



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Atuação do Juiz e do Particular na Ação de Desapropriação Prevista no DL 3.365/41 à Luz
da Constituição Federal de 1988

Carlos Leandro Lima Monteiro

Rio de Janeiro

2011

CARLOS LEANDRO LIMA MONTEIRO

A Atuação do Juiz e do Particular na Ação de Desapropriação Prevista no DL 3.365/41 à Luz da Constituição Federal de 1988

Artigo científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título do Pós Graduação.

Orientadores:

Prof.: Guilherme Sandoval

Prof.: Kátia Silva

Prof.: Mônica Areal

Prof.: Neli Fetzner

Prof.: Nelson Tavares

Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2011

A ATUAÇÃO DO JUIZ E DO PARTICULAR NA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO PREVISTA NO DL 3365/41 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Carlos Leandro Lima Monteiro

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Oficial de Justiça Avaliador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Trata-se de trabalho que visa fazer uma análise crítica do DL 3.365/41, no que tange a atuação do Poder Judiciário e do particular na ação de desapropriação. Fundamenta-se pela não recepção e anacronismo das normas previstas nos arts. 9, 15 e 20 do Decreto Lei supracitado, pois violadora de normas constitucionais e de princípios processuais, tendo em vista o período histórico em que foi criada. Sustenta-se que é necessária uma modificação legislativa ou uma interpretação conforme à Constituição, para que se pondere os princípios da supremacia do interesse público e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Desapropriação. Atuação do Poder Judiciário. Princípios processuais. Devido Processo legal substantivo. Celeridade e economia processuais.

Sumário: Introdução. 1.O enfrentamento pelo Juiz na análise da existência da utilidade pública no caso concreto. 2. Não recepção do art. 15, caput e §1º do DL 3.365/41 pela Constituição Federal de 1988. 3. Anacronismo principiológico do art. 20 do DL 3.365/41. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar que o DL 3365/41 possui regramentos que não se enquadram aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, bem como dos princípios processuais modernos.

Para tanto, através de pesquisa de doutrina e jurisprudência, haverá a delimitação do tema quanto à atuação do juiz e do particular, pois há evidente restrição de suas funções, em detrimento de uma injustificada prevalência do Administrador para a condução da ação judicial.

A primeira regra a ser analisada encontra-se no art. 9º do DL n. 3.365/41, que prevê

que é vedado ao Poder Judiciário, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

Sustentar-se-á que esse dispositivo fere o princípio da separação dos poderes, no que concerne ao sistema dos freios e contrapesos, que tem como escopo evitar os abusos praticados pelas autoridades públicas, mantendo o equilíbrio e a harmonia do Estado Brasileiro. Todavia, no DL n. 3.365/41, o Juiz é apresentado como uma figura inerte incapaz de impedir que excessos sejam praticados pelo administrador.

Além disso, entende-se que o princípio da supremacia do interesse público não é absoluto e que deve ser enfrentado sem abolir o direito de propriedade. Faz-se necessária uma ponderação de interesses no caso concreto, a fim de que não seja desvirtuado o instituto da desapropriação, evitando, assim o desvio de finalidade e o abuso de poder.

A questão é polêmica, pois se conclui que o Judiciário poderá adentrar no mérito administrativo, nos casos em que entender que não é caso de utilidade pública. Assim, é necessário que o Juiz se utilize do princípio da proporcionalidade, para que, no caso concreto, pondere os interesses em jogo, e se não estiver configurada a hipótese para a desapropriação, impeça a intervenção da propriedade do particular pelo Estado.

Registre-se que atualmente o Poder Judiciário vem interferindo excepcionalmente na atuação do Poder Executivo, sobretudo no que tange às Medidas Provisórias e no controle de políticas públicas. Há intervenções nas hipóteses em que notoriamente não estão preenchidos os requisitos para a adoção das medidas, utilizando-se do princípio da proporcionalidade para o bloqueio de tais atos.

Após, far-se-á uma análise do art. 15 do DL n.3.365/41, que prevê a imissão provisória na posse. O artigo também é passível de críticas, pois o Poder Público não precisa justificar a urgência da medida, ficando o Juiz restrito a examinar se houve ou não o depósito prévio. Deve ser modificado tal entendimento, já que o Administrador deve justificar a urgência, uma

vez que tal medida pode gerar consequências graves para o particular quando se revele notoriamente desproporcional.

Caso não fique comprovada a urgência, deverá o Juiz ouvir o réu, para que ele apresente contestação antes de haver a imissão provisória na posse.

