

# A IDEOLOGIA DO ESTADO NOVO NO REGIME EXPROPRIATÓRIO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

DIOGO DOS SANTOS BAPTISTA\*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Regime de desapropriação e sua interpretação. 2.1. Reflexos da ideologia do Estado Novo. 2.2. *A mens legislatoris* na Lei Geral de Desapropriação. 2.3. A Constituição de 1988 e o neoconstitucionalismo. 3. A reinterpretação dos institutos expropriatórios. 3.1 Desapropriação “descendente” e equilíbrio federativo. 3.2 Desapropriação “por zona” e revenda do bem valorizado. 3.3 Direito de penetrar na área declarada de utilidade pública. 4. Conclusão. 5. Bibliografia

## 1. INTRODUÇÃO

As transformações sociais, culturais e econômicas ocorridas ao longo da história foram decisivas na construção do papel do Estado. Esta relação dialética influenciou decisivamente a configuração de posições jurídicas, a exemplo do que ocorreu com a propriedade. A antiga ideia de propriedade como direito absoluto e inviolável em tempos remotos não se sustentou diante da análise de estudos históricos, sendo possível constatar diferentes formas de intervenção no conteúdo do direito de propriedade através dos tempos.<sup>1</sup>

Em diferentes épocas e culturas, o Estado intervinha em maior ou menor grau, de modo que o direito de propriedade é reflexo de dado regime político. Sua conceituação passa a levarem conta o contexto histórico e social na qual ele se manifesta, não havendo um conceito atemporal de propriedade, pois o seu sentido e alcance não foram os mesmos em todos os tempos, lugares e culturas, mas “sendo resultado da construção cultural dos povos”.<sup>2</sup> Ao mesmo tempo em que o conteúdo do direito de propriedade era delimitado, o instituto da desapropriação sofria modificações substanciais, em um movimento reativo.

No Brasil, a institucionalização da desapropriação se deu com a influência dos ideais da Revolução Francesa, embora antes já se tivesse notícia de sua utilização. O reconhecimento da tomada da propriedade pelo Estado seguiu o mesmo modelo implicitamente adotado em outras épocas e culturas: quando em prol

---

\* Aluno do Programa de Residência Jurídica da PGE/RJ, lotado na Procuradoria do Patrimônio e Meio Ambiente (PG-6). Pós-graduando em Direito Processual Civil e em Direito e Advocacia Pública. Mestrando em Direito Público pela UERJ.

<sup>1</sup> SERRIGNY, Denis. *Droit public et administratif romain*. t. 2. Paris: Durand, 1862, p. 248-257.

<sup>2</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O que está por trás do sentido atribuído à propriedade? *SELA (Seminario en Latino america de Teoría Constitucional y Política) Papers*, Paper 55, 2008, p. 2-6.

do interesse público e indenizando o proprietário.<sup>3</sup> Esta fórmula foi repetida nas Constituições brasileiras e definitivamente consolidada no Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, conhecida como Lei Geral de Desapropriação. Sua lógica e fundamentação nem sempre foi a mesma, mas um resultado do contexto de cada episódio constitucional.

Editada durante o Estado Novo, essa lei ainda mantém sua influência ideológica. Após mais de 75 anos de sua vigência, deve ser analisada se sua aplicação acompanhou a dinamicidade das evoluções jurídicas, sociais e econômicas, sobretudo diante da tensão entre direitos fundamentais e a eficiência na atuação administrativa.

## 2. O DECRETO-LEI Nº 3.365/1941 E SUA INTERPRETAÇÃO

Em nossa história constitucional, poucas foram as modificações formais sofridas nos dispositivos que tratam do direito de propriedade e desapropriação. Na atual ordem jurídica mantém-se a garantia do direito de propriedade (art. 5º, XXII), que deve atender sua função social (arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, § 2º, e 186, *caput*), e excepcionada pela desapropriação, atendidos o devido processo legal e a justa e prévia indenização (art. 5º, XXIV e LIV).

Os pressupostos do interesse público e indenização se mantêm desde a Constituição Imperial de 1824 (art. 179, XXII), por influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Já a ideia de função social já aparecia no texto da Constituição de 1934, embora com um caráter passivo, ao determinar que o direito de propriedade não poderia “ser exercido contra o interesse social ou coletivo” (art. 113, § 17). Com a Constituição de 1946 denotou-se um aspecto ativo ao prever que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social” (art. 147).

Apesar das redações próximas, não é possível afirmar que a desapropriação se configurava de forma semelhante em cada contexto histórico. O texto da Constituição, por si só, não é suficiente para alterar a mentalidade de sua aplicação, mas sim todo o contexto fático e jurídico, traduzidos nos valores sociais de uma dada época e cultura.

A normatividade constitucional é dinâmica e mutável, sofrendo influência das circunstâncias fáticas e das concepções jurídicas dominantes,<sup>4</sup> de tal modo que uma norma considerada constitucional possa vir a ser inconstitucional em outro momento.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> BATBIE, Anselme. *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*. t. 2. 2. ed. Paris: Larose et Forcel, 1885, p. 94-96.

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1455.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 928: “[a] transformação da realidade e dos valores sociais, bem como a alteração da compreensão geral do direito, pode levar a norma a ter outro sentido e, assim, à admissão de que uma lei antes vista como constitucional pode passar a ser inconstitucional.”.

O regime expropriatório em 1941 não é – e nem deve ser – o mesmo a partir da ordem instaurada pós-Constituição de 1988. Mudanças substanciais alteraram a concepção jurídica e social dos direitos fundamentais, aí incluído o direito de propriedade. Torna-se, assim, necessário analisar o contexto inicial em que antigos institutos foram concebidos e o atual estado da arte.

## 2.1. Reflexos da ideologia do Estado Novo

O Decreto-Lei nº 3.365/1941 é reflexo de seu tempo. Sua criação se deu durante a vigência da Constituição de 1937 – a “Polaca” –, que instaurou o regime do Estado Novo, notadamente de caráter antiliberal e nacionalista. Inspirado em movimentos autoritários europeus e marcado pela crise de poder, se evidenciou a crítica à democracia liberal brasileira (então associada com as oligarquias da época) por enfraquecer o Estado, evidenciando a proposta de um Estado forte e centralizado.<sup>6</sup>

Neste sentido, Oliveira Vianna defendeu uma estrutura corporativa e antiliberal no Brasil, sustentando a necessidade de centralização e fortalecimento do poder como uma forma de assegurar a unidade política, libertando o governo central dos excessos do federalismo, já que a autonomia estadual era “um instrumento de expressão dos interesses dos grupos dominantes”.<sup>7</sup>

