com um estudo sobre a recepção dos art. 9º e 15 desse marco legal pela Constituição de 1988. A desapropriação é um importante instrumento para a concretização das políticas públicas promovidas pelo Estado, tais como a educação, cultura, saúde e também é indispensável para o desenvolvimento das cidades. O art. 9º menciona sobre a impossibilidade do Poder Judiciário no processo de desapropriação, verificar; se estão previstos os casos de utilidade ou necessidade pública. Enquanto o art. 15 prevê a possibilidade de imissão provisória na posse pelo Poder Público, cumpridas certas condições legais. Contudo, considerando a sua importância e suas finalidades, a desapropriação não pode estar desconexa dos princípios constitucionais mais reverenciados, tais como, previstos no art. 5º, incisos XI, XXXV, LIV e LV do próprio Texto Constitucional. Assim, a pesquisa indaga se os art. 9º e 15 do Decreto-Lei nº 3.365 de 1941 foram recepcionados pela Constituição? Portando com essa indagação; se descortinam os meandros legais que buscam trazer à luz esse questionamento e assim contribuir para a discussão sobre o limite do poder do Estado, segundo os contornos alicerçados pela Constituição. Para alcançar esse desiderato foi utilizado o tipo de pesquisa jurídico-compreensivo, visando à decomposição de um problema jurídico em seus mais variados aspectos, a partir da leitura de obras jurídicas e históricas. Considerando ao final pela não recepção pela Constituição de 1988 dos artigos 9º e 15 do Decreto-Lei nº 3.365 de 1941.

Palavras-chave: Constituição de 1988, desapropriação, recepção, histórico, princípios.

ABSTRACT

This article aims to bring up an analysis of the historical origins of Decree-Law n° 3.365 of 1941, together with an analysis of the reception of art. 9 and 15 of this legal framework by the 1988 Constitution. Expropriation is an important instrument for the implementation of public policies promoted by the State, such as education, culture and health, and also indispensable for the development of cities. the art. 9 mentions the impossibility of the Judiciary in the expropriation process, verify; whether cases of public utility or need are foreseen. While art. 15 provides for the possibility of provisional imposition of possession by the Public Power, subject to certain legal conditions. However, considering its importance and purposes, expropriation cannot be disconnected from the most revered constitutional principles, such as those provided for in art. 5, items XI, XXXV, LIV and LV of the Constitutional Text itself. Thus, the research asks whether art. 9 and 15 of Decree-Law n° 3.365 of 1941 were accepted by the Constitution? So with this question; the legal intricacies that seek to bring this questioning to light are revealed and thus contribute to the discussion about the limit of State power, according to the contours based on the Constitution. To achieve this goal, the type of legal-comprehensive research was used, aiming at the decomposition of a legal problem in its most varied aspects, from the reading of legal and historical works. Considering, in the end, the non-receipt by the Constitution of 1988 of articles 9 and 15 of Decree-Law No. 3,365 of 1941.

Keywords: Constitution of 1988, expropriation, reception, history, principles.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DO PERCURSO HISTÓRICO, O CAMINHO PARA OUTORGA DO DECRETO - LEI 3.365 DE 1941.	11
2.1 A legislação desapropriatória do Império e da Primeira República.	12
2.2 De 1930 a 1941, da República Social ao autoritarismo.....	14
2.3 A formação ideológica da Constituição de 1937 e do Decreto-Lei 3.365 de 1941	15
3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ART. 9º E 15 DO DECRETO-LEI 3.365 DE 1941 COMPARADOS.	21
3.1 O estudo da recepção do art. 9º do Decreto-Lei 3.365 de 1941	24
3.2 O estudo da recepção do art.15 do Decreto-Lei 3.365 de 1941.....	28
4. CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS	33

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa realizar uma análise histórica, jurídica e crítica a respeito do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, de forma especial dos seus artigos 9º e 15. Neste sentido, descortinam-se os meandros deste marco legal, considerando as suas oito décadas de vigência, perpassando inclusive, sob a égide de quatro distintos textos constitucionais.

O Decreto-Lei nº 3.365 de 1941 entrou em vigência em um período conturbado e controverso da história brasileira: quatro anos após a instituição da ditadura do Estado Novo e após a outorga de uma nova Constituição – a Carta de 1937. Do ponto de vista histórico, os tempos eram outros, com a ascensão das ditaduras totalitárias ao redor do mundo. No Brasil não era diferente, quando o Decreto-Lei foi outorgado, o presidente Getúlio Vargas, estava no auge do seu poder ditatorial.

O texto do Decreto-Lei apresenta vários aspectos críticos e discutíveis, quando analisados à luz dos parâmetros democráticos da atual Constituição. Primeiramente, a identificação do interesse público é apenas realizada pelo Chefe do Executivo, excluindo todo um procedimento democrático de definição do interesse público na desapropriação. E o particular não tem acesso à ampla defesa e ao contraditório nos termos do art. 5º, inciso LV da Constituição de 1988. Também devendo ser lavado em consideração que a casa é asilo inviolável, conforme o art. 5º, inciso XI do Texto Constitucional.

Somada e essas críticas iniciais, o foco do deste estudo se concentra na análise do art. 9º e 15 da legislação. A impossibilidade de discussão no processo de desapropriação do interesse público e a imissão provisória na posse pelo Estado são aspectos da atual legislação igualmente questionáveis. Tomando por base, o que menciona o art. 5º, inciso XXXV da Constituição que estabelece a competência do Poder Judiciário em analisar toda e qualquer ameaça ou lesão a direito. Do mesmo modo, a imissão provisória na posse conforme estabelecida nos termos da lei, deferida sem pagamento da justa e previa indenização não está em harmonia com o art. 5º, inciso XXIV da Constituição.

Nesta perspectiva, o presente trabalho a partir da leitura de obras jurídicas e históricas, objetiva traçar os seguintes estudos: Na segunda seção busca-se desenvolver um estudo histórico do instituto da desapropriação no Brasil, desde o Império, repassando a legislação na Primeira República até a outorga da atual legislação. E ao fim realizando uma reconstrução da formação ideológica do Decreto-Lei nº 3.365 de 1941. A terceira seção busca realizar um estudo do art.

9º e 15 do Decreto-Lei nº 3.365 de 1941, em conjunto com a Constituição de 1988, a partir da teoria da recepção e seus desdobramentos teóricos. E por último na conclusão, com as definições alcançadas durante o estudo.

Em suma, o Poder Público no contexto desapropriatório apresenta um plexo de prerrogativas ou privilégios que aparentemente, não encontra guarida Constitucional. A Constituição não visa apenas à estruturação orgânica do Estado; mas também e, sobretudo, a limitação do seu poder. Os cidadãos e todos os indivíduos são os verdadeiros destinatários da proteção da Carta Magna, já que todo poder emana do Povo e não do Estado (art. 1º, parágrafo único da Constituição).

Conforme as palavras de Thomas Paine, no Senso Comum “[...] O longo hábito de não pensar que uma coisa seja errada lhe dá o aspecto superficial de ser *certa*, e ergue de início um temível brado em defesa do costume. [...] O tempo cria mais convertidos do que a razão”¹.

Diante disso, a longa permanência da vigência do Decreto-Lei nº 3.365, e de seus artigos 9º e 15, mais de trinta anos da promulgação do atual Texto Constitucional, parece uma sequela do costume, do acomodamento normativo e do domínio do fato. Se atentando que seu conteúdo e principalmente seu histórico ideológico, como será explorado neste trabalho, não são compatíveis com a atual doutrina constitucional que privilegia o respeito aos direitos fundamentais. Devendo ser totalmente repensando o instituto da desapropriação por utilidade pública nos moldes previstos por sua atual lei de regência.

¹ PAINE, Thomas. Senso Comum. *In* Pensadores, São Paulo: Abril Cultural e Industrial, 1973. p. 49.

2. DO PERCURSO HISTÓRICO, O CAMINHO PARA OUTORGA DO DECRETO - LEI 3.365 DE 1941².

O caminho histórico que culminou na outorga da principal legislação desapropriatória, em 1941, iniciou pelos menos uma década antes, no ano de 1930. Mais precisamente no dia 3 de outubro desse ano, quando finalmente a primeira fase da República (A República Velha) finalmente ruiu. A República instituída em 1889 cercava-se de um longo processo de vícios políticos, que mascaravam os principais princípios republicanos, tais; como; o regime representativo, a soberania do voto popular e a igualdade dos estados federados. Tais princípios foram corrompidos pelo chamado “voto de cabresto”, o poder dos chamados coronéis locais e a política do café com leite, no qual, os Estados de Minas Gerais e São Paulo, num acordo político, realizavam um revezamento de seus “representantes” no cargo de Presidente da República, alienando os outros estados do exercício da chefia do Poder Executivo.