Além disso, em que pese a súmula 652 do STF, deve ser sustentada a não-recepção do art. 15, §1º do DL n.3.365/41, uma vez que fere frontalmente o art. 5º, XXIV da CRFB/88, que versa sobre a prévia e justa indenização em dinheiro nos casos de desapropriação.

Entende-se de forma equivocada que quando há a imissão provisória na posse não há a perda da propriedade, mas um mero desapossamento. Porém, não é o que se observa na prática. O particular de fato perde a sua propriedade, e o mais grave, não consegue adquirir outro imóvel do mesmo preço daquele que lhe for retirado pelo Poder Público, pois o depósito prévio, em regra, é demasiadamente menor que o valor real do bem, em razão dos critérios legais estabelecidos.

Infelizmente, a jurisprudência anterior fundamentava de forma diversa, havendo julgados que determinavam o depósito do real valor do bem, com a devida avaliação pericial, nos termos do art. 14 do DL 3365/41, efetivando-se a norma constitucional supracitada.

Sabe-se que a ação de desapropriação é demorada e não antecipar o pagamento da indenização de forma prévia, só fará com que o particular tenha enormes prejuízos em razão da drástica intervenção praticada pela Administração.

Por fim, analisar-se-á o art. 20 do DL n.3.365/41, que versa sobre a contestação apresentada pelo réu. Tal artigo se encontra em total desencontro com os atuais princípios processuais. Violam-se diversos princípios processuais: celeridade, da instrumentalidade das formas, da paridade das armas, da inafastabilidade do controle jurisdicional e o devido processo legal substantivo.

Restringir o particular a apresentar a contestação impugnando somente o preço e os

vícios do processo, viola de forma frontal a ampla defesa e o contraditório, não tendo qualquer razão de ser a previsão legal de que qualquer matéria diferente das acima mencionadas, deve ser proposta em ação direta.

Destarte, existe um real interesse em analisar tais normas e criticá-las a ponto de exigir que haja uma modificação legislativa ou uma interpretação conforme a Constituição, para que se pondere os princípios da supremacia do interesse público com o princípio da dignidade da pessoa humana.

1. O ENFRENTAMENTO PELO JUIZ NA ANÁLISE DA EXISTÊNCIA DA UTILIDADE PÚBLICA NO CASO CONCRETO.

O art. 9º do DL 3365/41 assim prevê; “ao Poder Judiciário é vedado no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública”.

Mas será que tal comando legislativo deve ser aplicado em sua literalidade? Não é o mais adequado sustentar que não cabe ao Poder Judiciário se afastar de tal exame.

Em princípio a norma deve se situar em seu contexto histórico. Como se percebe, o DL n.3.365 foi editado no ano de 1941, período que o país enfrentava o regime ditatorial de Getúlio Vargas, diante da Constituição outorgada de 1937, “Polaca”, que centralizou o poder nas mãos do Presidente da República, como se pode observar dos art. 73, 74 e 75 dessa Constituição. De acordo com Ronaldo Leite Pedrosa:¹

Com a limitação e, não raro eliminação de direitos políticos, foi o Brasil governado sob forte repressão. O Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) e o Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) passaram a ser instrumentos a todo instante utilizados. Além deles, para controlar toda a máquina burocrática estatal, que se dizia dependente de escolhas políticas, foi criado o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), que faria a seleção dos novos funcionários públicos pelos méritos funcionais.

Como se nota, não havia margem para o debate democrático e impor normas que

¹ PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 394.

foram editadas naquele período sem uma leitura atual, inequivocamente, encontrar-se-á uma interpretação diversa do que se compreenderia hoje dentro de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, diante de um Estado ditador, não havia que se falar em separação de poderes, uma vez que o Poder estava concentrado nas mãos do executivo.

Modernamente não se define separação dos poderes apenas com o objetivo de limitar as funções do Estado que viesse a interferir na liberdade do indivíduo, como assim apregoava Montesquieu. É necessária uma visão desse princípio juntamente com o sistema de freios e contrapesos, que objetiva o controle entre os poderes para evitar excessos praticados pelas autoridades, sem que perder a autonomia e a harmonia entre os poderes.

Assim afirma Dalmo de Abreu Dallari²:

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria, os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, por que todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.

Em decorrência da atual leitura dada aos princípios constitucionais, com base no Estado Democrático de Direito, não é mais permitido que o Juiz permaneça inerte quanto ao exame da utilidade pública que foi declarado pelo Executivo. Caso haja alguma ilegalidade praticada pelo Executivo, cabe ao Juiz como membro do poder que julgará a ação de desapropriação, verificar se há ou não os requisitos necessários para a declaração da utilidade

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 220.

pública. Os princípios constitucionais da separação do poderes e da supremacia do interesse público, devem ser analisados à luz do caso concreto, de acordo com o princípio da proporcionalidade, a fim de não se abolir outros princípios que norteiam a Constituição da República, dentre eles os princípios que fundamentam os direitos individuais.

