



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A AFASTABILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA MEDIANTE A
COMPROVAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CULPA

Tamires Kreischer Barros

Rio de Janeiro
2017

TAMIRES KREISCHER BARROS

A AFASTABILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA MEDIANTE A
COMPROVAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CULPA

Artigo Científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A AFASTABILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA MEDIANTE A COMPROVAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CULPA

Tamires Kreischer Barros

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: A intervenção do Estado na propriedade privada é tema controverso e deve ser tratado com muita cautela, uma vez que o direito à propriedade é previsto pela Constituição Federal, no artigo 5º, XXII, como um direito fundamental. A medida expropriatória, por ser a mais gravosa dentre as existentes em nosso ordenamento jurídico, precisa ter suas condições bem delimitadas, a fim de que haja segurança jurídica. Tendo em vista esse cenário, pretende-se com este artigo fazer uma análise da jurisprudência do STF relativa ao instituto da desapropriação confiscatória, desde alcance da sanção prevista pelo art. 243 da CF/88 até a possibilidade de afastamento da medida. Considerando-se o julgado mais recente da Corte em relação ao tema, o presente artigo trata da natureza responsabilidade do proprietário e de suas consequências, com o objetivo de demonstrar a necessidade de uma flexibilização das posições anteriormente adotadas na jurisprudência.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito de Propriedade. Limitações. Intervenção do Estado na propriedade. Desapropriação. Confisco.

Sumário: Introdução. 1. Natureza, objetividade jurídica e procedimento da medida prevista pelo art. 243 da CF/88. 2. Extensão da desapropriação confiscatória: análise a partir da jurisprudência e da doutrina. 3. Relevância do elemento subjetivo do proprietário e afastabilidade da sanção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objetivo discutir a possibilidade de afastamento da medida de desapropriação confiscatória e o alcance da norma que sobre ela dispõe, tendo em vista seu impacto social. Busca-se, ainda, a realização de uma análise acerca de seus efeitos em relação ao coproprietário.

O estudo proposto se faz necessário, pois, dentre as modalidades de intervenção do Estado na propriedade, a medida mais drástica é sem dúvidas a expropriação, que em nosso ordenamento jurídico pode ser ocasionada pelo cultivo de plantas psicotrópicas ou pela manutenção de trabalho escravo na propriedade.

A sanção em questão, de acordo com o artigo 243 da Constituição Federal de 1988, gera perda da propriedade, sem que haja direito ao recebimento de qualquer espécie de indenização. Em razão disso, observa-se que o tema é relevante de interesse social, de maneira que as hipóteses e a forma de aplicação da norma devem ser bem delimitadas.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da possibilidade de afastar a desapropriação, caso fique demonstrada a total ausência de culpa, flexibilizando a penalidade em comento.

No primeiro capítulo, será feito um estudo acerca da natureza jurídica do instituto, considerando sua localização topográfica na Constituição Federal e o entendimento doutrinário sobre o tema. Pretende-se, com isso, compreender o objetivo do constituinte ao tratar da medida.

Em um segundo momento, no capítulo seguinte, será feita uma análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal com relação à extensão da sanção, tanto no que se refere ao coproprietário quanto em relação à área a ser expropriada. A partir de então, far-se-á um estudo crítico do entendimento jurisprudencial, considerando os princípios constitucionais e as posições doutrinárias relativas ao tema.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a relevância do elemento subjetivo do proprietário como fator a afastar a expropriação.

A pesquisa será desenvolvida, principalmente, por meio da metodologia bibliográfica, valendo-se de decisões jurisprudenciais paradigma do Supremo Tribunal Federal, bem como de obras doutrinárias, pareceres e artigos científicos, tendo em vista que a pesquisadora pretende analisar a solução dada pela Corte aos casos concretos que lhe foram apresentados, comparando com a doutrina existente sobre o tema, a fim de apontar melhores soluções para as controvérsias que surgem a partir do tema.

O trabalho, portanto, adotará um método descritivo, qualitativo e exploratório, buscando extrair informações que fundamentem o raciocínio e as conclusões dispostas na tese.