Outra figura notória na promoção do Estado Novo foi Francisco Campos, atuando diretamente na elaboração da Constituição de 1937 e, particularmente, no Decreto-Lei nº 3.365/1941, enquanto Ministro da Justiça de Getúlio Vargas. Também antiliberal e defensor de um Estado forte, em obra de 1939 Francisco Campos revelou sua descrença na “exagerada” autonomia dos Estados no regime federativo, defendendo a existência de uma Nação integrada contra as ambições e imperialismos regionalistas”.<sup>8</sup> Defendia “[a] Nação antes e acima de tudo”.<sup>9</sup> Ao seu lado atuou Carlos Medeiros Silva, então Consultor-Jurídico, defensor da centralização e unitarismo, em razão dos “altos interesses da pátria”. Entendia que o modelo federalista inaugurado em 1891 era anacrônico, e os Estados deveriam ocupar posição de “meros intermediários” entre União e Municípios.<sup>10</sup>

Houve um evidente enfraquecimento da autonomia dos Estados, a exemplo da figura dos interventores, que implementavam a política determinada pelo governo central. Segundo Maria Helena Capelato, para representar a queda do sistema federativo, “numa cerimônia cívica ocorreu a queima das bandeiras estaduais para

<sup>6</sup> CAPELATO, Maria Helena. O Estado Novo: o que trouxe de novo? In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves. (Org.). *O Brasil republicano*. v 2: o tempo do nacional-estatismo - do início da década de 1930 ao apogeu do Estado novo. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007, p. 109-110.

<sup>7</sup> FAUSTO, Boris (dir.). *História geral da civilização brasileira*. t. 3: o Brasil republicano, v. 10: sociedade e política (1930-1964). 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 98.

<sup>8</sup> CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 109.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>10</sup> SILVA, Carlos Medeiros. Evolução do regime federativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 39, jan. 1955, p. 15.

marcar a vitória do poder central sobre os estados”.<sup>11</sup> Houve a ampliação de poder do Governo central, e o Presidente da República passa a ser considerado “autoridade suprema do Estado” (art. 73). Embora federativo no papel, o Brasil foi um típico Estado unitário: os Estados, sob o regime de intervenção, deviam obediência ao poder central fortalecido, acarretando a redução de suas autonomias. O federalismo brasileiro foi, assim, puramente nominal.<sup>12</sup>

De imediato, a outorga da Constituição de 1937 declarou estado de emergência em todo o país,<sup>13</sup> o que ampliava os poderes do Presidente da República diante da possibilidade (i) de suspender garantias constitucionais de propriedade e liberdade (art. 166, § 2º), (ii) realizar censura de comunicações e buscas e apreensões em domicílio (art. 168), e (iii) requerer a suspensão das imunidades de membros do Parlamento (art. 169, *caput*), atos estes que (iv) não poderiam ser conhecidos pelo Poder Judiciário (art. 170). Com o Parlamento dissolvido,<sup>14</sup> suas competências foram atribuídas ao Presidente da República, exercidas mediante decretos-leis.<sup>15</sup>

Segundo Bonavides e Andrade, a Constituição de 1937 foi a gênese “de Constituições autoritárias posteriores e a justificação teórica das ditaduras posteriores”.<sup>16</sup> De fato, tanto no Estado Novo quanto nos acontecimentos do fim da década de 60, em que se instaurou um novo regime autoritário, é possível constatar o discurso da defesa da “Nação”. De fato, o termo remonta à teoria da soberania nacional, justificador do exercício do poder constituinte, sendo a Nação uma entidade autônoma e abstrata que representaria os interesses da comunidade como um todo, e não necessariamente os interesses de cada membro do povo. O nacionalismo se tornou fundamento legitimador de regimes autoritários como o nacional-socialismo germânico e o fascismo italiano. Esta concepção está geralmente associada ao organicismo, teoria que concebe o indivíduo como parte integrante de uma entidade maior, em que se “justifica o sacrifício dos direitos das pessoas em favor dos ‘interesses superiores’ da comunidade”.<sup>17</sup>

## 2.2. A mens legislatoris na Lei Geral de Desapropriação

Embora a hermenêutica jurídica tenha relegado a segundo plano a intenção do legislador (*mens legislatoris*), já que a lei criada por este é fruto de sua vontade condicionada ao meio em que se encontra,<sup>18</sup> as transformações sociais exigem uma

<sup>11</sup> CAPELATO, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 117.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. Constitucionalismo federal no Brasil nos últimos 70 anos. *Serie B. Estudios comparativos - Instituto de Investigaciones Jurídicas*. UNAM, México, n. 24, 1988, p. 421-424.

<sup>13</sup> Art. 186 das Disposições Finais e Transitórias da Constituição de 1937.

<sup>14</sup> Art. 178 das Disposições Finais e Transitórias da Constituição de 1937.

<sup>15</sup> Art. 180 das Disposições Finais e Transitórias da Constituição de 1937.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 333.

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 117.

<sup>18</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 16.

interpretação adequada ao novo tempo.<sup>19</sup> Uma melhor compreensão do instituto necessita desta abordagem, vinculada a um contexto histórico. A interpretação não pode aprisionar o futuro, mas também não pode ignorar o passado.

Abordar a ideologia do Estado Novo, como pelo pensamento dos principais expositores do Decreto-Lei nº 3.365/1941 – *e.g.*, Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva –, possibilita compreender a linguagem normativa utilizada e a razão de existir do conteúdo da Lei Geral de Desapropriação.

Antes da edição do Decreto-Lei nº 3.365/1941, Francisco Campos ainda contribuiu para a elaboração do Decreto-Lei nº 496/1938, que estendia aos Estados e Municípios as disposições procedimentais sobre desapropriação aplicáveis à União, e do Decreto-Lei nº 1.283/1939, que dispunha em cinco dispositivos o processo de desapropriação. Em 1940, através do Diário Oficial (de 7 de agosto de 1940), Campos possibilitou o envio de sugestões ao seu anteprojeto de lei sobre desapropriação, embora nenhuma alteração substancial tenha se verificado quando de sua edição definitiva, em 1941.

Em razão do espírito do regime na qual foi editado, e pela ideologia de seu principal elaborador, o Decreto-Lei nº 3.365/1941 foi taxado de autoritário, como pode ser observado na proposta de sua alteração pelo deputado João Mendes da Costa Filho (UDN), em 1960, afirmando que “a vigente lei de desapropriação por utilidade pública padece do vício de origem – foi editada sob regime ditatorial (‘Estado Novo’). Imprópria, injusta e inconstitucional”.<sup>20</sup>

Mesmo diante das diversas elaborações doutrinárias e propostas modificadoras, a Lei Geral de Desapropriação se mantém em seus 75 anos, vivenciando as principais transformações do Estado brasileiro, passando pelas Constituições de 1937, 1946, 1967, pela EC nº 1 de 1969, até chegar à atual Carta de 1988.