Assim leciona Ana Paula de Barcellos³ em que afirma que, na mesma medida em que cresce o espaço de atuação do Executivo, cresce também o controle dessa atuação pelo Poder Judiciário. Diante da frequente ausência de parâmetros legais específicos aos quais a ação administrativa esteja vinculada, o Judiciário tem passado a empregar critérios que não se limitam à verificação de formalidades ou de características externas dos atos administrativos, muitos deles, no caso brasileiro, inscritos formalmente em Carta de 1988. Com efeito, nas últimas décadas, e cada vez com maior intensidade, o Judiciário passou a ingressar no exame do que tradicionalmente se identifica como “mérito administrativo” para aferir sua compatibilidade com determinados princípios constitucionais, como os da razoabilidade, da eficiência da moralidade e da economicidade.

A doutrina majoritária sustenta a validade do artigo 9º do DL 3365/41. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho⁴:

Embora o dispositivo não tenha uma redação muito precisa, a interpretação que dele emana é a de que o processo de desapropriação, por ser necessária a celeridade para a transferência do bem, não rende ensejo à discussão sobre se o administrador tinha realmente, ou não, motivos para a desapropriação. Em outras palavras, não se pode no processo discutir sobre eventual desvio de finalidade do administrador ou sobre a existência dos motivos que o administrador considerou como de utilidade pública ou de interesse social.

Todavia, não é o que se sustenta nesse trabalho. Entende-se aqui como sustentado por Francisco Campos, citado por José Carlos de Moraes Salles, no sentido da inconstitucionalidade do art. 9º, por afronta ao princípio do acesso à justiça, nos termos do art.

³BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios. O princípio da dignidade da pessoa humana; Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. *in* Barroso, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006, p.102.

⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 718.

5º, XXXV da CRFB/88⁵:

O art. 9º do DL 3365/41, não pode, portanto, à evidência, produzir o efeito, nele declarado, de subtrair à apreciação do Poder Judiciário, no próprio processo de desapropriação, as condições constitucionais e legais que tornam legítimo o apoderamento da propriedade particular pelos agente da autoridade pública. Ora, a função precípua do Poder Judiciário é a tutela dos de direitos individuais garantido ou assegurados na Constituição. Como admitir, portanto, que precisamente no momento em que se tenta privar o indivíduo de um dos seus direitos fundamentais, como se acumplicie com ele, executando-o sem lhe examinar os fundamentos ou as condições sem as quais não poderá legitimar-se, ou se reduzirá a um mero ato de força ou de constrangimento ilegal.

Outro ponto a ser destacado é que se fundamenta a validade da norma com base no princípio da supremacia do interesse público. Ora, tal princípio, como outro qualquer, deve ser ponderado com os demais princípios previstos na Constituição, inclusive aqueles que protegem os direitos individuais previstos no art. 5º da Carta Magna.

Dessa forma sustenta o Prof. Humberto Ávila⁶, no sentido que deve haver uma ponderação entre os princípios pois o esclarecimento dos fatos na fiscalização de tributos, a determinação dos meios empregados pela administração, a ponderação dos interesses envolvidos, pela administração ou pelo Poder Judiciário, a limitação da esfera privada dos cidadãos (ou cidadãos contribuintes), a preservação do sigilo, etc. são, todos esses casos, exemplos de atividades administrativas que não podem ser ponderadas em favor do interesse público e em detrimento dos interesses privados envolvidos. A ponderação deve, primeiro, determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, segundo, procurar preservar e proteger, ao máximo, esses mesmos bens. Caminho bem diverso, portanto, do que direcionar, de antemão, a interpretação das regras administrativas em favor do interesse público, o que quer que isso possa vir a significa.

Dessa forma, afasta-se o absolutismo do princípio do interesse público, em detrimento

⁵CAMPOS, Francisco *apud* SALLES, Jose Carlos Moraes. A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 2.

⁶ÁVILA, Humberto. *Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular"*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 out. 2010

do interesse particular. Conseqüentemente, cabe ao Juiz no caso concreto, ponderar os princípios já citados e, identificar quais deve prevalecer a ponto de não haver abolição de quaisquer deles.