1. NATUREZA, OBJETIVIDADE JURÍDICA E PROCEDIMENTO DA MEDIDA PREVISTA PELO ART. 243 DA CF/88

O instituto objeto de estudo no presente artigo se difere das demais formas de intervenção do Estado na propriedade — quais sejam: desapropriação, servidão administrativa, requisição, ocupação temporária, tombamento e limitação administrativa —, uma vez que não gera o direito ao recebimento de indenização, em razão de ser reflexo do poder punitivo do Estado, ocasionado pelo cultivo ilegal de plantas psicotrópicas ou pela exploração de trabalho escravo na propriedade.

Em sua gênese, a norma constitucional previa apenas o cultivo ilegal de psicotrópicos como causa ensejadora da perda da propriedade. A posterior inclusão da exploração de trabalho escravo se deu com a promulgação da EC 81 de 2014¹.

É possível buscar a definição do que seria considerado trabalho escravo por meio do conceito trazido pelo art. 7º, alínea “a”, da Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, promulgada pelo Decreto nº 58.563², de 1º de junho de 1966, que dispõe:

Para os fins da presente Convenção:

a) "Escravidão", tal como foi definida na Convenção sobre a Escravidão de 1926, é o estado ou a condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou parte dos poderes atribuídos ao direito de propriedade e "escravo" é o indivíduo em tal estado ou condição;

No ordenamento jurídico pátrio há, ainda, a tipificação da redução a condição análoga à de escravo como crime, pelo art. 149 do Código Penal³, que traz as condutas que caracterizam o delito. Tais condutas, entretanto, são conceituadas de forma vaga e imprecisa, de modo que se faz urgente a edição de norma mais específica, delimitando a prática.

No que se refere à natureza dessa medida expropriatória, consequência da comprovação das mencionadas práticas, não é possível inferi-la a partir de sua localização topográfica na Constituição Federal de 1988⁴, pois observa-se que constituinte optou por inserir o art. 243 na CF/88 no Título IX, que trata de disposições gerais. Todavia, é possível encontrar na doutrina brasileira diversas posições com relação ao tema, que consideram o fato de não haver indenização para classificá-lo.

O consagrado autor Hely Lopes Meirelles⁵ ensina que, na realidade, trata-se de confisco, e não de uma modalidade de desapropriação, não obstante o tratamento empregado pelo constituinte no texto do artigo 243 da CF/88⁶, ao falar em “expropriação”.

Em sentido diverso, na obra “Manual de Direito Administrativo”, o célebre administrativista José dos Santos Carvalho Filho⁷ defende o tratamento da medida como

¹ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 81* de 5 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc81.htm>. Acesso em 02 abr. 2017

² BRASIL. *Decreto nº 58.563/1*, de 1º de junho de 1966. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/trabalho-escravo/convencao_escravatura_genebra_1926.pdf>. Acesso em 23 de out. de 2017.

³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 03 abr. 2017

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02. abr. 2017

⁵MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 640.

⁶Ver item 3.

modalidade de desapropriação, a qual denomina de “desapropriação confiscatória”, ressaltando seu caráter punitivo. No presente artigo, optou-se por adotar a nomenclatura estabelecida por este autor.

Não obstante as diferentes posições doutrinárias sobre a natureza do instituto, o ponto de convergência é o entendimento de que há um confisco por parte do Estado, ou seja, o poder público toma a propriedade das terras, como forma de punição pela prática das atividades delituosas.

A razão de não haver compensação financeira ao proprietário, por conseguinte, torna-se evidente. Caso contrário, haveria um contrassenso, e não seria alcançado o efeito desejado pelo constituinte, de coibir o exercício de essas práticas.

A norma surgiu com o objetivo de impedir a proliferação de plantações de narcóticos, como já ocorria em alguns países da América do Sul, segundo lição de Maria Celina Bodin de Moraes⁸.

A autora explica, ainda, que no Brasil “não se planta a coca e as plantações de maconha sempre foram, historicamente, modestas, feitas por pequenos agricultores para fazer frente, principalmente, às dificuldades do sertão pernambucano”.