### 2.3. A Constituição de 1988 e o neoconstitucionalismo

Textos semelhantes, ideais totalmente distintos.

Na lição de Luís Roberto Barroso, a Constituição de 1988 representou “o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício do poder”.<sup>21</sup> Até mesmo a própria ideia de Constituição foi alterada, conforme nos ensina Gustavo Binbenbujm, antes vista como “uma proclamação retórica de valores

---

<sup>19</sup> CAMARGO, Margaria Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 128.

<sup>20</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.256, de 1960*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=201515>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado*, Rio de Janeiro, n. 52, 1999, p. 41.

e diretrizes políticas” para ser a norma fundamental e estruturante de toda a ordem jurídica, tanto no aspecto formal quanto no substancial.<sup>22</sup>

A Constituição de 1988 trouxe esta nova perspectiva na dogmática jurídica, representando o marco brasileiro do neoconstitucionalismo, enquanto conjunto de transformações que alteraram o paradigma constitucional. Dentre elas se destacam a concepção pós-positivista de reaproximação entre Direito e moral no discurso jurídico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a constitucionalização do Direito, com a irradiação de valores constitucionais sobre o ordenamento jurídico, o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional e a difusão da jurisdição constitucional, possibilitando a proteção dos direitos fundamentais em relação à vontade da maioria eventual.<sup>23</sup>

O ordenamento jurídico se torna constitucionalizado, sofrendo a incidência direta dos princípios e valores constitucionais, que passam a condicionar tanto a legislação, como os atores políticos e as relações sociais.<sup>24</sup> Exige-se uma reinterpretação e releitura dos institutos legais sob uma ótica da Constituição, promovendo seus valores, fenômeno este denominado de filtragem constitucional.<sup>25</sup> Mudanças profundas que tornam necessário rever os parâmetros de aplicação do Decreto-Lei nº 3.365/1941, surgido em um contexto de “nítida exacerbação dos interesses públicos e uma concomitante desconsideração dos direitos individuais”.<sup>26</sup>

### 3. A REINTERPRETAÇÃO DO INSTITUTO EXPROPRIATÓRIO

A releitura dos institutos legais sob as lentes da Constituição de 1988 é uma necessidade. Isso se torna mais evidente em se tratando da Lei Geral de Desapropriação, considerando os contextos fático e jurídico em que foi editada, e especialmente por impor “o sacrifício de direitos e garantias em termos incompatíveis com a proteção outorgada pela Constituição vigente”.<sup>27</sup> Diversos juristas já alertaram o anacronismo da legislação regente, não somente em seu aspecto jurídico, mas também funcional. Segundo Carlos Ari Sunfeld, pugnando pela revisão da lei de desapropriação, afirmou: “Não fora ser filha da ditadura – cujo perfil expressa à perfeição –, não pode corresponder a ampliação do papel do Estado e, conseqüentemente, de sua intervenção na vida privada. O resultado é, como sempre, a desproteção dos indivíduos”.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 61-65.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 2-29.

<sup>24</sup> GUASTINI, Riccardo. La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 49.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Ob. cit.*, p. 21-22.

<sup>26</sup> FEDERIGHI, Wanderley José; SHINTATE, Francisco Carlos Inouye. (Org.). *Ação de desapropriação: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 74.

<sup>27</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 634.

<sup>28</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Revisão da desapropriação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, abr./jun. 1993, p. 38.

A leitura acrítica e obsoleta, por diversas vezes sendo esquecida a exigência de ponderação, acarreta prejuízo às garantias do indivíduo e aos interesses públicos. Sem a pretensão de esgotar o tema, são abordados alguns dispositivos do Decreto-Lei nº 3.365/1941 que, à luz da nova dogmática jurídica, são claramente incompatíveis com a Constituição de 1988. Busca-se demonstrar que a lei em análise apresenta forte carga de um regime autoritário, devendo ser revista.

A consideração das premissas expostas evidencia não somente a necessidade de interpretação do exercício do poder expropriatório em face dos princípios constitucionais, mas também o enfrentamento de figuras complexas (e.g., regulações expropriatórias, direito de moradia etc.) e do seu programa normativo. Com a ascensão da Constituição de 1988, o Decreto-Lei nº 3.365/1941 sofreu poucas modificações substanciais, mantendo sua estrutura original. É neste contexto que se passará à análise de algumas de suas disposições que, ao menos aparentemente, trazem dúvidas com a atual ordem jurídica.

### 3.1. Desapropriação “descendente” e equilíbrio federativo

O art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941<sup>29</sup> talvez seja o que mais denota o pensamento de Francisco Campos na defesa de um Estado forte, concentrando poderes à esfera política central. O § 2º trata da chamada “desapropriação descendente”, e prevê a possibilidade da União desapropriar os bens do domínio dos Estados e Municípios, e do Estado desapropriar os bens dos Municípios de seu território, desde que precedidos de autorização legislativa.<sup>30</sup>

Ela é assim chamada nos manuais de direito pelo poder expropriatório incidir “de cima para baixo”, estando a União no ápice dos entes federados. Seu fundamento residiria na hierarquia federativa, já que em nossa história se experimentou um federalismo centrífugo, em que se privilegia a ordem jurídica central. Além disso, a União estaria em posição de supremacia diante da maior gama de direitos a ela conferidos, de modo que o interesse nacional se sobreporia aos interesses regionais e locais.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Art. 2º. (omissis) § 2º Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

<sup>30</sup> Até mesmo a exigência de autorização legislativa suscita dúvidas diante da chamada “reserva de Administração”, entendida como núcleo funcional exclusivo da Administração Pública inofensa à ingerência de outros Poderes, em decorrência do princípio da separação dos poderes. Em tal situação, o exercício da função administrativa, através da desapropriação, ficaria condicionada à anuência do Poder Legislativo. Além disso, quando o poder constituinte quis subordinar a questão de bens públicos ao Poder Legislativo, assim fez expressamente (cf. art. 49, XVII). A título de exemplo, o STF já decidiu que a preservação de patrimônio através do tombamento é atribuição exclusiva do Poder Executivo (Cf. STF (Tribunal Pleno), ADI 1.706, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 09/04/2008).