Assim leciona o Prof. Guilherme Peña de Moraes⁷ no que tange ao princípio da proporcionalidade, apontando como a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal enfrenta essa matéria:

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não raramente identifica a proporcionalidade com os princípios da concordância prática, proibição do excesso e razoabilidade, evoluiu da teoria do desvio legislativo para a utilização do princípio da proporcionalidade como critério de aferição ou parâmetro de valoração dos atos emanados do Poder Público.

Para ilustrar o moderno entendimento da Jurisprudência, devemos destacar a decisão proferida na ADPF 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello⁸, que admite o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, sendo totalmente pertinente com o tema ora apresentado:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Por fim, o art. 9º do DL 3365/41, deve ser interpretado à Luz da Constituição de 1988, a permitir que o Judiciário enfrente as questões de utilidade pública, nos casos em que é visível o desvio de finalidade e excesso de poder, no próprio processo de desapropriação, não tendo que ser examinado em ação direta, como previsto no art. 20 do DL 3365/41 que será

⁷ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 126.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45, Min. Celso de Mello. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>. Acesso em: 11 out. 2010

objeto de críticas a serem feitas posteriormente nesse trabalho.

2. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 15, CAPUT E §1º DO DL 3.365/41 PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O art. 15 do DL n.3.365/41, em sua redação original não tinha qualquer parágrafo. Todavia, com a Lei n.2.786/56, foram adicionados três parágrafos, revogando o parágrafo único adicionado pelo DL n.9.811/46. Dessa forma, essa é a atual redação do art. 15 do DL 3.365/41:

Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada em conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imití-lo provisoriamente na posse dos bens; § 1º A imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito: a) do preço oferecido, se este for superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial; b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido; c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior; d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel. § 2º A alegação de urgência, que não poderá ser renovada, obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias. § 3º Excedido o prazo fixado no parágrafo anterior não será concedida a imissão provisória. § 4º A imissão provisória na posse será registrada no registro de imóveis competente.”

Portanto, conforme previsão legal, basta que o Poder Público alegue a urgência para que seja deferida a imissão provisória, não olvidando do devido depósito prévio.

Porém, não se deve admitir a aplicação da norma com a interpretação literal, haja vista sustentarmos que, em casos excepcionais, caberá ao Poder Judiciário afastar a alegação de urgência, caso tal requerimento se revele desproporcional, ferindo o devido processo legal substantivo e o contraditório.

Em sentido contrário, José Carlos Moraes Salles⁹, citando Seabra Fagundes, afirma que se trata de questão de mérito e não de legalidade, sendo assim, defeso ao Poder Judiciário invadir esfera reservada à atuação do administrador.

Lúcia Valle Figueiredo¹⁰, acertadamente, entende que a Administração deve fundamentar a medida de urgência sob pena de ser indeferida a medida de imissão provisória na posse pelo Poder Judiciário, “Entendemos, de igual modo, que a faculdade de a Administração declarar a urgência não a exime de fundamentar a medida em declaração, que, se não corresponder à realidade dos fatos, poderá ensejar conseqüências jurídicas”.

Por fim, a fim de salvar a norma, é imprescindível que se faça uma interpretação conforme a Constituição, para que possibilite ao Poder judiciário que lhe seja permitido enfrentar a alegação de urgência quando houver violação ao devido processo legal substantivo, em que se entende pela aplicação e interpretação das normas de natureza processual albergados pelo princípio da proporcionalidade, a fim de atingir uma solução justa e adequada ao caso concreto.

Assim, leciona Fredie Didier Jr.¹¹:

As decisões jurídicas não de ser ainda, substancialmente, devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo também. E desta garantia que surgem os princípios de proporcionalidade e da razoabilidade (...)

Afastar a análise excepcional do Judiciário das questões de urgência, é ir de encontro ao sistema de freios e contrapesos decorrente do princípio da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, deve-se colacionar as seguintes decisões do STJ, em que se o controle externo dos atos do executivo pelo Poder Judiciário quando violadoras do princípio da

⁹ SALLES, Ob, cit. p. 301.

¹⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 231.

¹¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. Bahia: Edições Podivm, 2007, p. 31.

proporcionalidade:

Resp 778.648 Rel. Campbell
 PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC.
 INOCORRÊNCIA. IPI. ALÍQUOTA ZERO. NECESSIDADE DE
 COMPROVAÇÃO DA COMPOSIÇÃO QUÍMICA DA MATÉRIA-PRIMA
 UTILIZADA NA INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTOS. REQUERIMENTO
 DE PROVA PERICIAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.
 DEFERIMENTO OU INDEFERIMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA
 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 18 DO DECRETO N. 70.235/72.
 POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO JUDICIÁRIO.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa aos arts. 131, 458 e 535, inc. II, do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte.