É possível concluir que, não obstante não haver disseminação do plantio no território brasileiro, o constituinte entendeu por bem adotar uma norma de finalidade preventiva, considerando-se a realidade enfrentada pelos países vizinhos.

Por sua vez, a inserção do trabalho escravo no texto se deu após cerca de quinze anos de tramitação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 57-A/99, em razão da premente necessidade de repressão de tal conduta, visto que até 2013, ano anterior à promulgação da Emenda, 2.063 trabalhadores haviam sido resgatados em situação análoga à escravidão⁹.

A norma, portanto, surgiu da intenção do constituinte de coibir ao máximo as práticas mencionadas, para que, além de outras sanções já previstas aos agentes, as terras sejam

⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 812.

⁸BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Interpretação e aplicação do disposto no artigo 243 da Constituição, que prevê a expropriação de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/interpretacao-e-aplicacao-do-disposto-no-artigo-243-da-constituicao/>>. Acesso em 04 abr. 2017

⁹PORTAL BRASIL. *Após 15 anos, PEC do Trabalho Escravo é aprovada por unanimidade*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/05/apos-15-anos-pec-do-trabalho-escravo-e-aprovada-por-unanimidade>>. Acesso em 04 abr. 2017

revertidas para o desenvolvimento de atividades proveitosas à coletividade, de modo a reparar a sociedade pelos danos causados.

O artigo 243 da CF/88¹⁰ está regulamentado pela Lei n. 8.257/91¹¹ e pelo Decreto 577/92¹², que definem a forma como será procedida a desapropriação confiscatória.

O referido Decreto dispõe sobre a competência da Polícia Federal para promover as diligências que levarão à localização e identificação do local onde se verificam indícios de culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou manutenção de trabalho escravo.

Após conclusão do inquérito policial que averiguar as práticas, sua cópia, juntamente aos dados para elaboração de relatório técnico, são remetidos ao representante da União, a fim de que se promova a ação expropriatória.

O Decreto confere ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) poderes para se imitar na posse das terras, ao início do procedimento. Uma vez ajuizada a ação, esta segue o procedimento da Lei 8.257/91¹³.

Importante destacar que, embora os motivos tidos como pressupostos da desapropriação confiscatória configurem a prática de infração penal, suas normas reguladoras não prevêem como condição o ajuizamento de ação penal.

Observa-se que o rito processual da desapropriação confiscatória também se difere das desapropriações comuns. O procedimento é célere, não há expedição de decreto declaratório prévio, oferta de preço, nem juntada de exemplar do Diário Oficial¹⁴.

Os prazos são exíguos, o perito é nomeado após a citação, com oito dias para apresentar o laudo; a partir da juntada do mandado, a contestação e a indicação de assistentes técnicos deverão ser apresentadas em até 10 dias; após a contestação, o juiz designa audiência de instrução e julgamento em até 15 dias.

Após a sentença que decida pela procedência do pedido, as terras serão destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. Essa foi a forma que o constituinte encontrou de dar uma destinação às terras que atinja a sua finalidade social.

¹⁰ BRASIL. Op. cit. Nota 3.

¹¹ BRASIL. *Lei n. 8.257*, de 26 de novembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8257.htm>. Acesso em 02 abr. 2017

¹² BRASIL. *Decreto n. 577*, de 24 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0577.htm>. Acesso em 02 abr. 2017

¹³BRASIL. Op. cit. Nota 3.

¹⁴CARVALHO FILHO. Op. cit. p. 890

2. EXTENSÃO DA DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA: ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOCTRINA

Uma vez realizado o estudo acerca da natureza jurídica do instituto, da objetividade da norma e do procedimento da desapropriação confiscatória, torna-se imprescindível que se analise a extensão da medida, de modo que seja esclarecido o quanto do terreno será expropriado – se o será sua totalidade ou se somente a parte em que tiver sido demonstrado que houve a efetiva utilização para o exercício de atividade ilícita – e quem serão os sujeitos afetados.

Primeiramente, com relação à área desapropriada, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 543.974¹⁵, decidiu que a perda se dá na totalidade do terreno cujo uso tenha sido desvirtuado pelas atividades delituosas.