<sup>31</sup> Assim já foi decidido pelo saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, então no Superior Tribunal de Justiça: “É da natureza do federalismo a supremacia da União sobre Estados-membros, supremacia que se manifesta inclusive pela obrigatoriedade de respeito às competências da União sobre a dos Estados. Decorre do princípio federativo que a União não está sujeita à jurisdição de um Estado-membro, podendo o inverso ocorrer, se for o caso.” (STJ (1. Turma), CC 40.534 RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 28/04/2004, DJ 17/05/2004, p. 100)

Também não seria possível a desapropriação ascendente (do ente “menor” sobre os bens do ente “maior”) pois a lei não veiculou tal possibilidade, sendo um silêncio eloquente.<sup>32</sup> Somente prevê a possibilidade dos “entes menores” expropriarem direitos representativos do capital de instituições que dependam de autorização do Governo Federal e subordine à sua fiscalização, desde que autorizados mediante decreto do Presidente da República (art. 2º, § 3º), evitando que o “ente menor” assuma o controle de empresa estatal que dependa de autorização do “ente maior”.

Uma das mais relevantes manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre o tema se deu no julgamento da ACO nº 1.208/MS, na qual a União impugnou o tombamento de bem federal pelo Estado de Mato Grosso do Sul, invocando o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941. Embora o pedido tenha sido julgado improcedente, argumentando que essa disposição legal não seria aplicável aos tombamentos, não foi feita qualquer consideração crítica a ela. Na verdade, a ideia subjacente à decisão foi de admitir a “hierarquia verticalizada” adotada pelo legislador.<sup>33</sup>

A decisão desconsiderou as discussões em torno da matéria, sobretudo a questão da isonomia federativa. De qualquer forma, esse não era o objeto discutido na ação, o que pode vir a ser debatido mais profundamente por aquela Corte em caso futuro.

Seria então possível desapropriar um hospital estadual para a instalação de um departamento federal de trânsito? Possivelmente não, em razão do princípio da proporcionalidade. Mas como sustentar a tese da predominância do interesse nacional como aquele levado a cabo pela União, mas não neste caso? Na verdade, todos os interesses públicos, buscados por cada ente federativo para a realização dos direitos fundamentais, são superiores. A análise deve ser casuística.

A principal objeção jurídica à “desapropriação descendente” reside na noção de isonomia dos entes políticos. Além de decorrer implicitamente da atribuição constitucional de competências próprias aos entes federados a serem exercidas com independência,<sup>34</sup> ela é prevista no art. 19, III, da Carta de 1988. A União não é

---

<sup>32</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, p. 64.

<sup>33</sup> STF (Tribunal Pleno), ACO 1.208 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/11/2017: “*Os arts. 2º e 5º do Decreto-Lei 25/1937 expressam que: [...] Claramente a referida norma aplica-se aos bens de todas as pessoas jurídicas de direito público interno, ante a expressa menção ao tombamento de bens pertencentes à União. Por outro lado, o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 3.365/1941 excepcionou os bens da União de desapropriação pelos Estados e pelos Municípios, in verbis: [...] Vê-se que, quando há intenção do legislador de que se observe a “hierarquia verticalizada”, assim o fez expressamente, ao referir-se como desapropriáveis os bens dos Municípios pelos Estados e pela União, e os bens dos Estados e do Distrito Federal, apenas pela União. Portanto, da interpretação literal dos dispositivos, extrai-se que os bens da União não são excepcionados do rol de bens que não podem ser tombados, tal como são excluídos do rol dos bens passíveis de serem desapropriados pelos Estados e pelo Distrito Federal, motivo pelo qual se conclui que os bens da União podem ser, em tese, tombados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.*”

<sup>34</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185-186.

superior aos demais entes, pois “cada ente federativo tem sua autonomia consagrada, e lhe é assegurado valer-se de seu patrimônio para cumprir seus fins”.<sup>35</sup>

Em razão do princípio da igualdade, não seria possível estabelecer distinções ou preferências, sendo somente legítimas aquelas pré-estabelecidas pelo constituinte (ponderação constitucional) ou autorizadas pela própria Constituição (sujeitas ao teste de proporcionalidade). Isto é, quando a Constituição quis privilegiar a atuação da União sobre os interesses dos Estados e Municípios, assim o fez expressamente, como ocorre na divisão de bens e repartição de competências (arts. 20 a 22) e a possibilidade de intervenção federal (art. 34). Não é possível conferir uma preponderância *a priori* do interesse de um ente.<sup>36</sup>

Outra objeção reside na ideologia do Estado Novo de fortificação do poder central, refletindo na preponderância da União na desapropriação regulada pelo Decreto-Lei nº 3.365/1941. Haveria, portanto, uma mácula original na lei, pois regra assim não se verificou na legislação anterior.

Adotando uma posição intermediária, e indiretamente se valendo do princípio da proporcionalidade, Eduardo Fortunato Bim sustenta ser possível a desapropriação “em escala inversa” (pelos “entes menores”) quando incidir sobre bens dominicais sem função estratégica, por não ser razoável impedir a desapropriação de bem público sem serventia.<sup>37</sup> Pensamento semelhante já se apresentava em outra parcela da doutrina, ao defender a expropriação de bens das entidades administrativas dos “entes maiores” quando desvinculados aos serviços públicos por elas prestados.<sup>38</sup> Outra solução, abordada por Eurico Sodré, seria a adoção de acordos administrativos diante do conflito de interesses expropriatórios entre entes federativos.<sup>39</sup>

Como exemplificado, a observância cega da norma insculpida no art. 2º, § 2º, pode levar a situações ilegítimas. Ao se considerar a isonomia das pessoas políticas na desapropriação de bens públicos se encontram duas conclusões, extremas e excludentes: (i) a de não ser possível a desapropriação de bens públicos entre entes federativos, ou (ii) a de ser possível que os entes expropiem, entre si, bens que estejam em seu território. Enquanto a primeira conclusão levaria à negação do poder expropriatório, a segunda necessitará ser justificada pelo princípio da proporcionalidade, que se insere como limite implícito às desapropriações, tal como já é feito nas diversas matérias tratadas pela Constituição. O princípio da proporcionalidade também se verifica, de modo implícito e tímido, quando se defende que somente bens desafetados a um interesse público primário possam ser expropriados.

---

<sup>35</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob. cit.*, p. 637.

<sup>36</sup> No entanto, com base na “teoria do terceiro termo”, é possível constatar a prevalência da União enquanto representante do Estado federal, e não quando se apresenta como componente da federação, a título do que ocorre com as chamadas isenções heterônomas. *Cf.* STF (Tribunal Pleno), ADI 1.600, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 26/11/2001.

<sup>37</sup> BIM, Eduardo Fortunato. A validade da desapropriação ascendente de bens públicos dominicais sem função estratégica. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 10, n. 57, mai./jun. 2014, p. 78-98.

<sup>38</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 932.

<sup>39</sup> SODRÉ, Eurico. *A desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 107.