2. *Hoje em dia, parte da doutrina e da jurisprudência já admite que o Poder Judiciário possa controlar o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) sempre que, no uso da discricionariedade admitida legalmente, a Administração Pública agir contrariamente ao princípio da razoabilidade. Lições doutrinárias.*

3. Isso se dá porque, ao extrapolar os limites da razoabilidade, a Administração acaba violando a própria legalidade, que, por sua vez, deve pautar a atuação do Poder Público, segundo ditames constitucionais (notadamente do art. 37, caput).

Outro aspecto a ser abordado no art. 15 é que prevê o parágrafo 1º sobre o depósito prévio. A doutrina critica severamente os critérios de avaliação para o depósito prévio, que não se coaduna com a previsão do art. 5º, XXIV da CRFB/88.

Marçal Justen Filho¹², acertadamente, cogita sobre a inconstitucionalidade da norma em apreço sustentando que rigorosamente, até se poderia cogitar da inconstitucionalidade da imissão provisória na posse. Afinal, a Constituição estabelece que a transferência de domínio depende do pagamento de indenização prévia e justa em dinheiro. Logo, surge uma clara incompatibilidade entre a disciplina constitucional e a disciplina contida no art. 15, §1º do Decreto-Lei n. 3.365. Esse dispositivo legal estabelece que se a incorporação fática do bem na posse do Poder Público gera a aquisição de seu domínio. A decorrência seria a irreversibilidade de imissão provisória na posse. Portanto, a lei estaria assegurando algo que a Constituição vedou. Como decorrência lógica, o referido dispositivo legal deve ser reputado

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 982.

como não tendo sido recepcionado pela Constituição. A orientação jurisprudencial, todavia é diversa.

E o supracitado autor¹³ também afirma que a garantia constitucional do art. 5º LIV e LV, tornou inviável a Administração Pública promover a avaliação unilateral dos bens. O valor proposto em juízo deverá resultar de um processo administrativo, para o qual o particular deve ter sido convidado a participar. A estimativa unilateral da Administração é inoponível ao particular, motivo pelo qual não está mais em vigência o art. 15, §1º do Decreto-lei nº3.365, nessa passagem.

No mesmo sentido José dos Santos Carvalho Filho¹⁴:

A lei expropriatória estabelece vários critérios para a fixação desse depósito prévio, como o valor locativo, o valor fixado para efeito do imposto predial e territorial, etc. (art. 15, 1º). Como esses valores sempre resultam em montante muito inferior ao valor real do bem a ser desapropriado, os tribunais, a nosso ver com razão, passaram a considerar que esse dispositivo não foi acolhido pela vigente Constituição, e diante desse entendimento passou a ser exigido que o depósito prévio correspondesse, já na avaliação prévia, a um montante mais próximo ao valor do bem.

Porém, infelizmente, o STF não acompanhou esse entendimento jurisprudencial, eis que inclusive editou a súmula 652 do STF, na qual considera constitucional o dispositivo legal em questão. Dessa forma, ficou expresso o entendimento do STF: Não contraria a constituição o art. 15, §1º, do Decreto-Lei n. 3365/41 (Lei da desapropriação por utilidade pública)

Conclui José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ no sentido de que não parece justa tal posição, pois já são tantas as prerrogativas do Poder Público e tantos os ônus do expropriado na desapropriação que não se justifica o valor do depósito prévio, permissivo da imissão provisória na posse (que, na prática significa a perda da propriedade), fique tão distante do preço real do bem, ainda mais quando se sabe que todos os critérios hoje fixados no art. 15 da

¹³ Ibid, p. 983

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 802.

¹⁵ Ibid, p 803

lei expropriatória conduzem a valores irrisórios”.

Nesse sentido, segue Jurisprudência do STJ, de relatoria do Ministro Jose de Jesus Filho no Recurso Especial 35825/SP, 2ª Turma. DJ 03/11/1993:

Desapropriação. Imóvel urbano. Imissão na posse. Depósito. Decreto-lei n. 3.365/41, art. 15.

I - Afigura-se correta a decisão que condicionou, nos autos da ação de desapropriação de imóvel urbano, a imissão provisória na posse ao depósito integral do valor apurado em avaliação prévia. e que, somente o 'caput' do art. 15, do decreto-lei n. 3.365/41 foi recepcionado pela novel carta, o mesmo não acontecendo com os demais parágrafos do citado artigo. Precedentes.