No referido julgamento, a Corte enfrentou a questão referente ao significado do termo “gleba”, empregado na antiga redação do art. 243, da CF/88¹⁶, uma vez que havia dúvida se a expressão pretendia fazer referência a uma área determinada do terreno ou à propriedade como um todo. Assim dispunha a redação antiga do artigo:

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

No Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹⁷, havia o entendimento de que gleba seria uma porção de terra destinada à agricultura e que, portanto, o constituinte determinava que tão-somente aquela parte da propriedade seria objeto da sanção. Até a manifestação do Supremo Tribunal acerca do tema, esse entendimento prevalecia.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 543974/MG*, Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=543974&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

¹⁶ BRASIL. Op. cit. Nota 4.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *AP nº 0091346-38.1998.4.01.0000/MG*, Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=199801000953831&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em 23 out. 2017.

Tratava-se de uma posição bastante razoável, considerando-se a definição trazida nos dicionários, que explicam “gleba” como “terreno apropriado para cultivos; leiva, torrão”¹⁸, de forma que era possível concluir que as “glebas”, a que se referiam o constituinte, seriam apenas as porções de terra efetivamente cultivadas.

Tendo em vista a gravidade da sanção, parece que o mais coerente seria uma interpretação restritiva da norma. O STF, porém, concluiu que:

gleba, no artigo 243 da Constituição do Brasil, só pode ser entendida como a propriedade na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. O preceito não refere áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas as glebas, no seu todo.¹⁹

Com a definição acerca do sentido da terminologia, o Supremo Tribunal decidiu que, pela literalidade da norma constitucional, não seria possível o entendimento no sentido da expropriação parcial.

Afastou-se, ainda, no referido julgamento, a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade com objetivo de quantificar a proporção de terras a ser confiscada, pois os ministros do Supremo entenderam que não cabe ao Judiciário apontar suposto “desvio” do constituinte, corrigindo o que entender ser excesso.

Com o advento da EC 81²⁰, entretanto, tal discussão foi superada, pois a redação da norma constitucional passou a dispor sobre “propriedades urbanas ou rurais”, e não mais “glebas”. A redação do art. 243 da CF/88 foi significativamente alterado, passando a dispor:

As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)

Não obstante a mudança no texto constitucional, há na doutrina críticas ao entendimento do STF, considerado demasiadamente rigoroso e em dissonância ao postulado da razoabilidade.

¹⁸MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=gleba>>. Acesso em 17 jul. 2017.

¹⁹BRASIL. Op. cit. Nota 15.

²⁰BRASIL. *Emenda Constitucional n. 81* de 5 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc81.htm>. Acesso em 02 abr. 2017

A autora Maria Celina Bodin de Moraes²¹ defende que o artigo constitucional deveria ser interpretado em conformidade com o princípio da proibição do excesso, pelo qual a restrição a um direito fundamental deve ser limitado ao estritamente necessário para dar cumprimento à norma.

A proibição do excesso, juntamente à proibição da proteção insuficiente, faz parte da estrutura do princípio da proporcionalidade desenvolvida pela doutrina alemã, conforme ensinam Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco.²²

A medida da atuação do Estado, de acordo com o que se extrai dos conceitos de proibição do excesso e da proibição da proteção insuficiente, deve considerar um garantismo negativo, a fim de que a intervenção estatal não se torne abusiva sob o argumento de proteção, e um garantismo positivo, que tem por escopo evitar que a proteção de direitos fundamentais pelo Estado não seja tão limitada a ponto de se tornar inócua.

Os autores elucidam que a Administração, ao aplicar uma medida protetiva deve considerar se seria cabível alguma outra, de igual eficácia, porém menos invasiva, conforme lição que se segue:

Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que “a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (untermässig), porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (unverhältnismässig im engerem Sinn).

Ao analisar as vertentes do princípio da proporcionalidade, portanto, parece correto o entendimento da doutrinadora Maria Celina Bodin de Moraes²³, pois, não obstante à impossibilidade de o Judiciário sopesar a proporcionalidade do constituinte, o julgador deve observar o referido princípio quando da aplicação da norma. Não se trata de avaliar a qualidade da norma, mas de adequá-la aos casos concretos, a fim a alcançar uma decisão equilibrada.