Finalizando seu mandato presidencial, o presidente Washington Luís, na qualidade de representante do Estado de São Paulo, deveria indicar um mineiro como candidato da situação, à presidência. A época o nome mais referenciado era o presidente do Estado de Minas Gerais, Antônio Carlos. Washington Luís, não cumprido o pacto da política dos governadores com Minas Gerais, indicou Júlio Prestes, seu conterrâneo de São Paulo para a presidência. Se o regime da República velha já aparentava sinais de decadência, esse fato, além das constantes revoltas acontecidas neste período, precipitava a ruína da república dos coronéis.

Notoriamente descontentes com a indicação do paulista para a presidência, as lideranças políticas do Estado de Minas Gerais se uniram aos gaúchos também descontentes pela falta de participação nos destinos do país, e lançaram a chapa denominada Aliança Liberal, tendo Getúlio Vargas, como Presidente e como vice João Pessoa. Sem qualquer surpresa, a chapa da situação encabeçada por Júlio Prestes, fora eleita em março de 1930, com o auxílio da máquina oficial do governo.

De março até o dia 3 de outubro de 1930, data do início do levante – a Revolução de 1930, o Brasil passou um clima tenso pré-golpe, finalmente se incendiando com o assassinato de João Pessoa por conflitos regionais não relacionados com a candidatura nacional. Considerando diversos fatores políticos e, como dito, a clara decadência da primeira República, Getúlio

² As referências históricas foram retiradas da Coleção História do Brasil, Vol. III. Rio de Janeiro: Bloch Editores S.A, 1976.

Vargas assumiu a Presidência do Brasil, por meio de um golpe no dia 3 de novembro de 1930. Deu-se o início a época, que constituiu as bases históricas para a edição do Decreto-Lei 3.365 de 1941.

2.1 A legislação desapropriatória do Império e da Primeira República.

Alicerçados os fatos históricos que culminaram na edição do Decreto-Lei 3.365 de 1941. Neste momento é necessário trazer a baila sobre os detalhes principais da legislação desapropriatória vigente na época da República Velha, antes da assunção de Getúlio Vargas a Presidência e consequentemente, antes da atual legislação.

Nesse período, em um primeiro momento, optou-se em manter as legislações desapropriatórias promulgadas anteriormente. No Império do Brasil vigora a chamada **Lei Geral de 09 de setembro de 1826**, que previa os casos de desapropriação por necessidade e utilidade pública; e antes desse texto já havia sido editado o **Decreto de 21 de maio de 1821**, que fora o dispositivo legal que formalmente institucionalizou a desapropriação no Brasil.³

Na **Lei Geral de 9 de setembro de 1826**, havia procedimentos mais complexos em comparação a atual legislação desapropriatória. Por oportuno, seguindo os preceitos do liberalismo, a Constituição de 1824, reafirmava em seu art. 179, inciso XXII, a importância da propriedade privada e igualmente importante era a definição do valor indenizatório, quando a propriedade era desapropriada para fins públicos⁴.

A distinção mais evidente, entre a legislação desapropriatória pretérita e a atual, era o devido procedimento de verificação de utilidade e necessidade pública, algo que inexistia na legislação contemporânea. Nos casos de desapropriação por necessidade pública, o procedimento era instaurado por requerimento do Procurador da Fazenda Nacional perante o juiz do domicílio do proprietário, nos casos de defesa do estado, segurança pública, socorro público em tempo de

³ VALE, Murilo Melo. Desapropriações: análise crítica do marco legal das expropriações administrativas no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁴ A Constituição Imperial de 1824, menciona o seguinte: Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...)XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

fome ou outra extraordinária calamidade e por final por questões de salubridade pública (art.1º da Lei Geral).⁵

Por sua vez, o procedimento de utilidade pública era também instaurado com requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, mas a verificação da utilidade pública era conferida pelo Poder Legislativo competente (art.2º da Lei Geral)⁶.

Em breve síntese, são estes os aspectos gerais dos procedimentos desapropriatórios dos tempos do Império, que chegou a vigorar até o início do regime republicano.

Mas, como se observa atualmente, o procedimento desapropriatório não era regido apenas por um texto legal, existindo outros procedimentos apartados, mencionando de forma especial; o rito de desapropriação em casos de construção de estradas de ferro – **Decreto nº 816 de 1855**⁷. Esse procedimento desapropriatório era um rito especial sumaríssimo, que previa que em caso de desacordo com relação ao montante da indenização, seria realizada a avaliação a ser decidida por cinco árbitros, dois nomeados pelo proprietário, dois nomeados pela companhia de estrada de ferro, e um árbitro indicado pelo Governo⁸.

Esse procedimento foi posteriormente regulamentado pelo Decreto nº 1664 de 1855. Tal decreto mencionava, em seu art. 2º, que nenhuma autoridade administrativa ou judiciária poderia admitir reclamação ou contestação contra a desapropriação resultante da aprovação das plantas de obras pelo Decreto Imperial.

Seja como for; na República Velha cada estado federado poderia legislar sobre a desapropriação de acordo com suas particularidades⁹. Existindo em conjunto com as legislações dos estados a legislação da União, que também era aplicada para o Distrito Federal¹⁰. Então, em 1903 a União considerou necessário consolidar toda legislação desapropriatória. E isso foi feito, adotando o decreto 1664 de 1855, procedimento sumaríssimo anteriormente utilizado somente para a construção de estradas de ferro, que a partir da consolidação de 1903, passou a ser aplicada para todos os casos de desapropriações da Primeira República, se tornando então o marco geral

⁵ BRASIL, LEI GERAL DE 09 DE SETEMBRO DE 1826. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM991826.htm#:~:text=LEI%20DE%209%20DE%20SETEMBRO,devem%20preceder%20a%20mesma%20desapropria%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 08 mai.2022.

⁶ Ibidem

⁷ BRASIL, DECRETO Nº 816 DE 10 DE JULHO DE 1855. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL816-1855.htm. Acesso em: 19 jun.2022.

⁸ VALE, Murilo Melo. Desapropriações: análise crítica do marco legal das expropriações administrativas no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁹ Ibidem

¹⁰ Distrito Federal existente à época da Primeira República era o atual Município do Rio de Janeiro.

desapropriatório da União e do Distrito Federal. E conseqüentemente, não estava mais previsto para ser utilizado o procedimento de verificação de necessidade e utilidade pública.

Em simples linhas este é o esboço geral dos procedimentos desapropriatórios utilizados no Império, consolidados nos anos iniciais da República, até a outorga do Decreto-Lei nº 3.365 de 1941.

2.2 De 1930 a 1941, da República Social ao autoritarismo

Ao longo deste período de uma década em que Getúlio Vargas exerceu a presidência, o Brasil passou por uma série de mudanças sociais que provocaram novas feições políticas e econômicas ao país. O ano de 1930 em especial, não foi apenas o início de uma mudança política isolada, mas sim marcou o advento de mudanças profundas do comportamento da nação.¹¹ De um país rural, fortemente alicerçado na economia agrícola, passou a ser um país industrializado com sua população passando a viver em centros urbanos.

Primeiramente, Vargas assumiu o governo em 03 de novembro de 1930 como chefe do governo provisório. E, esse governo provisório, como próprio nome sugestiona, teria apenas existência por um curto espaço de tempo, visando “preparar terreno” para a normalidade institucional e posteriormente a promulgação de um novo texto constitucional. Ao contrário que se imaginava, o governo provisório de Vargas, avançava no tempo junto ao seu governo de exceção, o que incomodava especialmente os paulistas, alijados da presidência pelo golpe. Em 1932, motivados por essa situação, eles promoveram a chamada Revolução Constitucionalista, com objetivo de forçar o Governo Federal, a promover a feitura de um novo texto constitucional. Mesmo que a Revolução Constitucionalista, não foi vitoriosa no campo de batalha, no campo político a situação foi inversa, conseguindo que o Governo Provisório, fomentasse a elaboração de um novo texto constitucional, como foi feito, e surgindo diante deste contexto a Constituição de 1934.

A terceira Constituição do Brasil trouxe importantes conquistas reconhecidas até a atualidade como a instituição da Justiça do Trabalho e Eleitoral, e a unificação da legislação de processo civil e penal. Se a primeira Constituição foi influenciada pela Constituição dos Estados Unidos, a Constituição do Brasil de 1934 fora influenciada pela Constituição de Weimer e do México.

¹¹ Durante a presidência de Getúlio Vargas, muitas corporações notoriamente conhecidas no Brasil, foram instituídas, podendo citar como exemplos; a Petrobras, instituída em 1953, e o Banco BNDES, criado em 1952. E também empresas estatais que foram posteriormente privatizadas como a Vale do Rio Doce, atual Vale S.A. (1942) e a CSI – Companhia Siderúrgica Nacional – CSN (1941).

Infelizmente todas as mudanças institucionais que a nova Constituição tentou promover não tiveram tempo para ser implementadas, pois no dia 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas, com a justificativa da existência de um plano comunista para tomar poder, instaurou o chamado Estado Novo no mesmo dia do golpe, foi outorgada a Constituição de 1937.