### 3.2. Desapropriação “por zona” e revenda do bem valorizado

Um segundo ponto que levanta controvérsia é o que a doutrina convencionou chamar de “desapropriação por zona” ou “extensiva”. O instituto se encontra positivado no art. 4º do Decreto-Lei nº 3.365/1941,<sup>40</sup> que regulamenta duas hipóteses que autorizam a expropriação de uma área maior do que a inicialmente prevista para realizar o empreendimento público, que são: (i) quando a área for contígua e necessária à obra a que se destina, e (ii) quando tais áreas se valorizarem de forma extraordinária em consequência da realização do serviço, tomadas com a finalidade de revenda.

A primeira situação não parece decorrer maiores problemas, haja vista que se a área contígua for necessária aos fins públicos, deve ela ser indicada no decreto declaratório de interesse público, que de fato haveria: se a área é necessária aos fins que se destinam à desapropriação, então deve ela ser expropriada. Na verdade, nem mesmo seria necessária tal previsão normativa, pois tal possibilidade decorre da lógica do instituto.

É na segunda parte do dispositivo que se suscita dúvidas. Tida como inovação no direito brasileiro, acompanhando as legislações estrangeiras (do início do século passado), foi influenciada pela construção norte-americana da *excess condemnation*,<sup>41</sup> que diz respeito à expropriação de área maior do que a necessária para determinado propósito público,<sup>42</sup> oportunizando recuperar parte dos gastos públicos na implementação da melhoria, através da venda de propriedades não utilizada.<sup>43</sup> Uma importação “à brasileira”, e mantida acriticamente.

Seria compatível com a ordem jurídica poder o Estado expropriar áreas que valorizadas “extraordinariamente” para fins de revenda? Por outro lado, seria legítimo o proprietário obter uma valorização à expensa dos cofres públicos, *i.e.*, custeada pela coletividade? São duas questões que formam o debate sobre a recepção do instituto, mas que são apenas aparentemente excludentes.

De fato, há um preceito geral de que ninguém possa enriquecer à custa dos outros sem que contribua decisivamente para tanto (*nemo potest locupletari detrimento alterius*). No âmbito civil, a norma é prevista no art. 884 do Código Civil de 2002, estabelecendo que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido”. Nas relações jurídico-administrativas, ele é invocado para fundamentar o direito à indenização pelas atividades decorrentes de contrato nulo. É com base neste princípio geral que

---

<sup>40</sup> Art. 4º A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.

<sup>41</sup> WHITAKER, F. *Desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1946, p. 23.

<sup>42</sup> CUSHMAN, Robert Eugene. *Excess condemnation*. New York and London: D. Appleton and Company, 1917, p. 2.

<sup>43</sup> HART, Francis. *Excess condemnation a solution of some problems of urban life*. *Marquette Law Review*, vol. 11, issue 4, jun. 1927, p. 226.

diversos autores sustentam ser possível ao Estado adotar medidas para evitar o enriquecimento sem causa.

Na lição de Lucia Valle Figueiredo, esta possibilidade decorreria do fato de a atual Constituição não mais possuir um caráter individualista, mas “garantidora, também, dos direitos coletivo e difusos, e, sobretudo, asseguradora da função social da propriedade”.<sup>44</sup> Seria, portanto, uma medida de justiça distributiva,<sup>45</sup> onde “a administração transferiria para si essa mais-valia”.<sup>46</sup> O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o assunto nos anos 60, oportunidade na qual o Min. Aliomar Baleeiro deixou assentado: “Acho que é lícito ao poder expropriante - não expropriar para satisfazer a interesses de particulares, - mas ao interesse público, sem limitações, inclusive, me parece, para auferir, da revenda dos terrenos, um proveito que comporte e financie a execução da obra pretendida”.<sup>47</sup>

No Superior Tribunal de Justiça, alguns interessantes precedentes são atribuídos ao Min. Castro Meira.<sup>48</sup> Em seus votos, argumenta-se que, para compensar a valorização imobiliária decorrente de obra ou serviço público, o Poder Público pode se valer dos seguintes instrumentos: contribuição de melhoria, abatimento proporcional na indenização a ser paga ou desapropriação por zona. Ainda, indica a possibilidade de haver duas situações diferentes de “mais valia”: a *ordinária*, que se dá quando os imóveis lindeiros à obra pública se valorizam em proporção semelhante, e a *extraordinária*, quando apenas um grupo de particulares identificados ou identificáveis se beneficia. Com base nesta distinção, sustenta que a recomposição dos gastos na primeira situação deve se dar através da contribuição de melhoria; na segunda situação seria possível a desapropriação por zona. Isto é, a desapropriação por zona seria permitida quando a valorização é específica e individual.

O problema principal desta corrente é que a solução prevista no Decreto-Lei nº 3.365/1941, para combater o enriquecimento sem causa, é a desapropriação para revenda. Esta constatação traz algumas complexidades.

Em primeiro lugar, até mesmo aqueles que defendem o instituto revelam que a revenda dos bens expropriados é típica atividade econômica em sentido estrito. Para Marçal Justen Filho, a medida é salutar devido ao “aproveitamento por parte do Estado das oportunidades empresariais conexas ou acessórias”.<sup>49</sup> Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho indica que “como o expropriante arrecada valores bem mais elevados do que os que pagou a título de indenização, tem a seu favor uma diferença pecuniária que serve para compensar [...] o custo da obra”.<sup>50</sup> Ainda, José

<sup>44</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 313.

<sup>45</sup> CÂMARA FILHO, Roberto Mattoso. *A desapropriação por utilidade pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p. 475.

<sup>46</sup> LIMA, Paulo B. de Araújo. As megalópolis - um fenômeno jurídico moderno. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 113, jul./set. 1973, p. 400.

<sup>47</sup> STF (2. Turma), AI 422.40 AgR/GB, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 16/04/1968, p. DJ 06/09/1968.

<sup>48</sup> Cf. STJ (2. Turma), REsp 795.580/SC, Rel. Min. Castro Meira, j. 12/12/2006, DJ 01/02/2007, p. 448; STJ (2. Turma), REsp 1.092.010/SC, Rel. Min. Castro Meira, j. 12/04/2011, DJe 15/09/2011.

<sup>49</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob. cit.*, p. 642.

<sup>50</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 845.

Cretella Júnior sustenta que esta modalidade é conveniente para a Fazenda Pública do ponto de vista financeiro, que “desfalcada com a indenização prévia, encontra um meio rápido de recuperar-se da quantia desembolsada”.<sup>51</sup> Por fim, Paulo de Araújo Lima afirma que “a expropriação se faz para posterior revenda, para que o governo se beneficie da diferença de preço do imóvel antes e depois da obra pública”.<sup>52</sup>

Este pensamento poderia ser natural para o contexto da época, onde a Constituição de 1937 possibilitava a instituição de monopólios por lei federal (art. 16, VIII) e dava ampla margem de atuação do Estado na economia ao se valer de conceitos abertos (art. 135), contribuindo para o desenvolvimentismo nacional da Era Vargas.