No caso da desapropriação confiscatória especificamente, a desapropriação exclusivamente da parcela de terras onde for verificado o cultivo de plantas psicotrópicas parece suficiente para coibir a conduta, tendo em vista que já representa um sensível decréscimo patrimonial para o infrator.

²¹MORAES. Op. cit. Nota 8.

²²BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 364-367.

²³ MORAES. Op. cit. Nota 8.

Outrossim, no primeiro capítulo do presente artigo, ao ser analisada a objetividade jurídica da norma, foi visto que o constituinte pretendeu coibir a prática de cultivo de plantas psicotrópicas, da forma como ocorria em outros países vizinhos, mas que no Brasil esse plantio sempre se deu de forma modesta, conforme lição de Bodin de Moares²⁴. Considerando essa informação, é criticável uma reprimenda tão gravosa uma vez que não se observa o alastramento desse cultivo em nosso país.

Se a intenção era evitar que houvesse cultivo de forma disseminada e em grandes quantidades, uma vez que não observada a ocorrência desse fato, não se faz necessária uma medida tão invasiva, sendo a desapropriação parcial suficiente como medida punitiva.

O mesmo entendimento não merece ser aplicado no caso de exploração de trabalho escravo, pois se trata de conduta mais grave, inclusive combatida em âmbito internacional, de modo que a reprimenda deve ser maior.

Quanto à questão dos coproprietários, o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento do Recurso Extraordinário 635.336²⁵, que, ainda que haja boa-fé de algum dos condôminos, não será afastada a sanção, restando ao proprietário prejudicado buscar ressarcimento na esfera cível.

3. RELEVÂNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO PROPRIETÁRIO E AFASTABILIDADE DA SANÇÃO

A redação do art. 243 da CF/88²⁶ não esclarece a natureza da responsabilidade do proprietário, quando constatada a prática das condutas sujeitas à desapropriação confiscatória. Por essa razão, verificava-se a necessidade da manifestação do Supremo a fim de dirimir a dúvida existente em relação à possibilidade de, uma vez comprovada a ausência de culpa, o proprietário evitar a perda do imóvel.

A responsabilização do agente causador de um dano resultante de um ato ilícito pode, ou não, considerar a conduta e o elemento volitivo.

²⁴ Idem.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 635336*, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=17&dataPublicacaoDj=01/02/2017&incidente=4029283&codCapitulo=2&numMateria=42&codMateria=4>>. Acesso em: 05 ago. de 2017.

²⁶ BRASIL. Op. cit. Nota 3.

Quando a culpa for um elemento necessário para a responsabilização, estaremos diante da responsabilidade subjetiva. Na lição do jurista Carlos Roberto Gonçalves²⁷, na responsabilização subjetiva a culpa um é fundamento da responsabilidade. Nas palavras do autor:

Em não havendo culpa, não há responsabilidade. [...] Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Por outro lado, quando somente for exigida a demonstração de umnexo causal e o resultado, haverá responsabilidade objetiva.

No julgamento do RE nº 635336/PE²⁸, a Corte enfrentou essa importante questão: a possibilidade de afastamento da sanção na hipótese de o proprietário demonstrar que não teve culpa relacionada ao cultivo ilegal realizado na propriedade.

O Tribunal Pleno decidiu, por unanimidade que “a expropriação prevista no art. 243 da Constituição Federal pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que *in vigilando* ou *in eligendo*”.

Portanto, foi pacificada a questão, estando claro hoje que a responsabilidade, neste caso, é subjetiva (embora o Ministro Relator tenha destacado que muito se aproxima da objetiva). Esse entendimento significa uma mitigação da jurisprudência da Corte, que até então, aplicava com extremo rigor o dispositivo constitucional.

Tendo em vista que no julgado o Tribunal determinou que deverá haver prova da ausência de culpa, sendo ela “*in vigilando*” ou “*in eligendo*”, demonstra-se adequada uma breve explicação sobre os conceitos dessas modalidades de culpa.

