

Parecer ministerial em processo judicial. Mandado de Segurança. Impetrante que busca anular decreto expropriatório, invocando ausência de competência do Estado, desvio de finalidade e violação aos princípios da proporcionalidade e da impessoalidade.

Veronica C. R. Antunes Zylberman*

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mandado de Segurança

Impte.: Massa Falida de Indústrias Reunidas Caneco S/A

Impdo: Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro

Proc. n: 0052139-07.2012.8.19.0000

Parecer do Ministério Público

Mandado de Segurança. Impetrante que busca anular decreto expropriatório, invocando ausência de competência do Ente Estadual, desvio de finalidade e violação aos princípios da proporcionalidade e da impessoalidade. Ausência de prova pré-constituída sobre o alegado propósito de se beneficiar pessoas determinadas. Via mandamental que não admite dilação probatória, exigindo prova cabal sobre os fatos articulados na inicial neste particular. Possibilidade de expropriação do domínio útil, caso comprovada hipótese de terreno de Marinha, visto que o instituto da enfiteuse implica no desmembramento da propriedade entre o senhorio direto e o enfiteuta ou foreiro, condição assumida pelo particular.

No entanto, apesar de não comprovada violação ao princípio da impessoalidade e de ser viável a eventual desapropriação do domínio útil do bem, não se pode afastar a manifesta incompetência do Ente Estadual para declarar a utilidade pública de bem para fins urbanísticos, como se verifica na hipótese indicada no decreto expropriatório, fundamentada no item "i" do art. 5º do DL 3365/1941. Competência do Município para declaração de utilidade pública para fins urbanísticos, em virtude do comando advindo dos arts. 30, inciso VIII e 182 da Constituição Federal. Competência municipal exclusiva no que toca ao desenvolvimento da política urbana.

* Promotor de Justiça Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível.

Concessão da segurança por tal fundamento, ante a ausência de competência estadual para a declaração de utilidade pública do bem com o fim urbanístico indicado no decreto expropriatório.

I – Do Relatório

Trata-se de mandado de segurança em que busca a interessada a declaração de nulidade dos Decretos nºs 43.728 e 43729, de 21 de agosto de 2012, relativos à declaração de utilidade pública para fins de desapropriação da área ocupada pelos imóveis pertencentes à Massa Falida impetrante. Alega a impetrante, em síntese, que a sua falência foi decretada em 2006 pelo Juízo da 5ª Vara Empresarial. Argumenta que o principal e mais valioso bem da massa falida é o imóvel antes ocupado pelo estaleiro e hoje arrendado a duas empresas. Alega que a avaliação do bem já foi efetivada junto ao Juízo Empresarial, sendo a mesma fixada em R\$ 371.030.547,62, com designação de leilão para o mês de outubro de 2012. Aduz que segundo o Decreto 43728/2012 a desapropriação se fará em favor da Companhia de Desenvolvimento Industrial do Estado do Rio de Janeiro – CODIN visando à implantação de um distrito industrial naval na área. Argumenta que a declaração de utilidade pública do bem visa retirar o imóvel do leilão judicial já designado pelo Juízo Empresarial para, após, transferi-lo para pessoas específicas. Alega que a desapropriação de bem de vultuoso valor é desproporcional e viola o princípio da impessoalidade, pois retira a possibilidade de ampla concorrência que ocorreria no leilão judicial. Defende que a desapropriação está sendo utilizada como sucedâneo do leilão judicial, em manifesto desvio de finalidade. Ainda, ressalta que a desapropriação tem propósitos ocultos, sendo nítido o interesse da Administração em beneficiar determinadas pessoas, pois o ato não trará vantagens para a Massa. Argumenta que o ativo a ser arrecadado com o leilão permitirá satisfazer significativa parte dos credores, enquanto a efetivação da desapropriação não tem previsão exata para acontecer. Defende que o ato é prejudicial aos interesses dos credores da Massa e favorecerá apenas algumas pessoas determinadas, evidenciando manifesto desvio de finalidade. Ainda, alega que a desapropriação busca satisfazer interesses pessoais em detrimento do interesse público e dos direitos dos credores da Massa. Alega que os efeitos do ato serão nefastos e manifestamente desproporcionais considerando o elevado valor do bem. Também ressalta que a desapropriação não foi precedida de planejamento, não havendo previsão orçamentária para desapropriação de tal porte. Também ressalta que o bem é de propriedade da União Federal, por constituir terreno de Marinha, sendo impossível a sua desapropriação por parte do Estado do Rio de Janeiro em virtude do disposto no art. 2, parágrafo 2º do DL 3365/1941. Defende que a criação de distrito industrial integra seara de competência do Município, pois envolve o loteamento de áreas necessárias à instalação da indústria e atividades correlatas. Por fim, salienta que não se motivou a declaração de urgência consignada no decreto expropriatório.

