

DESAPROPRIAÇÃO: O ART. 7º DO DEC.-LEI Nº 3.365/41 E A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE*

1. Com a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, retoma-se a questão, entre nós freqüentemente renovada, da recepção de normas da ordem jurídica anterior. De momento, interessa saber qual o atual alcance do art. 7º do Decreto-lei nº 3.365/41, em face do direito à inviolabilidade do domicílio, que a Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes do País, nos seguintes termos (art. 5º, XI):

“A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial.”

Vejamo-lo, a seguir.

2. Literatura jurídica sobre desapropriação, neste País de tantas carências, é que não falta, felizmente. Literatura farta, abundante, e, no geral, de muitíssimo boa qualidade. E os autores que escreveram sobre o tema parecem concordar que se trata de um procedimento decomposto em duas fases: a fase declaratória e a fase executória, esta última podendo ser extrajudicial ou judicial. *Extrajudicial*, quando há concordância entre expropriante e expropriado quanto ao preço, forma e condições de pagamento, nenhuma desavença os separando. *Judicial*, em caso contrário. Contudo, ainda assim, não se tolhe a possibilidade de o titular do bem comparecer a juízo e aí reconsiderar a sua recusa, aceitando o preço que lhe houvera sido oferecido pelo expropriante. Acaso persista a recusa, a desapropriação assume perfil contencioso, nos termos do Decreto-Lei nº 3.365/41.

3. Relativamente à fase declaratória, aquiescem os mesmos autores em que não é suficiente, só por si, para transferir a titularidade do bem sobre que recai a declaração de utilidade pública. Isso nada obstante, lhe reconhecem alguns efeitos, a saber:

- 3.1. submete o bem à força expropriatória do Estado;
- 3.2. fixa o estado do bem;

* Professor da Universidade Federal de Sergipe e Procurador de Justiça.

3.3. inicia a fluência do prazo de caducidade do ato declaratório, que é de 5 (cinco) anos;

3.4. e, enfim, permite aos agentes da autoridade pública que penetrem no prédio, embora não lhes autorize o comportamento abusivo.

4. É o que têm escrito os autores, sem restrições, ressalvas, reservas, ou entrelinhas, mesmo à luz da Constituição de 5 de outubro de 1988, atualmente em vigor, apesar de precocemente mutilada. Confira-se, a propósito. HELY LOPES MEIRELLES, em *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª edição, pp. 521/522; CELSO RIBEIRO BASTOS, em *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 1994, p. 223; DIÓGENES GASPARINI, em *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 4ª edição, p. 460; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 3ª edição, pp. 124/125; CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, em *Elementos de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, 3ª edição, p. 272.

Por ora, dos efeitos da declaração de utilidade pública o que interessa é aquele que diz com a penetração no prédio pelos agentes do Poder Público.

5. Realmente, diz o art. 7º do Decreto-lei nº 3.365/41:

“Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial.

Àquele que for molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal.”

5.1. *Prédios*, diz o art. 7º, sem individualizá-los seja pela natureza, seja pela serventia ou destinação. Tal como redigida, a norma desse artigo alcança inclusive a *casa*, cuja inviolabilidade restou garantida em todas as Constituições brasileiras, desde a imperial de 1824 até a republicana de 1988. E inviolabilidade que somente admitia ser excepcionada em duas situações:

1) à noite, nos casos expressamente consignados nas Constituições de 1824; 1891; 1934; 1946; 1967/1969.

2) durante o dia, nos casos e pela forma que a lei viesse a estabelecer.

5.2. *Confira-se*:

— “Todo o cidadão tem em sua casa um asylo inviolável. De noite, não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada, nos casos, e pela maneira que a Lei determinar”. (art. 179, VII, da Constituição de 1824):

— “A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode ali penetrar, de noite, sem consentimento do morador, sinão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia sinão nos casos e pela forma prescriptos na lei” (art. 172, § II, da Constituição de 1891);

— “A casa é o asylo inviolável do indivíduo. Nella ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescriptos na lei” (art. 113, 16º, da Constituição de 1934);

— “A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou

desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer” (art. 146, § 15, da Constituição de 1946);

— “A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer” (art. 150, § 10 da Constituição de 1967);

— “A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer” (art. 153, § 10, da Constituição de 1969).