II - Recurso Especial que não se conhece, com remessa dos autos ao Pretório Excelso.¹⁶

Destarte, sustenta-se nesse ponto que não é possível corroborar o entendimento pacificado no STF pela Súmula 652, uma vez que violadora da justa e prévia indenização, nos moldes do art. 5º, XXIV da CRFB/88, uma vez que a imissão provisória revela-se como o instrumento necessário para retirar tanto a posse quanto o domínio do particular, haja vista a impossibilidade de reaver o imóvel, configurando-se os critérios previstos na lei expropriatória como não suficientes para efetivar-se a norma constitucional em apreço.

3. ANACRONISMO DO ART. 20 DO DL 3.365/41.

Conforme já demonstrado durante todo o trabalho, sustenta-se que o DL n.3.365/41 deve ser remodelado, seja por uma alteração legislativa, seja por uma interpretação conforme a Constituição.

Assim, dentro de um ordenamento jurídico voltado para os modernos princípios processuais, temos que o art. 20 do DL n.3.365/41 não encontra supedâneo, da mesma que forma que o art. 9º do DL n.3.365/41.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resp STJ 35825/SP, Min. José de Jesus Filho. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=35825&b=ACOR. Acesso em 28 out. 2011

O art. 20 estabelece; “a contestação só poderá versar sobre o vício do processo judicial ou impugnação de preço, qualquer outra questão devera ser decidida por ação direta”.

Nessa esteira, afirma Marçal Justen Filho¹⁷: “Por igual, não é compatível com o principio da ampla defesa a determinação do art. 20”.

Para ilustrar tal entendimento, o autor supracitado¹⁸ colaciona em sua obra duas decisões do STJ:

2. esta Superior Corte de Justiça, em situações extremas, como a que envolveu a desapropriação de terras situadas em faixa de fronteira no Estado do Paraná, tem entendido que eventual controvérsias relativa ao domínio, desde que esteja estabelecida entre expropriante e expropriado, ou seja, quando a própria entidade expropriante alega ser a proprietária do imóvel expropriado, pode ser analisada nos próprios autos da desapropriação” (RESP n° 930.212/RO, Primeira Turma. Rel Min, Denise Arruda. Julg. 19.5.2009. Dje, 22 jun.2009)

2. Para que a ação de desapropriação possa desenvolver-se validamente, como qualquer outra, devem estar presentes as chamadas condições da ação, tais como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

3. A ausência das condições da ação, alias, por constituir matéria de ordem publica, pode ser reconhecida até mesmo de ofício pelas instancias ordinárias, não se podendo falar, desse modo, em julgamento *extra* ou *ultra petita*

4. A questão relativa ao domínio, por situar-se, na presente hipótese, entre as condições da ação, pode ser analisada nos próprios autos da desapropriação, desde que a controvérsia acerca do tema se estabeleça entre expropriante e expropriado. Com efeito, não se pode retirar a propriedade de quem não atem, daí a necessidade de se analisar a validade dos títulos de propriedade das terras situadas em faixa de fronteira, alienadas a terceiros do Estado do Paraná. (RESP n° 953.791/PR, Primeira Turma. Rel. Denise Arruda. Julg. 16.9.2008. DJe, 1 out. 2008.

Além da não compatibilidade com o principio da ampla defesa, que se trata da efetividade do contraditório, sustentamos que o art. 20 é incompatível com outros princípios processuais.

Um dos princípios que sustentam essa tese é o da instrumentalidade e efetividade do processo. Não se pode conceber uma norma que restrinja o direito de defesa. Conforme prevê o art. 20, do DL n.3.365/41, somente se pode discutir sobre matérias preliminares, processuais e sobre o preço da indenização.

Todavia, o processo é apenas um instrumento para aplicação do direito material e não um fim em si mesmo. Assim, afastar a possibilidade de ser discutida no bojo da ação,

¹⁷ JUSTEN FILHO, Ob. Cit. p. 633.

¹⁸ Ibid, p.635.

matérias de mérito que não sejam o preço, não tem razão de ser.

Assim leciona Alexandre Freitas Câmara¹⁹:

O processo é, pois, instrumento de atuação de seu direito material, e a isto denominou a doutrina instrumentalidade do processo em seu aspecto negativo. Trata-se de uma visão do processo menos formalista capaz de fazer ver ao estudioso do tema que o binômio direito substancial-direito processual deve ser relativizado. Assim é que o processo deve ser visto como instrumento a serviço do direito material, e não o contrário.

Além do aspecto negativo do princípio da instrumentalidade, que é o de se exigir menos formalidade atendendo o direito material, por outro lado, deve o processo ser efetivo, ou seja, o processo deve gerar os efeitos pretendidos pelas partes, pela sociedade e pelo Poder Público. O processo deve ter a finalidade de que o Poder Judiciário possa entregar as partes envolvidas o melhor direito, ou seja, que a tutela jurisdicional seja célere, econômica e justa.