2.3 A formação ideológica da Constituição de 1937 e do Decreto-Lei 3.365 de 1941

O que é a Constituição? No estudo do Direito Constitucional existem algumas teorias que visam descrever e tentar definir o que é a Constituição e a natureza de seu poder e origem. Neste sentido, destacam-se as três concepções muito disseminadas nos manuais de Direito Constitucional, quais sejam: a concepções sociológica, política e jurídica¹². Seus maiores expoentes foram respectivamente Ferdinand Lassalle, Carl Schmitt e Hans Kelsen. A Constituição na contemporaneidade não tem simplesmente como objeto a estruturação orgânica do Estado, mas também e, sobretudo, a previsão dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e limitação do Poder Estatal.

Infelizmente a Constituição de 1937, que serviu como base para a expedição do Decreto-Lei nº 3.365 de 1941, não seguiu os princípios democráticos norteadores do Estado Democrático de Direito. Esse texto era uma Constituição manifestamente autoritária, com clara predominância do Poder Executivo, ou melhor, do Presidente, aqui compreendido a pessoa do presidente, com relação aos demais poderes. Redigida pelo jurista Francisco Campos, conhecido por advogar o autoritarismo, e valorizar o soberano como ponto gravitacional do Estado, como será melhor demonstrado no decorrer do presente estudo.

Em linhas gerais, a Constituição de 1937, é formada por 187 artigos, que segundo Pontes de Miranda, caberia ao Primeiro Magistrado à coordenação da atividade dos órgãos

¹² Neste sentido, é importante realizar uma breve conceituação dos termos utilizados. No sociologismo constitucional de **Ferdinand Lassalle**, a Constituição representa em essência a soma dos fatores reais de poder, que regem a sociedade. Atuando em conjunto com forças políticas, econômicas e sociais, que ao final, atuando dialeticamente estabelecem a Constituição real e efetiva do Estado. Na concepção política formulada por **Carl Schmitt**, existe uma diferença entre a Constituição e Lei Constitucional. A primeira é uma decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência de unidade política, ou seja, é conteúdo próprio da Constituição o que diz respeito à forma de Estado, à de governo, aos órgãos de poder à declaração de direitos individuais. Tudo o mais – embora possa estar escrito na Constituição, é lei constitucional. Por último, a concepção jurídica de Hans Kelsen, nas palavras de Luís Roberto Barroso, advogava a concepção estritamente jurídica da Constituição ligada ao positivismo jurídico. **BARROSO**, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Michel Temer também menciona o seguinte ao descrever o pensamento de Hans Kelsen, “O sociólogo, o politicólogo, podem estudar a Constituição sob tais ângulos. Mas as suas preocupações são outras (sociológicas, políticas). O cientista do Direito busca soluções no próprio sistema normativo. Daí por que buscará suporte para a Constituição num plano puramente jurídico”. **TEMER**, Michel. Elementos de direito constitucional. 23ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 20.

representativos, seguindo as linhas do art. 73 da Constituição de 1937¹³ ¹⁴. Além do fortalecimento da figura do Presidente, a Constituição *de fato* dissolveu o Estado Federal, restaurando a centralização administrativa, tendo acontecido no dia 19 de novembro de 1937 a queima pública dos estandartes dos Estados federados no Rio de Janeiro.

O contexto internacional a época marcava a ascensão dos regimes totalitários principalmente na Europa, destacando a ascensão das ditaduras na Alemanha (Adolf Hitler), Itália (Mussolini), Espanha (Francisco Franco) e por último Portugal (Antônio Salazar) cujo nome do regime, Getúlio Vargas copiou – Estado Novo. O advento destes regimes totalitários pós Primeira Guerra Mundial marca outra constatação; a queda e enfraquecimento das democracias liberais representativas, permanecendo, agora somente representadas pelo Reino Unido e a França, sendo o último com sua decadente Terceira República.

Diante contexto acima narrado, a Constituição de 1937 foi outorgada entrando no rol das Constituições Brasileiras como o texto mais autoritário, dispensando inclusive a existência de uma Assembleia Nacional Constituinte para a sua feitura. Tal Texto Constitucional, apelidado de “A Polaca” por ter sido inspirada pela Constituição Polonesa de 1935, recebe também a influência da Constituição Portuguesa, da “Carta Del Lavoro” italiana e da Constituição caudilhistas de 1891¹⁵.

Deste modo, não é possível compreender o “verdadeiro espírito” do Decreto-Lei 3.365 de 1941, sem antes compreender pelos menos de forma parcial, a sua Constituição instituidora. De imediato, já pode-se dizer que são dois textos forjados nos mesmos moldes autoritários e antidemocráticos, com clara predominância do Estado sobre os direitos individuais.

Francisco Campos, autor da Constituição de 1937, defende o texto da Constituição assinalando que:

[...] a Constituição de 1937 não é fascista, nem é fascista a ditadura cujos fundamentos são falsamente imputados à Constituição. O nosso regime, de 1937 até hoje, tem sido

¹³ PORTO, Walter Costa. Constituições Brasileiras. Vol. IV. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2015.

¹⁴ Originalmente a Constituição de 1937, tinha o seguinte texto: Art 73 - o Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País. Em 1945, uma nova redação foi colocada em vigor, com a Emenda Constitucional nº 9 de 28 de fevereiro de 1945, mencionando o seguinte: Art. 73 - O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a Administração do País. BRASIL, CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm Acesso em: 19 jun.2022.

¹⁵ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

uma ditadura puramente pessoal, sem o dinamismo característico das ditaduras fascistas, ou uma ditadura nos moldes clássicos das ditaduras sul-americanas.¹⁶

Sobre as circunstâncias internacionais e a reflexão sobre o momento de outorga da Constituição, o citado jurista também afirmou que.

A Constituição de 1937 foi, assim, imposta pelas circunstâncias. A luta política não era apenas uma luta pelo poder dentro dos quadros clássicos de democracia liberal. As ideologias externas que se assenhoreavam no campo de luta tinham como objetivo declarado a destruição tradicional, não somente no domínio político, como no domínio social e econômico. Nesta atmosfera carregada de ameaças a ordem política e social, o Estado seria desarmado diante da aura de agressividade que, como nos ataques comiciais, anuncia a transformação das lutas sociais e políticas, inspiradas por ideologias extremadas, nas convulsões da guerra civil.¹⁷

De maneira geral, Francisco Campos se opunha a visão política representada pelas democracias liberais, com crítica especial aos partidos políticos, dizendo que “Eles pretendem usar da liberdade precisamente para destruí-la”¹⁸. Em vista disso, o seu pensamento acaba recebendo como influência o pensamento político de Carl Schmitt.

Em síntese esses autores mencionam; que, as democracias liberais não estão preparadas para as situações excepcionais que o Estado está sujeito. A crença liberal que a simplesmente “a lei” originada do Parlamento a partir de um processo democrático de promulgação, seria a fonte principal que garantiria a ordem, estava em flagrante declínio, e deveria ser refutada. Em outras palavras o pensamento de Francisco Campos aplicado na Constituição de 1937, faz referência à desordem permanente que o Estado poderia estar sujeito se novas fontes alternativas de poder, não fossem utilizadas para manutenção da ordem. E essas fontes alternativas de poder foram buscadas com o fortalecimento do Presidente. Assim sendo, o chamado constitucionalismo antiliberal é assim sintetizado nas palavras de Rogério Santos, para quem:

Talvez o equívoco da tradição, a qual vê no autoritarismo um conceito político suficientemente explicativo, tenha sido ignorar que o constitucionalismo antiliberal não se constitui somente como uma usina de críticas ao Estado liberal, mas pressupõe um modelo de Estado que pretende uma legitimação democrática distinta da representação parlamentar. Pode-se dizer que ele é, ao mesmo tempo: a) uma crítica ao direito, à política e às instituições liberais; b) uma aproximação constitucional vinculada à idéia de soberania como decisão personificada; c) um modelo de ordem democrática que se realiza pela mobilização irracional das massas por um César; e d) uma reorganização do Estado fundada na *administrativização* (burocratização) da legislação¹⁹.

¹⁶ A CONSTITUIÇÃO DE 1937 E SUA VIGÊNCIA: Entrevista de Francisco Campos ao Correio da Manhã do Rio de Janeiro em 3 de março de 1945. In *Constituições Brasileiras*, – Brasília: Senado Federal, 2015. p. 32.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ SANTOS, Rogério Dutra dos. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, nº 2, p. 281 a 323.2007.

Não suficiente, o mesmo autor também menciona mais adiante que:

Quando se fala de constitucionalismo antiliberal, o elemento distintivo é a possibilidade da suspensão do direito autorizada pelo próprio direito, o que significa que esse constitucionalismo legitima a existência das ditaduras. É deste modo que o Poder Executivo pode exercer a sua vontade livre de restrições jurídicas²⁰.

Tais comentários sintetizam o pensamento de Carl Schmitt, que influenciou Francisco Campos na construção da Carta Política de 1937. A partir do pensamento destes autores, uma nova forma de democracia chamada *democracia substancial* nascia, como mencionado acima, da relação irracional entre o povo e seu César ou soberano. A ascensão do poder das massas e eminente choque entre ideologias colocariam em risco a existência do Estado, e as democracias liberais cujo processo político demandava a incessante discussão para as proposições legislativas, não satisfaziam as aspirações do povo.