5.3. Na Constituição de 1937, garantia-se a inviolabilidade do domicílio, salvas as exceções expressas em lei (art. 122, nº 6).

5.4. À sua vez, o Decreto-Lei nº 3.365/41 foi editado sob a vigência da Constituição de 1937, de triste memória, porque evocativa de um tempo de despreço às liberdades fundamentais.

E, àquela época, nenhuma área de atrito, nenhuma zona de fricção, existia entre aqueles dois textos de hierarquia normativa diferenciada. Afinal, 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. E o Decreto-Lei nº 3.365/41 nada mais fez do que abrir uma exceção à inviolabilidade domiciliar, em proveito das autoridades administrativas e em matéria expropriatória. Posteriormente, foi recepcionado pelas Constituições de 1946 e 1967/69, pela simples razão de haverem essas Constituições convidado o legislador ordinário a dizer em que casos e sob que formas se poderia penetrar em casa alheia, *durante o dia*, sem o consentimento do morador.

5.5. Sucede, porém, que a partir de 5 de outubro de 1988, o Brasil passou a viver sob nova Constituição, não apenas diferente, mas contrária à de 1937, porque esta refletia a feição de um Estado autoritário e, aquela, a de um Estado Democrático, contraponto exato daquele.

Pois bem.

A nova Constituição dispensou à inviolabilidade do domicílio o tratamento mais generoso de que se tem notícia na história do constitucionalismo brasileiro. Deveras, contrariamente a todas as que a precederam no tempo, a Lei Fundamental de 1988 não abriu espaço, mínimo que fosse, para a atuação do legislador ordinário, na matéria. Excluiu liminar e radicalmente qualquer colaboração, no particular. Iniciou e esgotou a formulação normativa sobre a inviolabilidade domiciliar, alcançando assim o administrador tanto quanto o legislador.

Veja-se, novamente:

“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” (art. 5º, XI).

5.6. Aí está toda a diferença. Agora, já não é mais possível à legislação indicar

os modos e a forma de exceções diurnas à inviolabilidade do domicílio, como antes. À vista da atual Lei Republicana, o que se tem é o seguinte:

a) a casa é asilo inviolável;

b) somente nela se pode penetrar com o consentimento do morador, salvo:

b.1) durante *a noite ou o dia*, em casos de desastre, flagrante delito ou para prestar socorro;

b.2) *e, durante o dia, mediante determinação judicial.*

Vê-se, pois, que a Constituição de 1988 levou extremamente a sério a célebre frase atribuída ao Lord Chatan, conforme depoimento recolhido em João Barbalho, comentando a Constituição de 1891:

“E por que razão a casa de cada um é sua cidadella, sua fortaleza? Será por ser defendida por muralhas? Não. Seja mesmo uma choupana, em que penetrem a chuva e o vento, o rei não pode lá entrar.”

A fórmula constitucional inadmite hesitação. Sem consentimento do morador não se ingressa na casa, salvo à noite ou de dia, para acudir vítima de desastre, prestar socorro ou em caso de flagrante delito. *Fora dessas situações, somente se tolera a violabilidade domiciliar durante o dia e, ainda assim, por determinação judicial.* E determinação judicial fundamentada, sob pena de nulidade (art. 92, IX, da Constituição Federal).

5.7. Concluindo: 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, salvo se para tanto munidas de prévia habilitação judicial, necessária e adequadamente fundamentada.

Esta, a nosso ver, a compreensão atual do art. 7º do Decreto-lei nº 3.365/41. Nem mais, nem menos.