A culpa “*in eligendo*”, como o próprio nome sugere, diz respeito à responsabilidade do sujeito em razão de sua má escolha ao eleger, nomear um representante ou preposto para a prática de um ato, ou ainda ao contratar um funcionário.

Um exemplo de culpa “*in eligendo*” seria a contratação de um funcionário que, no exercício de suas atividades, cause um dano a um terceiro. Nessa situação, o empregador responderia pelos danos causados, uma vez que escolheu mal seu funcionário.

Quanto à culpa “*in vigilando*”, refere-se àquela que é ocasionada pela falha, pela falta do cumprimento do dever de vigiar. Como exemplo de culpa “*in vigilando*” é possível

²⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 4. Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, ebook.

²⁸BRASIL Op. cit. Nota 24.

imaginar uma hipótese em que um adolescente danifica a propriedade de um terceiro e seus pais respondem pelo dano material, uma vez que tinham o dever jurídico de vigiar o filho sob sua autoridade.

O proprietário das terras objeto de ação expropriatória terá, portanto, o ônus da prova de demonstrar que não teve culpa em nenhum desses aspectos.

Em uma primeira análise, parece difícil supor uma situação em que o proprietário poderia demonstrar que não teve culpa ou que não descumpriu seu dever de vigilância ou escolha, contudo, o Relator do recurso, ministro Gilmar Ferreira Mendes, exemplificou da seguinte forma: “o proprietário pode afastar sua responsabilidade demonstrando que não incorreu em culpa, pode provar que foi esbulhado ou até enganado por possuidor ou detentor”.²⁹

Portanto, em uma situação hipotética em que o proprietário demonstre que seu imóvel foi invadido e, durante esse período houve cultivo de plantas psicotrópicas, poderia ser evitada a desapropriação.

O recente entendimento do Supremo Tribunal Federal³⁰ parece o mais adequado, à luz do princípio da razoabilidade, tendo em vista que seria extremamente desarrazoado sancionar o proprietário com a perda de toda sua propriedade na hipótese de o ilícito ter sido provocado sem sua culpa, independentemente de sua vontade.

Esse precedente confere uma proteção ao proprietário que se fazia necessária com o advento da nova redação do art. 243 da Carta³¹, em razão da menção ao art. 5º do mesmo diploma, que assegura o direito fundamental à propriedade. A responsabilização objetiva fragilizaria esse direito, deixando o proprietário vulnerável e sujeito a perda de seu bem imóvel, ainda que em situação em que não pudesse ter evitado o ilícito.

Não se deve olvidar que a Administração Pública, na execução de seus atos, deve avaliar se as medidas efetuadas são compatíveis com a finalidade desejada.

Cabe aqui, lição da ilustre doutrinadora Maria Sylvania Zanella Di Pietro³², acerca do princípio da razoabilidade:

O princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador,

²⁹Expropriação por cultivo de drogas é afastada somente por falta de culpa do proprietário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331993>>. Acesso em 02 ago. 2017

³⁰BRASIL Op. cit. Nota 24.

³¹BRASIL Op. cit. Nota 3.

³²DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 80

mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.

Logo, a análise subjetiva da responsabilidade do proprietário é a que mais se compatibiliza com o princípio da razoabilidade, pois permite ao Judiciário, na análise do caso concreto, avaliar o cabimento e a necessidade da reprimenda. A imposição da “medida fria da lei” passa a ser relativizada nesse novo cenário.

A jurisprudência da Corte Suprema, portanto, embora ainda muito austera no que se refere à extensão da norma, apresentou, com o julgamento do RE 635336/PE³³ que o Tribunal se inclina a uma interpretação mais principiológica, afastando a aplicação da letra da norma sem considerar seus reflexos sociais.

Embora existam as pertinentes críticas em razão da inobservância do princípio da vedação do excesso, a interpretação dada acerca da responsabilidade do proprietário representa um sensível avanço.

CONCLUSÃO

Considerando o conteúdo da mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do instituto da desapropriação confiscatória, o presente artigo teve por objetivo delinear o alcance da norma disposta pelo artigo 243 da Constituição Federal de 1988, fazendo um estudo analítico da jurisprudência, bem como da doutrina existente sobre a medida sancionatória.