A Constituição de 1937 e o Decreto-Lei nº 3.365 de 1941, nasceram desta corrente de pensamento, que promoveu profunda crítica ao regime democrático liberal e aos valores democráticos vigentes na atualidade, e também a total desconfiança de suas instituições, como o Poder Legislativo²¹. Em nenhum momento do Decreto-Lei 3.365, existe a participação do Poder Legislativo na discussão do interesse público envolvido, sendo menos democrática em comparação com a legislação imperial, que previa o procedimento administrativo de verificação do interesse público envolvido, conforme estudado na segunda seção.

Colaborando com as informações desenvolvidas acima, Roberto Bueno afirma que:

Para Campos o Parlamento era à semelhança de Schmitt, uma instituição vestusta e acabada, reclamando que já “ninguém, hoje, tem dúvida de que o meridiano político não passa mais pelas suas antecâmaras ou pelas suas salas de sessões. O centro de gravidade do corpo político não está ali onde reina a discussão, mas sim onde impera a vontade”, mesmo porque, como recorda Alberto Torres, as discussões parlamentares constituem um cenário que não passa de uma fictícia luta política²²

A supremacia do poder do Presidente era necessária, e seus poderes deveriam ser ampliados e perenes para a manutenção da ordem. Em continuidade com o pensamento de Schmitt, o estudo

²⁰ Ibidem

²¹ O art. 8º do decreto-lei 3.365 estabelece a competência do Poder Legislativo em iniciar o processo de desapropriação, devendo, contudo, o Poder Executivo realizar os atos necessários para a efetivação. Tal dispositivo é a única previsão que menciona a participação do Poder Legislativo no Decreto-Lei. Mas, esse artigo diz respeito apenas à desapropriação que seja do interesse do Legislativo, na qualidade de Poder independente. Não sendo, a desapropriação de utilidade pública tratada pela pelo Decreto.

²² BUENO, Roberto. Francisco Campos e o conservadorismo autoritário. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019. p. 137.

da teoria política deste período histórico, não poder ser compreendida sem a definição da *exceção*²³.

A autoridade de todo o direito era em grande parte definido pelo conceito da *exceção*, reforçando inclusive que o soberano “é quem melhor define o estado de exceção”. Neste sentido, afirma Rogério Dutra dos Santos, que:

A fraqueza do regime democrático-liberal, a suposta ameaça comunista e a necessidade da construção de uma ordem jurídica flexível o bastante – com poderes emergenciais suficientemente amplos – para enfrentar os desafios de um tempo marcado pelas agitações grevistas e de caráter ideológico, eram a tônica do tempo²⁴.

Como dito, a ineficiência do regime liberal, não era mais viável. Em vista disso; Francisco Campos comenta que “É necessário que nos antecipemos dos acontecimentos, se não queremos ser violentados por eles. Nisto consiste a função da política”²⁵.

O século XX experimentou a época dos grandes acontecimentos políticos, sociais e econômicos, como por exemplo, o choque entre nações e de ideologias na Primeira e Segunda Guerra Mundial e novos centros de poder em conflito, criando a sensação de anarquia. Como dito, no prelúdio da Segunda Guerra apenas duas nações europeias no ocidente permaneciam como democracias liberais²⁶, e nesta desordem política e normativa, apenas as ditaduras pareciam à solução, como *estado de exceção*.

Continuando a reflexão, o primeiro aspecto crítico que se pode traçar sobre o Decreto-Lei nº 3.365 de 1941, já é visível logo no seu início, tanto do ponto de vista simplesmente político quanto de questões intrinsecamente formais. Antes do art. 1º do decreto-lei, é mencionada a

²³ A conceituação da exceção no pensamento de Carl Schmitt é definido nas palavras de Norberto Bobbio da seguinte maneira: Ao jurista Hans Kelsen, que encerra o grande período da jurisprudência pública alemã, contrapõe-se o cientista político Carl Schmitt, para o qual é soberano "quem decide acerca do Estado de exceção", aquele Estado de exceção no qual se faz necessário o desvio da regra e da normalidade, suspendendo-se o ordenamento jurídico, a fim de manter a unidade e a coesão política, uma vez que *salus rei publicae suprema lex est*. Em suma, o verdadeiro soberano tem um *ius speciale*, alguns *iura extraordinaria* que não consistem tanto no monopólio da lei e da sanção, segundo as velhas teorias, quanto principalmente no monopólio da decisão do Estado de emergência, perceptível somente em casos-limites, excepcionais. Porém, se é soberano quem decide, em Estado de necessidade, para manter (ou criar) a ordem, para restabelecer uma situação normal na qual o ordenamento jurídico tenha sentido, há duas alternativas: ou o soberano se situa fora do ordenamento, podendo suspendê-lo; ou se encontra preso ao ordenamento, no caso em que este prevê a existência de tal poder. BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Vol.1. 1 ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 1184-1385

²⁴SANTOS, Rogério Dutra dos. Circulação e apropriação do conceito de ditadura constitucional no Brasil. In BUENO, Roberto. Francisco Campos e o conservadorismo autoritário. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019. p. 25.

²⁵ PORTO, Walter Costa. Constituições Brasileiras. Vol. IV. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2015.

²⁶ Reino Unido e a República Francesa

previsão constitucional, no qual, o decreto extrai sua fonte instituidora – o art. 180 da Constituição de 1937. O texto da mencionado tem a seguinte previsão.

Art. 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União²⁷.

Comentando sobre o art. 180 da Constituição de 1937, André Ramos Tavares, menciona:

A Carta disponha que, até a data do plebiscito, renovar-se-ia o mandato do então Presidente da República (art. 175) e, somente após o plebiscito, realiza-se-iam as eleições para o Parlamento Nacional, dissolvido quando da sua promulgação (art.178). Lembre-se que, pelo art. 180, enquanto não se reunisse o Parlamento, o Presidente poderia legislar, por meio de decreto-leis. Ou seja, não se realizando o plebiscito, mandato do Presidente renovar-se-ia eternamente, não haveria Poder Legislativo e suas funções ficariam concentradas nas mãos do chefe do Executivo²⁸.

Analisando o comentário doutrinário supramencionado, ficam evidentes as bases antidemocráticas, nas quais, o Decreto-Lei nº 3.365 de 1941 se assenta. O golpe de Estado que outorgou a Constituição de 1937, em 10 de novembro de 1937, também o promoveu o fechamento do Congresso Nacional de 1937, até 1946, fazendo que o Presidente fosse de fato o único legislador e executor desta legislação.

A influência de Carl Schmitt encabeçada no presente estudo por Francisco Campos na Carta Política de 1937, mais uma vez se mostra evidente. Diante deste contexto como é possível que o Decreto-Lei nº 3.365 de 1941, continue vigente até presente momento? Não se pode realizar a reflexão dos artigos 9º e 15, ocultando as origens do próprio decreto. Há dúvidas, inclusive, sobre a vigência da própria vigência da Constituição de 1937.

O art. 187 da Carta de 1937, assim dispõe:

Art 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República²⁹.

Acontece que este plebiscito nacional nunca ocorreu, e, conseqüentemente a vigência deste Texto Constitucional nunca ocorreu de fato. Em 1945, Francisco Campos, principal artífice da Constituição, fez o seguinte comentário, em entrevista no jornal Correio da Manhã.

Ora, não se tendo realizando o plebiscito dentro do prazo estipulado pela própria Constituição, a vigência desta, que antes da realização do plebiscito seria de caráter

²⁷ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm Acesso em: 05 jun.2022.

²⁸TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 99.

²⁹ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm Acesso em: 05 jun.2022.

provisório, só se tornando definitiva mediante aprovação prebiscitária, tornou-se inexistente. A Constituição de 1937, não tem mais, portanto, vigência constitucional. É, como já dissemos, um documento de caráter puramente histórico e não jurídico³⁰.

Se a Constituição de 1937, nunca se tornou vigente, então necessariamente, todos os atos que dela decorrem, não deveriam ser igualmente vigentes³¹. Infelizmente, não é objeto desse artigo traçar maiores desdobramentos sobre esta questão, apesar desta discussão de jurídica ser de elevada importância para o Direito Constitucional e Administrativo pátrios.

Fica evidente, em breve síntese, quais principais bases históricas do decreto-lei 3.365 de 1941. Ele foi oficialmente instituído, sob as mãos de um Presidente, que forjou com levante, deflagrou um golpe, outorgou uma constituição e fechou o Parlamento. Tais constatações podem ser interpretadas unicamente do ponto de vista histórico, sem que atualmente, se dê importância para tais fatos, do ponto de vista dos efeitos jurídicos. Para refletir ainda mais sobre a *vigência em si* do decreto, adiante serão realizadas reflexões sobre a recepção da atual lei desapropriatória, em conjunto com os valores constitucionais que são importantes dos dias de hoje.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ART. 9º E 15 DO DECRETO-LEI 3.365 DE 1941 COMPARADOS.