Um exemplo prático é verificado na construção da Avenida Presidente Vargas, uma das mais importantes do Rio de Janeiro, na administração do prefeito Henrique Dodsworth. As obras, que coincidiram com a edição da Lei Geral de Desapropriação, necessitaram da expropriação de centenas de imóveis, e a desapropriação para revenda serviu como forma de financiamento para a abertura da avenida.<sup>53</sup> As desapropriações seriam pagas com... desapropriações.

Transportando estas ideias tomando como base a Constituição de 1988, entendemos haver três problemas na defesa deste instituto: (i) o interesse lucrativo não é fundamento autorizador da desapropriação, que se dirige à satisfação do interesse público primário (CF, art. 5º, XXIV); e (ii) que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (CF, art. 173), através de empresa pública ou sociedade de economia mista, e tais pressupostos não existem na revenda do bem. Além disso, (iii) a figura da desapropriação por zona não se encontra autorizada no texto constitucional, e restrições a direitos fundamentais somente se operam de forma direta (explícita ou implícita no texto constitucional), de forma indireta (quando a Constituição submete à reserva legal) ou pela colisão de direitos (solucionada através de método próprio de interpretação constitucional).

Em segundo lugar: o que é valorização “extraordinária”? Aliás, a lógica do enriquecimento sem causa e igualdade perante as cargas públicas não valeria para uma valorização “ordinária”? Naquele precedente do Superior Tribunal de Justiça, onde foi afirmado que as valorizações extraordinárias estão sujeitas a desapropriação por zona, enquanto que contribuição de melhoria se destinam às valorizações ordinárias, houve uma distinção que sequer encontra respaldo jurídico (e ainda reduz o âmbito da norma constitucional). A indeterminação de critérios, embora seja uma realidade, acarreta sérias dúvidas quando diz respeito à restrições a direitos fundamentais.

---

<sup>51</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado geral da desapropriação*. v. 1. Fase administrativa da desapropriação. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 153.

<sup>52</sup> LIMA, Paulo B. de Araújo. *Ob. cit.*, p. 400.

<sup>53</sup> DODSWORTH, Henrique. *A Avenida Presidente Vargas: aspectos urbanísticos, jurídicos, financeiros e administrativos de sua realização*. Imprensa: Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1955, p. 35-70.

Em terceiro lugar, há problemas práticos. A busca pela eficiência e economia poderia gerar uma situação inversa: o Estado poderia enriquecer sem causa (recebendo mais do que gastou) ou ter um gasto maior do que se previa obter com a revenda (gasta mais do que deveria, em tese, receber). O mercado imobiliário está sujeito a diversas variáveis, e a aventura lucrativa do Estado poderia se transformar em gastos a serem arcados pela sociedade. Isto sem contar nos custos decorrentes do procedimento para a venda do bem incorporado ao patrimônio público e no tempo que se gasta para aliená-lo (e com a demora, pode advir a desvalorização).

Pois bem. Há uma solução intermediária, afastando a desapropriação por zona e não aceitando a valorização do proprietário pelos gastos públicos: a contribuição de melhoria, que conduz aos mesmos resultados.<sup>54</sup> E sendo um meio para atingir o objetivo, o Poder Público não pode se valer de outro que imponha gravames maiores que os necessários.<sup>55</sup> Embora constando na Constituição de 1934, este tributo foi suprimido da Constituição de 1937, sobre a qual foi editado o Decreto-Lei nº 3.365/1941, retornando apenas em 1946. Prevista no art. 145, III, da Constituição de 1988, trata-se de um tributo de competência concorrente, sendo o seu fato gerador a “melhoria, decorrente de obras públicas”.

Este argumento é normalmente encontrado na doutrina. Ainda que sob a égide de outra ordem constitucional, Seabra Fagundes, que antes aceitava a possibilidade de expropriação para revenda, passou a considerá-la incompatível com a Constituição pelas seguintes razões: de não haver interesse público qualificado para autorizar a desapropriação, constituindo desvio de finalidade a desapropriação para revenda; de ser o poder de polícia a medida apta a combater a especulação imobiliária; e pela contribuição de melhoria possuir tal finalidade.<sup>56</sup>

A contribuição de melhoria é um instituto autorizado pela Constituição, sendo a instituição e arrecadação um requisito essencial da responsabilidade na gestão fiscal, não se tratando de atuação direta do Estado na economia e, assim, sem trazer os riscos do empreendimento, sendo um meio menos gravoso para obter o mesmo resultado da desapropriação por zona. Além disso, a valorização do bem traz reflexos na arrecadação fiscal por outros tributos, como o IPTU, ITBI, ITCMD e IR, já que a variável da base de cálculo aumentará.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Ob. cit.*, p. 144.

<sup>55</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 905-906.

<sup>56</sup> FAGUNDES, M. Seabra. Desapropriação para urbanização e reurbanização. Validade da revenda. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 128, abr./jun. 1977, p. 33.

<sup>57</sup> Os argumentos aqui trazidos se limitam a cotejar o ideal originário do Dec.-Lei nº 3.365/1941 e as possibilidades da atual ordem jurídica, como forma de demonstrar a necessidade de um novo marco regulatório sobre desapropriações. Por uma abordagem crítica e sugerindo um meio termo para a questão, cf. PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Desapropriações e remoções na implantação de projetos de infraestrutura: entre avanços e oportunidades. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 134-165, 2017.

### 3.3. Direito de penetrar na área declarada de utilidade pública

Outra disposição que reflete bem o teor arbitrário da Constituição de 1937 para com os direitos fundamentais, é encontrada no art. 7º do Decreto-Lei nº 3.365/1941. A regra indica que, com a declaração de utilidade pública, “ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial”. Para José Cretella Júnior, a penetração decorre da autoexecutoriedade dos atos administrativos, não induzindo a imissão na posse e nem a diminuição de utilização do imóvel.<sup>58</sup>

A regra já se verificava no sistema italiano do século retrasado, em que se autorizavam engenheiros, arquitetos e peritos adentrarem na propriedade para realizar trabalhos relacionados à formação do projeto, precedido de aviso aos proprietário por decreto.<sup>59</sup> Na mesma época, o sistema francês autorizava a entrada de profissionais para realizar operações necessárias aos estudos de elaboração do projeto de obras públicas.<sup>60</sup>

Mas nossa atual lei de desapropriação não é expressa quanto às finalidades do ingresso na propriedade, razão pela qual J. Oliveira e Cruz, ainda sob a luz da Constituição de 1937, a considerava inconstitucional, pois veiculava “uma concessão ampla, irrestrita e perigosamente útil a toda sorte de violências e arbitrariedades”, e “sem que a lei diga porque e para que deve ser feita a visita”, a autoridade não incorreria em abuso de poder.<sup>61</sup> Para a doutrina, esta justificativa se encontrava implícita, pois a finalidade da norma é a de permitir realizar levantamentos e outros atos avaliatórios.<sup>62</sup> Uma tentativa de explicitar a finalidade específica da norma se deu pela Medida Provisória nº 700/2015,<sup>63</sup> mas que perdeu sua eficácia por não ter sido convertida em lei.