Em que pese a jurisprudência de alguns tribunais - como, por exemplo, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região -, e a doutrina tenderem à adoção de um entendimento mais abrangido da norma, a Corte Suprema sempre se posicionou de forma mais austera, considerando-se que em seus julgados anteriores vinha optando pela aplicação literal da norma, de modo a gerar a perda da propriedade integralmente.

O julgamento do RE 635336/PE, no final do ano de 2016, contudo, pareceu sinalizar uma flexibilização na aplicação da penalidade, tendo o Tribunal admitido de forma inédita a possibilidade de avaliação da (ausência de) culpa.

A partir dessa última decisão, caso fique demonstrado que a atividade ilícita não se deu por culpa do proprietário, demonstra-se plenamente possível o afastamento da medida desapropriatória.

³³BRASIL Op. cit. Nota 24.

A aplicação da norma constitucional atende os fins por ela colimados quando se encontra o equilíbrio entre o garantismo positivo e o garantismo negativo, de modo que a atuação do Estado se dê na medida do que for estritamente necessário para proteção dos direitos fundamentais.

Sob essa ótica, parece criticável o entendimento sustentado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de perda da totalidade de imóveis nos quais se constate cultivo ilegal de psicotrópicos, uma vez que a desapropriação apenas da área onde foi realizado efetivamente o cultivo se demonstra suficiente para coibir a prática.

Contudo, a possibilidade que a recente decisão trouxe, no sentido de afastamento da medida desapropriatória mediante comprovação de ausência de culpa, uma vez que se trata de responsabilidade subjetiva, representa um avanço. Significa dizer que a regra não é absoluta e admite ponderações, a depender da análise de cada caso concreto.

O novo paradigma é de suma relevância, pois é importante que se reconheça o Direito como uma ciência viva, que deve acompanhar a sociedade, seus avanços e suas necessidades. Para que isso seja factível, a interpretação das normas deve feita à luz de princípios que compatibilizem o propósito da norma com o interesse social.

Assim, tendo em vista a importância do direito de propriedade, deve ser comemorada a atual posição do Supremo, por mitigar o rigor com que a regra vinha sendo aplicada, revelando-se mais compatível com o princípio da razoabilidade.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ART.+243+DA+CONSTITUI%C3%87%C3%83O+FEDERAL>>. Acesso em: 02 abr. 2017

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 abr. 2017

_____. *Decreto nº 577*, de 24 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0577.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017

_____. *Decreto nº 58.5631*, de 1º de junho de 1966. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/trabalho-escravo/convencao_escravatura_genebra_1926.pdf>. Acesso em 23 de out. de 2017

_____. *Emenda Constitucional n. 81* de 5 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc81.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017

_____. *Lei n. 8.257*, de 26 de novembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8257.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Interpretação e aplicação do disposto no artigo 243 da Constituição, que prevê a expropriação de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/interpretacao-e-aplicacao-do-disposto-no-artigo-243-da-constituicao/>> Acesso em: 04 abr. 2017

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012

MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=gleba>>. Acesso em: 17 jul. 2017

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. V. 4. Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, ebook.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

PORTAL BRASIL. *Após 15 anos, PEC do Trabalho Escravo é aprovada por unanimidade*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/05/apos-15-anos-pec-do-trabalho-escravo-e-aprovada-por-unanimidade>> Acesso em: 04 abr. 2017

PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Expropriação por cultivo de drogas é afastada somente por falta de culpa do proprietário*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331993>>. Acesso em: 02 ago. 2017

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE nº 543974/MG*, Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=543974&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 jun. 2017

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 635336/PE*, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=17&dataPublicacaoDj=01/02/2017&incidente=4029283&codCapitulo=2&numMateria=42&codMateria=4>>. Acesso em: 05 ago. 2017

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. *Apelação nº 0091346-38.1998.4.01.0000/MG*, Relator: Desembargador Federal Vice-Presidente. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=199801000953831&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em 23 out. 2017