A Constituição Federal de 1988, em comparação com a Constituição de 1937, originou-se de fontes notoriamente mais democráticas e republicanas. Não só pelo aspecto de ter sido construída e discutida por uma Assembleia Nacional Constituinte, mas também porque foi também elaborada de forma indireta por todos os cidadãos. De certa forma o advento da Constituição de 1988, é um texto de forte simbolismo, por se originar, sobretudo de um sentimento de “catarse política”, intentando colocar um termo final, a todos os regimes exceção que a antecederam; não só a Ditadura Militar (1964-1985), mas também a ditadura do Estado Novo (1937 – 1945) de Getúlio Vargas, que especialmente é tratada no presente artigo.

A importância de valorização da Constituição para fins de condução da reflexão aqui traçada, não é apenas para referência normativa de uma legislação hierarquicamente superior, mas sim,

³⁰ PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras*. Vol. IV. 3. ed., Brasília: Senado Federal, 2015. p. 38.

³¹ Segue trecho do parecer da Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro publicado no *Correio da Manhã* no dia 3 de março de 1945. Não se realizando em tempo hábil o plebiscito geral, que daria vida e vigor à Carta de 10 de novembro, tornou-se, não uma Constituição, mas uma norma de fato, imposta pelos detentores do poder, os quais falece o Poder Constituinte, atributo do povo soberano, nos próprios termos da Carta em questão. A *CONSTITUIÇÃO DE 1937 E SUA VIGÊNCIA*: Parecer da Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro, publicado no *Correio da Manhã* no dia de 03 de março de 1945. In *Constituições Brasileiras*, – Brasília: Senado Federal, 2015.

comparar a legislação do decreto-lei 3.365 de 1941, e especialmente seus art. 9º e 15, com a Norma *por excelência*, a aspiração viva dos novos valores fundamentais políticos e jurídicos do povo brasileiro. Como bem ilustra Egon Moreira e Bernardo Guimarães, o Direito Constitucional e o Direito Administrativo estão intrinsecamente ligados. Afirmam os autores que.

Estudar o Direito Administrativo é estudar o Direito Constitucional em ação, é estudar “o estatuto jurídico do político” (Gomes Canotilho) quando de sua aplicação dinâmica dos fatos da vida. Aqui se exige do jurista uma compreensão que leve em conta não só aquilo que foi tornado celebre em decorrência de sua alta qualidade científica, mas também a tentativa da construção do novo³².

Desta maneira, a construção de novo, a partir da análise da recepção dos artigos 9º e 15 decreto-lei 3.365 de 1941 se esbarra em inúmeros desafios jurídicos, e vários destes desafios presente trabalho busca averiguar. Dito isto, antes que se possa explorar a principal questão aqui levantada, é oportuno e conveniente seja analisado o instituto da recepção, conforme o entendimento doutrinário atual.

Como breve reflexão inicial requer-se ao leitor como ponto de partida a tentativa de compreensão, ou melhor, dimensão de do sistema jurídico pátrio, uma consideração sobre a quantidade de legislações vigentes; tais como as leis propriamente ditas, decretos, resoluções, portarias, e demais instrumentos legais que decorrem da Constituição, como a legislação infraconstitucional. Neste sentido, seria um trabalho dispendioso se *todas* as leis tivessem que ser novamente editadas após a entrada em vigor de uma Constituição recém - promulgada. No Brasil tal constatação não é de todo, apartada da realidade. O próprio Decreto-Lei 3.365 de 1941, já esteve vigente em concomitante a quatro distintas Constituições.

Pretendendo trazer segurança jurídica para ordem legal na situação de mudança da Carta Política Fundamental, foi formulada a teoria da recepção. Em simples frase; a teoria da recepção opera-se quando normas vigentes e instituídas antes da assunção de uma nova Constituição, que sejam materialmente compatíveis com a última, ganham um novo fundamento de validade e são recepcionadas³³.

Por mais que a definição seja aparentemente simples, este tema já foi bastante discutido e os parâmetros mais refinados para a caracterização da recepção precisam ser melhor explicados,

³² MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A desapropriação no Estado Democrático de Direito. In: ARAGÃO, Alexandre; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 593-618.

³³ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 2. ed., São Paulo: Método, 2008.

para evitar a confusão com outros fenômenos jurídicos pertinentes, tais como, de sucessão intertemporal e as teorias ligadas a controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Com esse ponto de partida, Renato Herani afirma que há cerca de cinco teorias ou visões acerca dos efeitos da teoria da recepção: a recepção como inconstitucionalidade superveniente; como revogação por sucessão intertemporal, como decorrente de inconstitucionalidade; como inexistência de lei e a última a afirmação substancial segundo a opção político-constitucional³⁴.

O presente artigo não almeja aprofundar sobre as teorias a respeito da caracterização e dos efeitos da recepção. Neste momento, para fins de direcionamento de entendimentos, o mais adequado é assinalar as diferenças notórias entre a teoria da recepção e inconstitucionalidade, apesar de alguns doutrinadores não considerarem que sejam *essencialmente* diferentes.

Como subsídio para os esclarecimentos a seguir, concorda-se com a distinção feita por André Ramos Tavares, que considerou que a inconstitucionalidade é fenômeno jurídico de nuances diferentes, comparada com a recepção. Uma lei considerada inconstitucional normalmente entra em vigor quando a Constituição parâmetro, já está igualmente promulgada e vigente. Já a recepção é *essencialmente*, a inquirição de atos normativos que já estavam em vigor antes da Constituição parâmetro. Em outras palavras; a fonte primordial ou Constituição instituidora era outra. Dito isso, a recepção e a inconstitucionalidade são institutos diferentes por um fator temporal, mas não se resume apenas nisto. Para André Ramos Tavares, o verdadeiro objeto da questão está ligado ao plano de existência das normas. Assim sendo, o autor menciona que:

O problema situa-se, pois, no plano da existência das normas. É que ocorre um fenômeno peculiar no caso: a novação da legislação anterior que esteja em compatibilidade com a novel Constituição. Assim, há uma avaliação, do ponto de vista da conformidade das normas anteriores com a Constituição posterior, para fins de admitir aquelas que não sejam incompatíveis. Ou, em outros termos, há uma avaliação das normas anteriores de acordo com os requisitos da validade da nova Constituição. Se desconformes, simplesmente se desconsidera sua existência. São reputadas, para todos os efeitos como não normas. Vale, no caso, em toda a sua intensidade, o princípio de que a Constituição inaugura uma nova ordem jurídica e a anterior simplesmente desaparece, como tal, ou seja, é desconstituída como fenômeno jurídico (remanescendo apenas como acontecimento histórico)³⁵.

Para o Jurista, a norma existente, uma vez não estando de acordo a com a novel Constituição, simplesmente não existe para todos os efeitos. Não é uma questão de inconstitucionalidade, muito menos uma questão estritamente temporal de “lei posterior derroga a anterior”, mas sim

³⁴ HERANI, Renato Gugliano. **Direito pré constitucional e a “crise do supremo”**, Brasília a. 46 n° 182, abril/jun. 2009.

³⁵ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.p. 286.

a recepção ganhando contornos próprios ligados à própria existência da norma, que para todos os efeitos nunca existiu quando não recepcionada. Não cabe inclusive, a apresentação de ação declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade³⁶. Então, definidos as características básicas e principais contornos doutrinários a respeito da recepção, seguira a diante, o estudo comparativo e crítico a respeito do art. 9º e 15 do Decreto-Lei 3.365 de 1941.

3.1 O estudo da recepção do art. 9º do Decreto-Lei 3.365 de 1941

Refletindo de sobre o direito de propriedade, pode-se considerar como uns dos direitos mais reverenciados ao longo da história. Mas, como todo direito; a sua incidência não pode ser aplicada de forma absoluta e desmedida.

Por isso, os constituintes entenderam ser apropriado limitar o direito de propriedade, a fim de valorizar, a sua função social. Em outras palavras, como ilustra José dos Santos Carvalho Filho, “[...] a garantia do direito de propriedade (inciso XXII) só tem aplicabilidade concreta se conjugada com o fim social da propriedade (inciso XXIII). Esta, pois é a outra perspectiva do instituto”.³⁷

A desapropriação, acima de ser um instrumento simplesmente burocrático, garante que o Estado tenha condições, após averiguado o interesse público envolvido, de satisfazer os anseios da sociedade, desde o combate de calamidades e outros fatos intempestivos, por meio da declaração de desapropriação por necessidade pública, até interesse mais amplos e gerais, como a construção de escolas, hospitais, entres outros prédios públicos que satisfaçam a utilidade pública.

Neste sentido, é necessário realizar uma breve síntese do procedimento desapropriatório, para compreender as críticas que se podem ser feitas ao art. 9º do decreto-lei.

Primeiramente, se existe um processo judicial de desapropriação, quer dizer que o procedimento administrativo não foi frutífero em alcançar um acordo com o particular, e assim assumir a propriedade do bem em questão. Seguindo as lições de Hely Lopes Meirelles³⁸, a desapropriação só se inicia, com o acordo no procedimento administrativo ou a efetivação da

³⁶ Atualmente a discussão sobre recepção de ato normativo anterior ao texto constitucional é realizada por ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com base no art. 1º inciso I da Lei nº 9882/1999.