Conclui, assim, Alexandre Freitas Câmara²⁰ que o processo deve alcançar o fim a que se destina, ou seja, o processo deve ser capaz de permitir ao Estado atingir os escopos da jurisdição. Deve-se, pois, lutar pela efetividade do processo. Por efetividade, entende-se a aptidão de um instrumento para alcançar seus objetivos.

Outro princípio a ser abordado é em relação ao da economia processual, pois a referida norma se encontra em desencontro com esse princípio, bem como da norma constitucional que prevê a razoável duração do processo. Isso porque além de se tornar mais custoso para o expropriado ter que ajuizar uma demanda autônoma a fim de discutir sobre matérias que poderiam ser naturalmente discutidas no bojo da ação de desapropriação, especialmente no que tange à existência ou não de utilidade e necessidade pública, que como afirmamos anteriormente, é possível e atenderia aos princípios da celeridade e economicidade processuais.

Assim, afirma Humberto Theodoro Jr.²¹:

O princípio da economia processual vincula-se diretamente com a garantia do devido processo legal, porquanto o desvio da atividade processual para os atos onerosos, inúteis desnecessários gera embaraço a rápida solução do litígio, tornado demorada a prestação jurisdicional. Justiça tardia é, segundo a consciência geral,

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18. ed. , v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.212.

²⁰ Ibid. p.212.

²¹ THEODORO, JR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.35.

justiça denegada. Não é justo, portanto, uma causa que se arrasta penosamente pelo foro, desanimando a parte e desacreditando o aparelho judiciário perante a sociedade.

Não pode deixar de abordar sobre o princípio do contraditório, corolário do princípio da ampla defesa, que permite as partes que sejam colocadas em pé de igualdade com a possibilidade de exercer os mesmos poderes.

Na ação de desapropriação, o expropriado carrega um ônus muito pesado, diante da intervenção drástica da propriedade. Em nome de uma supremacia do interesse público, há uma supressão do direito de propriedade, que é também um direito fundamental previsto na Constituição Federal.

Dessa forma, o mínimo que poderia existir em prol do particular é a possibilidade de exercer o contraditório da forma mais ampla possível, em razão da difícil posição do expropriado na relação jurídica existente com o Poder Público.

Assim, leciona Fredie Didier Jr.²²:

O processo é um instrumento de composição de conflito – pacificação social – que se realiza sob o manto do contraditório. O contraditório é inerente ao processo. Trata-se do princípio que pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão. Aplica-se o princípio do contraditório, derivado que é do devido processo legal, nos âmbitos jurisdicional, administrativo e negocial.

Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação, e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder.

Diante de tais afirmações, verifica-se o caráter antidemocrático da norma, que ao não admitir a discussão ampla das questões, viola o contraditório. Como já afirmamos anteriormente, é preciso ter em mente que se trata de uma norma criada no período de ditadura da Era Vargas, em que havia cerceamento da democracia.

Por fim, todos esses princípios já elencados derivam do devido processo legal, que possui dois aspectos: o devido processo legal procedimental e o devido processo legal substancial.

O devido processo legal formal entende-se pelo direito de as partes participarem de

²² DIDIER JR., Op. Cit. p 42

um procedimento em que as normas foram fixadas previamente, a fim de se preservar a segurança jurídica de relação processual estabelecida em lei.

Por outro lado, o devido processo legal substantivo, no qual devemos nos atentar para uma melhor análise, se entende pela aplicação e interpretação de uma norma processual de forma justa e razoável.

Trata-se, portanto, da aplicação do princípio da razoabilidade tanto pelo legislador no momento de criação das normas jurídicas processuais e da interpretação dessas normas pelo juiz, a fim de dar solução justa ao caso concreto.

Destarte, deve-se registrar novamente o exposto por Fredie Didier Jr²³:

As decisões jurídicas não de ser ainda, substancialmente, devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo também. E desta garantia que surgem os princípios de proporcionalidade e da razoabilidade(...)

Jose Carlos de Moraes Salles²⁴, apesar de não concordar com nosso entendimento, faz a ressalva de que *lege ferenda* poderia permitir o debate amplo na própria ação de desapropriação:

De tudo quanto foi exposto, ressalta que o expropriando pode levar a apreciação do Poder Judiciário por ação direta a matéria relativa a inexistência da utilidade pública alegada pela Administração para promover a expropriação. O que não se poderá fazer é discutir essa questão no âmbito do feito expropriatório. Pensamos, entretanto, que de *lege ferenda*, se deveria permitir o debate da referida questão no curso do processo de desapropriação.