<sup>58</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Ob. cit.*, p. 247-248.

<sup>59</sup> Legge n. 2359, 25 giugno 1865, art. 7: Os engenheiros, os arquitetos e os peritos encarregados da formação do projeto preliminar, poderão adentrar na propriedade privada, e proceder as operações planimétricas e outros trabalhos preparatórios que depende a tarefa recebida, desde que sejam munidos de decreto do prefeito ou do vice-prefeito, em cuja província ou circunscrição devem ser feitas as operações, e que seja avisado em três dias de antecedência o proprietário. (tradução nossa)

<sup>60</sup> Loi du 29 décembre 1892, relative aux dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics, art. 1: Os agentes da administração ou os auxiliares aos quais ele delegue seus direitos, não podem penetrar na propriedade privada para executar as operações necessárias ao estudo dos projetos de obras públicas, civis ou militares, executadas pelas contas do Estado, dos departamentos [départements] e das comunas [commune], salvo em virtude de uma decisão prefeitoral indicando as comunas sobre seu território nas quais os estudos devem ser feitos. A decisão será afixada na prefeitura das comunas ao menos dez dias antes, e deve ser mostrado quando requisitado. (tradução livre). A constitucionalidade do dispositivo foi confirmada pelo *Conseil Constitutionnel*, entendendo não se tratar de uma privação do direito de propriedade, de modo que tais limitações seriam proporcionais e justificadas pelo interesse público, embora vedado em casas de habitação (Décision nº 2011-172 QPC du 23 septembre 2011)

<sup>61</sup> CRUZ, João Claudino Oliveira e. *Da desapropriação: Comentários ao Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de Junho de 1941*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1941, p. 43.

<sup>62</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, p. 121.

<sup>63</sup> Redação proposta: “Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas do expropriante ou seus representantes autorizados a ingressar nas áreas compreendidas na declaração, inclusive para

A interpretação do programa normativo não levanta maiores dificuldades. No entanto, sua aplicação pode ser incompatível com a atual ordem constitucional, quando o “prédio” a ser expropriado for juridicamente considerado “casa”, tida como inviolável. Não era assim, no entanto, na Constituição de 1937, que apenas mencionava “a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei” (art. 122, 6º), expressamente suspensa por ocasião da decretação de estado de guerra em 1942, denotando uma grande intervenção nos direitos fundamentais.

Segundo José Sérgio Monte Alegre, considerando a desconsideração prática das liberdades fundamentais pela Constituição de 1937, afirma que “a Constituição Getulista remetia para a legislatura ordinária a tarefa de excepcionar o princípio da inviolabilidade do domicílio, quer durante a noite, quer no correr do dia. Aliás, foi a única Constituição a deixar livre o legislador ordinário em assunto de tamanha dignidade. Todas as outras cuidaram de indicar, elas próprias, em que situações se poderia violar o domicílio à noite”.<sup>64</sup>

De forma bem distinta, a Constituição de 1988 consagrou a inviolabilidade do domicílio em seu art. 5º, inciso XI, que assim dispõe: “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”.

Atualmente prevalece que o termo jurídico “casa” deve ser interpretado de forma ampla, abrangendo a parte interna e externa, isto é, “o jardim, a garagem, as partes externas, muradas ou não, que se contêm nas divisas espaciais da propriedade”,<sup>65</sup> seja por se tratar de uma garantia fundamental ou por razões históricas, “em face dos abusos praticados especialmente nos períodos autoritários”.<sup>66</sup> Suas exceções são expressas e interpretadas restritivamente.

Aqui devemos abrir um parêntese, tendo em vista que o Código Civil de 2002 também possui o chamado direito de penetração como norma de vizinhança. Nos termos do art. 1.313, um proprietário deve tolerar que o vizinho entre no prédio, após avisado previamente, para realizar obras indispensáveis ou apoderar-se de coisas dele que lá se encontrem casualmente. Previsão semelhante já era encontrada no Código Civil de 1916 (art. 587), embora devemos lembrar que o Código Civil de 2002 não é um primor de coerência e atualização, já que sua gênese se encontra entre as décadas de 60 e 70.<sup>67</sup> Assim, para manter a compatibilidade com a garantia de inviolabilidade do domicílio e preservar o dispositivo, entende-se não ser lícito ao proprietário exercer tais faculdades por si só, sem autorização

---

realizar inspeções e levantamentos de campo, podendo recorrer, em caso de resistência, ao auxílio de força policial.”

<sup>64</sup> ALEGRE, José Sérgio Monte. Desapropriação: o art. 7º do Dec.-Lei nº 3.365/41 e a inviolabilidade do domicílio. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 203, jan./mar. 1996, p. 73.

<sup>65</sup> MENDES, Gilmar Ferreira (et al.). *Ob. cit.*, p. 481.

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang (et al.). *Ob. cit.*, 405.

<sup>67</sup> MARINHO, Josaphat. Parecer preliminar sobre o projeto de código civil. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 143-152, 1996, p. 143-144.

do vizinho ou autorização judicial, analisadas as circunstâncias do caso concreto e sob a ótica da razoabilidade.

Da mesma forma, o art. 7º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 veicula um direito da Administração Pública penetrar no prédio declarado como de utilidade pública, para fins de levantamentos, embora não se trate de uma exceção à garantia de inviolabilidade do domicílio.<sup>68</sup> Embora “prédio” possa significar edifício ou edificação, o legislador parece o ter utilizado para se referir à propriedade enquanto bem material imóvel. Não haveria sentido autorizar autoridades administrativas a adentrá-lo para realizar levantamentos se assim não fosse. Ou seja, uma “casa é um prédio”, mas “um prédio pode não ser uma casa”.

Concordamos, então, com a lição de José Sérgio Monte Alegre, ao concluir que “as autoridades administrativas continuam podendo penetrar nos prédios declarados de utilidade pública. Todavia, se tiverem tais prédios a compostura jurídico-constitucional de *casa*, o ingresso nela lhes será interdito”,<sup>69</sup> salvo mediante consentimento do ocupante ou autorização judicial, nos termos do art. 5º, XI, da Constituição de 1988.