³⁷ CARVALHO FILHO. José dos Santos Carvalho Filho. **Propriedade, Política Urbana e Constituição**. Revista da EMERJ, V. 6, n. 23, p. 168-185, 2003.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

citação no processo judicial. A, assinatura do decreto de desapropriação, é um ato-condição que precede a transferência do bem. O Juiz, no bojo dos autos de uma ação expropriatória exercerá duas atuações distintas: a), homologatória, quando o particular concordar com o valor firmado, a despeito de ter negado no procedimento administrativo; b) Contenciosa, quando o proprietário não concorda com o valor pactuado, deixando a cargo do Magistrado a sua definição, bem como das demais querelas que possam advir³⁹.

Uma vez iniciada a fase processual judicial, a petição inicial deve respeitar os requisitos previstos no Código de Processo Civil, devendo constar o valor da oferta, além de ser instruídas com outros documentos pertinentes como cópia do decreto e os contratos pertinentes (art.13). Após o recebimento da inicial, o Juiz nomeará um perito de sua confiança para proceder à avaliação do imóvel (art.14). Se o Poder Público propuser a ação com declaração de urgência, o Juiz deve decidir no despacho inicial a imissão provisória na posse, devendo ser realizada também a prévia intimação do expropriado (art.15).

Na defesa do particular – a sua contestação, ele poderá concordar com o preço ou impugnar. Não havendo concordância sobre o valor da indenização o perito técnico deverá apresentar um laudo de avaliação em até cinco dias antes da audiência de instrução e julgamento agendado pelo juiz. Da sentença do magistrado caberá apelação. Se o apelante for o Poder expropriante, a apelação deverá ser recebida com efeito suspensivo e devolutivo, se for o particular, apenas com efeito devolutivo⁴⁰. O depósito da quantia pecuniária expedirá o mandado de imissão na posse. Em linhas gerais, esse é o processo judicial de desapropriação de acordo com o Decreto-Lei 3.365 de 1941.

Partindo neste momento para a análise do art. 9º do decreto-lei 3.365 de 1941, o artigo da lei prevê o seguinte:

Art. 9º Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública⁴¹.

Sobre esta previsão legal, Hely Lopes Meirelles, fez o seguinte comentário: “Neste processo é vedado ao juiz entrar em indagações sobre a utilidade, necessidade ou interesse social declarando como fundamento da expropriação (art.9º) ou decidir questões sobre o domínio ou

³⁹ VALE, Murilo Melo. Desapropriações: análise crítica do marco legal das expropriações administrativas no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁴⁰ Ibidem

⁴¹ BRASIL, DECRETO-LEI Nº 3365 DE 21 DE JUNHO DE 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm Acesso em: 05 jun. 2022;

posse”⁴². Faz-se a ressalva que por meio da chamada ação direta (art.20 do decreto-lei) é possível discutir outras questões pertinentes.

Murilo Mello Vale, também traz luzes para a hermenêutica do art. 9º do decreto, mencionando o seguinte:

Ao contrário do que possa induzir, esse artigo tem o condão de afastar o Poder Judiciário a competência para afirmar se uma pretensão expropriatória encontra, ou não, guarida na Lei Geral de desapropriações. De fato, existe uma profunda diferença entre (I) verificar se existe utilidade pública que justifique a desapropriação e (II) decidir se o caso mencionado no decreto desapropriatório se enquadra enumeração da Lei (CRUZ, 1941, p. 53), ou se o motivo expropriatório apresentado é pertinente com a realidade objetiva verificada. Com efeito, não cabe ao Poder Judiciário analisar se uma obra deve, ou não, ser realizada em vista a uma finalidade pública⁴³.

O autor ainda pontua que somente a Administração Pública pode considerar conveniente ou não o início ou o prosseguimento da desapropriação. Mas tal prerrogativa da Administração não afasta a incumbência do Poder Judiciário de realizar o controle de legalidade, em cumprimento o mandamento Constitucional contido no art. 5º, inciso XXXV, qual seja, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a saber:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;⁴⁴

Mas, se o Poder Judiciário não pode averiguar se a pretensão desapropriatória encontra-se guarida na lei, teoricamente o artigo 5º, inciso XXXV, não tem sua aplicação efetiva e plena. Existe uma lacuna, um “ponto cego” onde os Magistrados não podem realizar o controle de legalidade, o controle de legalidade da própria conveniência da desapropriação.

O devido procedimento de verificação dos casos de necessidade e interesse público ofereceria luzes ao interesse público invocado. E deixaria claro as motivações da escolha do bem a ser expropriado, considerando também que vivemos em uma sociedade democrática, e o povo tem prerrogativa de saber previamente e comprovadamente, como e quando o interesse público é

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 742.

⁴³ VALE, Murilo Melo. Desapropriações: análise crítica do marco legal das expropriações administrativas no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁴⁴ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 jun.2022.

reivindicado para retirar a propriedade alheia⁴⁵. Deve-se atentar inclusive para o fato que os recursos públicos são mobilizados para o pagamento ao antigo proprietário.

Seja como for, a leitura do art.9º, não pode ser interpretada sem a sua leitura em conjunta com o art. 20 do decreto-lei, que fala sobre a contestação do particular e a impossibilidade de discutir outras questões que não sejam algum vício no processo judicial, ou a impugnação do preço. A grande celeuma a respeito da chamada “ação direta”, está ligada a celeridade processual, uma vez que prevê a necessidade de aforamento de nova ação intentando discutir algum questionamento, quando poderia ser observado pelo Poder Judiciário nos próprios autos de desapropriação⁴⁶.

A lesão ao direito do expropriado, não advém necessariamente, da falta de indagação sobre a utilidade, ou necessidade da desapropriação do bem, mas sim, da absoluta falta de defesa apropriada no âmbito do processo judicial. A única previsão que autoriza outras discussões que não seja os vícios e questões pecuniárias, - a ação direta, deve ser ajuizada de forma apartada da ação principal de desapropriação, como visto acima. Algo que demandaria tempo e novas dilações probatórias, novos pagamentos de custas, honorários advocatícios, que com certeza; do ponto de vista do particular, seria extremamente dispendioso. Tudo para ao final, possivelmente se converter em perdas e danos, e entrar na fila de recebimento dos precatórios, considerando também a impossibilidade de reivindicação do bem, conforme o art. 35 do Decreto-Lei.

Portanto, por todas as razões expostas, o art. 9º não deveria ter sido recepcionado, não por simplesmente considerá-lo de forma isolada, mas na verdade, por ser “a norma visível ou principal” de um amplo espectro de poderes e de prerrogativas que o Estado unilateralmente os

⁴⁵ Tal constatação também não pode ser analisada de forma apartada do que menciona a Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999), que menciona em seu art. 2º, que a Administração Pública, obedecerá entre outros os princípios da motivação, contraditório e ampla defesa. Deve-se se questionar se o atual procedimento desapropriatório está em harmonia com estes princípios. Aparentemente não estão, ressalvado o caso de uma reinterpretação do Decreto-Lei 3.365 de 1941, à luz destes princípios. Ao final, deve-se trazer à baila o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, pois se a desapropriação deve ser sempre invocada nos casos de necessidade e utilidade pública, não existem outros meios mais apropriados que garantem que o interesse público seja satisfeito que não sejam a retirada unilateral da propriedade do particular. Na atual lei de regência, tal indagação nunca será respondida, pois a discussão do mérito e do interesse público envolvido não é realizada. Contudo, é sabido que existem situações extraordinárias em que seria gravoso ao interesse público se em todo o procedimento desapropriatório fosse verificado o interesse da sociedade. Deveria existir um procedimento sumaríssimo para esse fim. De todo modo, o procedimento de desapropriação como existente atualmente no Decreto-Lei 3.365 de 1941, deveria no máximo ser a exceção, e não a regra.

⁴⁶ Vale a pena dizer que no Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 4º e 6º foi prevista a duração razoável do processo e o dever de cooperação entre os sujeitos do processo, para que tenham, em tempo razoável uma decisão de mérito justa e efetiva.

utiliza para retirar a propriedade do cidadão. O indivíduo certamente terá meios muitos escassos de defesa de seu patrimônio e sem nenhuma discussão do interesse público envolvido, que poderia perfeitamente suscitar na “simples” qualidade de cidadão. Neste sentido, o art. 9º, seria mais legítimo e justo se o interesse público reivindicado no decreto de desapropriação fosse apurado, por meio de um procedimento específico anterior à instauração do procedimento administrativo, e logicamente anterior ao processo judicial.

Muitos que advogam a constitucionalidade do art. 9º com o argumento de celeridade, tomam premissas equivocadas, como esclarece por Florivaldo Dutra de Araújo, a saber:

O primeiro aspecto que chama atenção nessa argumentação é a pressuposição de sempre “ser necessária a celeridade para a transferência do bem”. No entanto, essa circunstância pode ou não ocorrer. Tanto que a própria LGD estabelece o prazo de cinco anos para que a Administração Pública tome providências para efetivar a desapropriação, em via administrativa ou judicial (art. 10). E caso exista a urgência, a solução específica é dada pela LGD, conforme adiante será visto, mas sem a necessidade de coartar o direito de defesa do expropriado⁴⁷.