Pelo exposto, sustenta-se que o art. 20, assim como o art. 9º, todos do DL n.3.365/41, devem permitir que tanto o juiz como o particular, manifeste-se sobre questões sobre utilidade ou necessidade públicas, além das matérias processuais e o preço que já são permitidas pelo regramento jurídico, a fim de se atingir uma cognição mais ampla.

Isso, pois, decorre do pensamento que o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para alcançar o direito material através de uma decisão que seja efetiva e justa.

²³DIDIER JR. Op. Cit. p. 31

²⁴MORAES SALLES, Op. Cit. p. 226.

Mas para que um a decisão seja justa, a mesma deve ser célere e econômica.

Definitivamente, para se atingir os escopos do processo, que é o efetivo contraditório, ampla defesa e o devido processo legal, a norma do art. 20 do DL 3.365/41, não deve mais permanecer no nosso ordenamento jurídico, pois não condiz com os anseios da Carta Magna, que é de dar uma solução democrática para as demandas.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto no presente trabalho, conclui-se que o DL n.3.365/41, inobstante se tratar de uma norma de grande importância para a regulamentação entre as relações entre o Estado e particular, devemos fazer uma critica contundente quanto a sua inconstitucionalidade em alguns aspectos, bem como seu anacronismo quanto aos novos paradigmas principiológicos processuais.

Não se pode admitir que dentro de uma relação processual haja enorme disparidade entre as partes litigantes, por mais que se homenageie o principio da supremacia do interesse público.

Isso porque todos os princípios são relativos e sempre devem ser ponderados com outros princípios, que, no caso, é o direito de propriedade e o direito a dignidade da pessoa humana.

Estabelecer uma regra processual que restrinja efetivamente o direito ao contraditório e à ampla defesa, não é possível no ordenamento jurídico pátrio.

Comprova-se que tal anomalia legislativa se deu em razão de a norma ter sido criada num momento de exceção da História Brasileira, em que se vivia em ditadura e que os direitos individuais e a democracia eram extremamente limitados, frente a um Poder Executivo opressor.

Portanto, estabelece-se uma relação entre esse contexto histórico e a norma objeto desse presente estudo para afirmar a não recepção das regras previstas nos art. 9º, 15 e 20 do Decreto-Lei 3.365/41.

Verifica-se, outrossim, que diante da lei objeto de estudo, o Poder Judiciário tem uma função praticamente de homologação dos atos praticados pela Administração.

Dessa forma, diante do princípio da separação de poderes, dentro do sistema de freios e contrapesos, em que temos uma visão de controle entre os poderes para que se evitem abusos, bem como a nova mudança de entendimento jurisprudencial, no sentido de que devemos compreender o Poder Judiciário, como um Poder mais atuante, mais ativo e contestador das políticas públicas irrazoáveis que são percebidas no dia-a-dia do país.

Para isso, o Judiciário vem utilizando-se do princípio da proporcionalidade para controlar atos do Poder Executivo que exorbitem a função executiva e que atentem contra os princípios regentes em nossa Carta Magna.

Também não se pode aceitar que o particular, que sofre o ônus mais pesado, o da perda da propriedade, não possa ter uma ampla cognição no âmbito da demanda expropriatória, a fim de se defender de eventuais abusos e desvios de finalidade cometidos pela Administração, tendo que de forma mais demorada e mais custosa, apresentar matérias que não sejam referentes a vícios processuais e do preço da indenização, que não seja apenas por via de uma ação autônoma.

Viola-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, além dos princípios da efetividade, celeridade e economia processual.

Outro ponto que se revelou pertinente no presente trabalho foi em relação aos critérios para pagamentos da indenização enumerados no DL n. 3.365/41, que não são compatíveis com aquilo que a Constituição prevê, qual seja, a existência de indenização justa, prévia e em dinheiro.

Verifica-se que, na realidade, não há indenização justa, bem como o instituto da imissão provisória da posse se revela extremamente prejudicial ao particular que não tem desde o início a indenização devida para que possa adquirir um novo imóvel.

Assim, a norma se revela extremamente injusta e viola mais um direito fundamental que é o direito de propriedade.

Por fim, é necessária uma alteração legislativa a fim de moldar a ação de desapropriação aos princípios previstos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 out. 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios. O princípio da dignidade da pessoa humana; Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. *In* BARROSO, Luis Roberto(org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito processual Civil*. 18. ed. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. Bahia: Edições Podivm. 2007.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MORAES, Guilherme Peña de, *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PEDROSA, Ronaldo Leite, *Direito em História*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51.ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.