#### 4. CONCLUSÃO

A ideologia do Estado Novo, se encontra presente no Decreto-Lei nº 3.365/1941. Dentre suas características se encontravam a promoção de um Estado forte e centralizado (um estatismo decorrente do antiliberalismo e nacionalismo) e a visão organicista dos direitos individuais. Com isto, houve um enfraquecimento da federação, onde os Estados eram governados por interventores, que cumpriam as determinações do governo central, e uma ampliação dos poderes do Presidente da República. Além disso, a época foi marcada pelo cerceamento de garantias individuais, sobretudo pela decretação do estado de emergência. O interesse da “Nação” fundava limitações e restrições a direitos, e o indivíduo era visto como um meio para se atingir este fim.

Compreender este contexto histórico revela detalhes importantes sobre o Decreto-Lei nº 3.365/1941, que ainda mantém o protagonismo na regulamentação das desapropriações por utilidade pública. Por trás dos seus dispositivos podem ser estar escondidas razões que a atual ordem jurídica deve eliminar.

Quebrando a tradição autoritária de violação a direitos fundamentais, a Constituição de 1988 trouxe uma nova dogmática jurídica, reaproximando o Direito e a moral e irradiando seus valores e princípios por toda a ordem jurídica. A nova dogmática demanda uma releitura na aplicação desses institutos à luz da

<sup>68</sup> No âmbito dos tribunais superiores, poucas são as referências sobre a norma, embora os julgados não trazem maiores considerações sobre ela, apenas considerando se tratar de um dos efeitos da declaração de utilidade pública, para que autoridades administrativas possam avaliar o bem (cf. STJ (1. Turma), RMS 40.730/TO, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 25/02/2014, DJe 26/05/2014; STF, MS 26.198 MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 07/03/2007, DJ 30/03/2007), de modo a não dificultar a execução da obra pública (cf. STF (1. Turma), RE 49.820, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 28/06/1962, DJ 06/09/1962).

<sup>69</sup> ALEGRE, José Sérgio Monte. *Ob. cit.*, p. 74. Grifo do original.

Constituição. Partindo desta premissa, é possível encontrar no Decreto-Lei nº 3.365/1941 disposições incompatíveis com Constituição de 1988, tornando necessária sua constante reinterpretação, algo raramente encontrado na doutrina e não observado pelos tribunais.

Para além de outros dispositivos, foi verificada que não mais se sustenta a defesa da União ser superior aos demais entes federados, uma suposta primazia a priori de seus interesses em relação aos dos demais, como se todos não fossem o mesmo interesse público. Constatou-se que a incompatibilidade de se desapropriar para revender o bem valorizado, transformando o Estado em um corretor de imóveis, sobretudo quando a contribuição de melhoria ser um instrumento autorizado pela Constituição que atinge os mesmos fins e de modo menos gravoso. Por fim, difícil seria compreender a possibilidade de adentrar em um domicílio através de decreto, tal como prevê a lei de desapropriação, quando a Constituição de 1988 é enfática ao estabelecer os requisitos em que a inviolabilidade do domicílio é relativizada: por consentimento do morador ou por autorização judicial.

Após 75 anos de sua edição, o Decreto-Lei nº 3.365/1941 não acompanhou as mudanças ocorridas no Brasil, sobretudo a realizada pela Constituição de 1988. O conteúdo anacrônico dessa lei demanda uma revisão e adaptação aos novos desafios, algo constantemente reiterado a cada aniversário seu.

## 5. REFERÊNCIAS

ALEGRE, José Sérgio Monte. Desapropriação: o art. 7º do Decreto-Lei nº 3.365/41 e a inviolabilidade do domicílio. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 203, p. 71-74, jan./mar. 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. O que está por trás do sentido atribuído à propriedade? *SELA (Seminario en Latinoamerica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, Paper 55, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 52, p. 36-64, 1999.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BATBIE, Anselme. *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*. t. 2. ed. Paris: Larose et Forcel, 1885.

BIM, Eduardo Fortunato. A validade da desapropriação ascendente de bens públicos dominicais sem função estratégica. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 10, n. 57, p. 78-98, mai./jun. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CÂMARA FILHO, Roberto Mattoso. *A desapropriação por utilidade pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

CAMARGO, Margaria Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial 2001.

CAPELATO, Maria Helena. O Estado Novo: o que trouxe de novo? In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. (Org.). *O Brasil republicano*. v 2: o tempo do nacional-estatismo - do início da década de 1930 ao apogeu do Estado novo. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado geral da desapropriação*. v. 1. Fase administrativa da desapropriação. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CRUZ, João Claudino Oliveira e. *Da desapropriação: Comentários ao Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de Junho de 1941*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1941.

CUSHMAN, Robert Eugene. *Excess condemnation*. New York and London: D. Appleton and Company, 1917.

DODSWORTH, Henrique. *A Avenida Presidente Vargas: aspectos urbanísticos, jurídicos, financeiros e administrativos de sua realização*. Imprensa: Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1955.

FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1942.

\_\_\_\_\_. Desapropriação para urbanização e reurbanização. Validade da revenda. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 128, p. 27-35, abr./jun. 1977.

FAUSTO, Boris (dir.). *História geral da civilização brasileira*. t. 3: o Brasil republicano, v. 10: sociedade e política (1930-1964). 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

FEDERIGHI, Wanderley José; SHINTATE, Francisco Carlos Inouye. (Org.). *Ação de desapropriação: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUASTINI, Riccardo. La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

HART, Francis. Excess condemnation a solution of some problems of urban life. *Marquette Law Review*, vol. 11, issue 4, jun. 1927.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Paulo B. de Araújo. As megalópolis - um fenômeno jurídico moderno. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 113, p. 395-403, jul./set. 1973.

MARINHO, Josaphat. Parecer preliminar sobre o projeto de código civil. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 143-152, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Desapropriações e remoções na implantação de projetos de infraestrutura: entre avanços e oportunidades. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 134-165, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SERRIGNY, Denis. *Droit public et administratif romain*. t. 2. Paris: Durand, 1862.

SILVA, Carlos Medeiros. Evolução do regime federativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 39, p. 1-15, jan. 1955.

SILVA, José Afonso da. Constitucionalismo federal no Brasil nos últimos 70 anos. *Serie B. Estudios comparativos - Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM*, México, n. 24, p. 407-449, 1988.

SODRÉ, Eurico. *A desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. Revisão da desapropriação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, p. 38-48, abr./jun. 1993.

WHITAKER, F. *Desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1946.