Elucidados todos estes pontos, não é possível considerar que o art. 9º da LGD encontra guarida constitucional. Principalmente, pela clara disposição da Constituição em seu art. 5º, inciso XXXV, que permite que toda ameaça de direito seja discutida pelo Judiciário, considerando sobretudo que tal disposição constitucional é de eficácia imediata. Qualquer tipo de interpretação do art.9º, não está de acordo com a Constituição.

3.2 O estudo da recepção do art.15 do Decreto-Lei 3.365 de 1941

Tão controverso, como o artigo anterior se mostra o art. 15 do Decreto-Lei 3.365 de 1941, que prevê a possibilidade de imissão provisória na posse por parte do Estado, quando é alegada urgência em se expropriar o bem e depositado pelo Poder Público a quantia arbitrada. Duas principais discussões surgem da leitura do art. 15 e seus parágrafos: primeiro o próprio instituto da imissão provisória na posse e, em segundo lugar a definição dos procedimentos dos valores a serem pagos ao particular que cumpririam o mandamento constitucional da justa indenização.

A seguir será feita uma breve pesquisa sobre à justa indenização no contexto da imissão provisória na posse, tomando por base o estudo de Murilo Melo Vale.

⁴⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra. A Lei Geral da Desapropriação em Face da Constituição de 1988. *In* Estado e Propriedade, Estudos em Homenagem a Professora Maria Coeli Simões Pires/Coordenação: Maria Tereza Fonseca Dias, Maria Elisa Braz Barbosa, Mila Batista Leite Corrêa da Costa, Caio Barros Cordeiro. Prefácio de Antônio Augusto Junho Anastasia, Belo Horizonte, 1. ed., p. 301-319, 2015. p. 313.

A Constituição Federal, no seu art. 5º inciso XXIV, prevê a desapropriação por necessidade e utilidade pública mediante a justa e previa indenização. Esse é o mandamento constitucional, podendo-se discutir os parâmetros de definição da quantia no processo judicial; que conforme discutido na seção anterior deste trabalho, é uma das poucas hipóteses de defesa que o particular tem à disposição. Na presente análise, seria um gravame muito excessivo ao cidadão, perder o seu bem de maneira sumária, e ainda receber o valor muito aquém do que efetivamente vale.

Hodiernamente, o Poder Público deposita a quantia, tomando por base o valor venal do imóvel constante no respectivo cadastro imobiliário, que é usado também como referência para definição do valor do IPTU. É sabido, e de conhecimento notório, que os valores constantes nos cadastros imobiliários, são em sua maioria defasados e não atualizados. Então, a previsão legal do art. 15 § 1º do Decreto-Lei nº 3.365 de 1941, prevê que o particular pode suportar o ônus da perda de um bem, que dificilmente encontraria outro com características similares; e ainda permite receber o valor desatualizado do imóvel. Tal previsão legal não pode ser considerada constitucional, ou melhor, recepcionado pela Constituição. Para Murilo Melo Vale:

Desta feita, é de se concluir que o § 1º, do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/1941, se aplicado incondicionalmente, é inconstitucional, porque vai de encontro à garantia da previdência da justa indenização e ao Princípio Democrático, pois refletiria uma conduta antissolidária do Estado imposta à revelia da consideração do legítimo interesse do particular envolvido⁴⁸.

Continuando as reflexões trazidas por Murilo Melo Vale, é oportuno deixar consignado que na opinião do autor, não é a provisoriedade que autoriza a imissão provisória na posse, mas sim a urgência do uso do bem. Então, existe uma impropriedade em dizer que se trata de uma imissão provisória, quando o *animus* da imissão; é a posse definitiva por parte do Poder Público. Se a posse é definitiva, levando também em consideração a impossibilidade de reivindicação do bem já incorporado a Fazenda Pública, é extremamente gravoso ao particular a perda do bem, somente ancorado o valor no valor venal, como demonstrados alhures.

Outra reflexão sobre o tema; trazida pelo Ministro Luís Roberto Barroso discute a questão da *reserva legal qualificada*, que abrangem situações em que os direitos fundamentais são restringidos a partir de seu escopo, objeto ou finalidade definidos na própria Constituição⁴⁹. E o direito de propriedade excepcionado pela desapropriação, a partir da justa e previa

⁴⁸ VALE, Murilo Melo. Desapropriações: análise crítica do marco legal das expropriações administrativas no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 105.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto Barroso. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 9. ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020.

indenização é matéria de uma reserva legal qualificada, não podendo outros meios legais e entendimento jurisprudencial realizar limitações, que deveriam estar previstas expressamente na Carta Magna⁵⁰.

Portanto, é necessário refletir se o particular deve, sozinho, sempre nos casos de desapropriação, suportar o ônus da perda de seu patrimônio, com justificativa no interesse público, que é apenas invocado, mas não comprovado⁵¹.

A crítica principal deve também ser realizada ao próprio instituto da imissão provisória na posse, visto que aparentemente não está em acordo com os direitos e garantias, trazidos à baila pela Constituição.

Neste sentido, o art. 15 Decreto-Lei nº 3.365 de 1941, estabelece uma prerrogativa do Poder Público, que não encontra guarida Constitucional, se atendendo para o conteúdo do art. 5º da Constituição Federal, notadamente os seus incisos XI⁵² e LIV⁵³. Devendo também deixar claro, que como já discutido no estudo do art. 9º, que esses incisos do dispositivo constitucional, são dotados de eficácia imediata (art. 5º § 1º da Constituição)

A aplicação do art. 15, e de seu parágrafo 1º, esse último legitimado pela Súmula nº 652 do STJ, foi recepcionado pela Constituição? No estudo trabalhado no presente artigo, a de concluir que não⁵⁴. É flagrante que as disposições do art. 15, não estão de acordo com a atual Carta

⁵⁰ A partir desse argumento deve-se questionar o conteúdo da Súmula 652 do STF que considerou constitucional o § 1º, do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/1941, quando pela reserva legal qualificada todas as limitações do direito previsto no art. 5º, inciso XXIV da Constituição devem estar enunciadas no próprio Texto Constitucional.

⁵¹ Sobre tal constatação é necessário, por oportuno, uma observação. O ministro Luís Roberto Barroso menciona que os direitos fundamentais são tratados como regra geral como princípios, não existindo em tese nenhum direito absoluto ou ilimitado. Destarte, levando em consideração tal reflexão; é necessário também indagar sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que é invocado quando exarado o decreto de desapropriação para aquisição compulsória da propriedade particular. Tendo em vista, as prerrogativas do Poder Público no contexto desapropriatório, pode-se que considerar que o princípio da supremacia do interesse público é utilizado de maneira “quase” absoluta, sendo um princípio “maior” e inquestionável, devendo o particular se limitar a receber a “justa” e previa indenização. Segundo a teoria dos princípios de Roberto Alexy, aclamada na jurisprudência pátria, os princípios não são absolutos podendo sofrer ponderação, ou em outras palavras “dosagem” em sua aplicação no caso concreto. Fica deste modo, a indagação? Será que o instituto da desapropriação tal como expresso no Decreto-lei nº 3.365/1941 o interesse público, não é reivindicado de maneira absoluta, sem o juízo ponderado e razoabilidade? Ou seja, neste caso não observa a teoria dos princípios.

⁵² Constituição Federal art. 5º inciso XI - 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.

⁵³ Constituição Federal art. 5º inciso LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁵⁴ Na obra Tratado de Direito Municipal, no 30º capítulo que trata dos loteamentos urbanos e desapropriação o autor menciona o seguinte: A imissão provisória é uma desapropriação antecipada. De nada adianta ser o proprietário no cartório de imóveis se no imóvel já foi construída uma obra pública. Na prática, a perda da propriedade se dá com a perda da posse. Por isso, deve-se pagar ao proprietário, quando da perda da posse, valor mais próximo possível da justa indenização. O art. 15, §1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, porém, considera suficiente

Magna. Pelo simples fato que a sua incidência sobrepuja os direitos fundamentais presentes no art. 5º, de forma especial os incisos mencionados acima. Não há como não considerar que a Administração Pública não faz uso de prerrogativas na desapropriação, mais sim de verdadeiros privilégios, deixando os cidadãos totalmente desprotegidos no âmbito desapropriatório das égides constitucionais, consubstanciada no devido processo legal e nos direitos fundamentais.

4. CONCLUSÃO

Percorrido todo este arcabouço histórico, fático e legal, foi definido todo repertório ideológico que cerca o Decreto-Lei 3.365 de 1941, e em especial seus artigos 9º e 15. A tarefa de tentar pelo menos em parte; deixar às claras toda a gênese por traz da criação da Lei Geral de Desapropriações pretende acrescentar ao debate que já havia sido feito pela doutrina, novos argumentos acerca da recepção e vigência do Decreto-Lei em questão.

Como visto, a atual lei de regência das desapropriações por necessidade e utilidade pública, foi outorgada em um contexto histórico muito distinto do atual, um período do início da Segunda Guerra Mundial, marcado por grandes mudanças internas e externas. Neste momento histórico, diante do perene choque de ideologias e interesses parecia insustentável a permanência dos regimes liberais alicerçados na democracia representativa. Um a um, os países democráticos foram caindo, para dar lugar a novos regimes totalitários. Nesta toada, o Brasil viveu seu regime de exceção - o Estado Novo (1937-1945). Influenciado pelo pensamento de Carl Schmitt, Francisco Campos, principal artífice da Constituição de 1937, forjou um novo modelo constitucional para Brasil, notadamente antidemocrático e antiliberal, no qual, todo poder emanava do Soberano – o Presidente.

Não é surpreendente que a principal legislação desapropriatória tenha sido igualmente influenciada pelo pensamento antidemocrático de Francisco Campos. Aliás é perceptível o paralelo que se faz entre a Carta de 1937 e o decreto-lei 3.365 de 1941. Primeiramente, a tarefa de identificação do interesse público envolvido é somente realizada pelo Chefe do Poder Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), tal característica é claramente uma influência

para o deferimento da imissão o depósito do valor indicado na planta do IPTU, ainda que esse valor seja muito inferior ao valor de mercado (*rectius*, valor venal). O STF, em equívoco atroz, considera o dispositivo constitucional (Súmula nº 652). Impõe-se interpretação conforme à Constituição: a imissão na posse só é válida se condicionada ao depósito do valor integral da indenização fixada em perícia prévia. Se, quando da realização da perícia definitiva, constatar-se que o valor fixado na perícia prévia foi insuficiente, é descabido pagar o saldo por precatório. Como o proprietário já perdeu a posse, deve receber o saldo imediatamente. NASCIMENTO, Carlos Valder do. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. MENDES, Gilmar Ferreira. (Coord.) Tratado de Direito Municipal. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 743.

de sua Constituição instituidora, que considerava o Chefe de Governo, como um poder maior, gravitacional, onde todos os outros poderes giram ao seu entorno. Tanto que os outros poderes no contexto da desapropriação só executam a atribuição de referendar a decisão tomada pelo Poder Executivo. O Legislativo, que poderia ter funções mais destacadas na identificação da conveniência da desapropriação; observando a atual legislação desapropriatória, fica claro que os Legisladores não têm funções nenhuma; a não ser a função definida no art. 8º. O Poder Judiciário, com atuação melhor definida na lei, também só referenda o que o Executivo já decidiu, apenas salvaguardando ao cidadão o recebimento da “justa” indenização.

O processo democrático de verificação do interesse público é completamente inexistente no Decreto-Lei nº 3.365 de 1941. O art. 9 e 15 da legislação desapropriatória; que não deveriam ser recepcionados pela Constituição de 1988 são a síntese do “espírito” da legislação desapropriatória e da própria Constituição de 1937, na medida corroboram com excesso de poder do Estado na retirada do bem do particular sem discussões apropriadas a respeito da necessidade e interesse público reivindicados para a desapropriação. A retirada unilateral da propriedade do particular e o pagamento mínimo para o valor do bem expropriado são um gravame demasiado para o particular. O interesse público é reivindicado como o sempre o interesse do particular fosse diametralmente oposto aos objetivos da sociedade. O litígio puro e simples é a base da atual legislação.

Portando, a partir das reflexões deste trabalho um novo regime jurídico poderia ser adotado para a desapropriação. Primeiramente, a restituição do procedimento de verificação da necessidade e do interesse público. E como a qualquer momento o Chefe do Executivo pode invocar nos termos do atual marco desapropriatório, o interesse público sem maior transferência ou mesmo planejamento, não indo ao encontro com o princípio da gestão democrática dos espaços urbanos⁵⁵, seria apropriado que o Chefe do Poder Executivo criasse um plano de desapropriação a ser entregue a respectiva Casa Legislativa e assim para a população tomar conhecimento e realizar as devidas impugnações.

Em linhas gerais, é incompatível com a Constituição de 1988 que os art. 9º e 15 da lei de regência das desapropriações estejam vigentes. A não recepção não advém apenas de questões materiais ou de punho pecuniário como o pagamento da justa e previa indenização, mas se atentando, sobretudo, para as claras e inequívocas vinculações antidemocráticas, no qual todo

⁵⁵ A gestão democrática no desenvolvimento dos espaços urbanos é prevista de forma especial no art. 2º, inciso II da Lei nº 10.257 de 2001.

o decreto-lei se assenta. Não é apropriado que uma lei, tenha sido outorgada por um regime ditatorial com profunda desafeição aos demais poderes constituídos, continue vigente, apesar da tentativa dos Tribunais Superiores tentar realizar a reinterpretação desses dispositivos à luz da Constituição. O Direito não pode simplesmente cair no domínio do fato e se acomodar aos árbitros impostos pelas autoridades. O sistema jurídico constitucional deve guardar sempre a vinculação a quem realmente a proteção da lei é destinatária; ao povo. O povo que a soma de muitas lutas usufrui de um Direito Administrativo que seja justo e imparcial, devendo também, levar em consideração o perene pensamento de Rudolf von Ihering “Não é simplesmente o costume, mas sim o sacrifício que gera o vínculo mais forte entre o povo e seu direito”⁵⁶.

Diante o exposto, conclui-se pela não recepção, pela Constituição Federal, dos artigos 9º e 15 decreto-lei 3.365 de 1941. E ainda imperioso e necessário a construção de um novo marco legal de regência das desapropriações por necessidade e utilidade pública no Brasil. Um marco que estabeleça um procedimento desapropriatório mais democrático, transparente e melhor planejado.

REFERÊNCIAS

A CONSTITUIÇÃO DE 1937 E SUA VIGÊNCIA: Entrevista de Francisco Campos ao Correio da Manhã do Rio de Janeiro em 3 de março de 1945. *In* Constituições Brasileiras, – Brasília: Senado Federal, 2015.

A CONSTITUIÇÃO DE 1937 E SUA VIGÊNCIA: Parecer da Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro, publicado no Correio da Manhã no dia de 03 de março de 1945. *In* Constituições Brasileiras, – Brasília: Senado Federal, 2015.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **A Lei Geral da Desapropriação em Face da Constituição de 1988**. *In* Estado e Propriedade, Estudos em Homenagem a Professora Maria Coeli Simões Pires/Coordenação: Maria Tereza Fonseca Dias, Maria Elisa Braz Barbosa, Mila Batista Leite Corrêa da Costa, Caio Barros Cordeiro. Prefácio de Antônio Augusto Junho Anastasia, Belo Horizonte, 1. ed., p. 301-319, 2015.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 9. ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020.

BOBBIO. Norberto. **Dicionário de Política**. Vol.1, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1. p. 1184-1385.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 jun.2022.

⁵⁶ IHERING, Rusolf von. A luta pelo direito, Bauru: Edipro. 2001. p. 33.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm Acesso em: 05 jun.2022.

BRASIL, LEI GERAL DE 09 DE SETEMBRO DE 1826. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM991826.htm#:~:text=LEI%20DE%209%20DE%20SETEMBRO,devem%20preceder%20a%20mesma%20desapropria%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 08 mai. 2022.

BRASIL, DECRETO Nº 816 DE 10 DE JULHO DE 1855. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL816-1855.htm. Acesso em: 19 jun.2022.

BRASIL, DECRETO-LEI Nº 3365 DE 21 DE JUNHO DE 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm Acesso em: 05 jun.2022.

BUENO, Roberto. **Francisco Campos e o conservadorismo autoritário**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

CARVALHO FILHO. José dos Santos Carvalho Filho. **Propriedade, Política Urbana e Constituição**. Revista da EMERJ, V. 6, n. 23, p. 168-185, 2003.

Coleção História do Brasil. Vol. III, Rio de Janeiro; Bloch Editores, 1976.

HERANI. Renato Gugliano. **Direito pré constitucional e a “crise do supremo”**, Brasília a. 46 nº 182, abril/jun. 2009.

IHERING, Rusolf von. **A luta pelo direito**, Bauru: Edipro. 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **A desapropriação no Estado Democrático de Direito**. In: ARAGÃO, Alexandre; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 593-618.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. MENDES, Gilmar Ferreira. (Coord.) **Tratado de Direito Municipal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PAINE, Thomas. **Senso Comum**. In Pensadores, São Paulo: Abril Cultural e Industrial, 1973.

PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras**. Vol. IV. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2015.

SANTOS, Rogério Dutra dos. **Circulação e apropriação do conceito de ditadura constitucional no Brasil**. In BUENO, Roberto. **Francisco Campos e o conservadorismo autoritário**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

SANTOS, Rogério Dutra dos. **Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil**. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 50, nº2, 2007. pp. 281 a 323.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23^a. ed. São Paulo. Malheiros. 2010.

VALE, Murilo Melo. **Desapropriações: análise crítica do marco legal das expropriações administrativas no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.