O Exmo. Sr. Governador do Estado prestou informações às fls. 228/238 defendendo a legalidade do decreto expropriatório impugnado através do *writ*.

Inicialmente, levanta preliminar de inadequação da via mandamental alegando que não se demonstrou a existência de lesão a direito líquido e certo da impetrante. Ressalta que a desapropriação resultou da necessidade de assegurar o melhor aproveitamento econômico da área mediante a criação de um Distrito Industrial Naval apto a gerar emprego e renda. Argumenta que não se evidencia qualquer desvio de finalidade e que há significativa diferença entre a declaração de utilidade pública e a desapropriação propriamente dita. Argumenta que a finalidade indicada no decreto expropriatório se amolda à hipótese do art. 5º do DL 3365/1941. Ainda, alega que a alegada violação ao princípio da impessoalidade não passa de boato e configura verdadeira deturpação da redação do decreto. Também salienta que a área será dividida em lotes de terreno e transmitida de forma onerosa a particulares, não havendo que se falar em favorecimento específico de determinada pessoa. Alega que a existência de prévia dotação orçamentária não é exigência para a declaração de utilidade pública e acrescenta que a expropriação ocorrerá em favor da CODIN. Quanto à declaração de urgência, defende que se trata de mera autorização para tal arguição quando do efetivo processo judicial de desapropriação. Ainda, salienta que a alegação de que o bem é de propriedade da União não está comprovada por qualquer documento dos autos. Finalmente, ressalta que o art. 44 da Lei 6766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, autoriza os Estados a desapropriem áreas urbanas para loteamento com o objetivo de fomentar a atividade econômica.

Impugnação ofertada pelo Estado do Rio de Janeiro às fls. 243/250 reiterando a linha de argumentação exposta pela autoridade impetrada. Invoca, inicialmente, a inadequação da via mandamental, ante a ausência de direito líquido e certo. Defende, ainda, que o juízo de conveniência e oportunidade para a declaração de utilidade pública constitui mérito administrativo. Alega que na hipótese a declaração de utilidade pública resulta da necessidade de assegurar o melhor aproveitamento econômico da área para criação de um Distrito Industrial Naval. Também salienta que a efetivação da desapropriação somente ocorrerá após a elaboração de projeto técnico desenvolvido especificamente para implantação do Distrito Naval. Por fim, protesta pela denegação da segurança.

Autos remetidos ao Ministério Público para manifestação.

II – Da Fundamentação

Inicialmente, cabe ressaltar que a utilização da via mandamental demanda prova pré-constituída sobre os fatos articulados na inicial.

No entanto, apesar da escolha pela impetração do *writ*, não se tem prova sobre o alegado propósito desvirtuado da desapropriação, cerne fundamental da argumentação desenvolvida pela impetrante.

Frise-se que as alegações da impetrante no tocante à violação ao princípio da impessoalidade, ao intuito de favorecer pessoas determinadas e ao suscitado propósito de retirar o bem da esfera de decisão do processo de falência, data

vênia, não se comprovam pela prova documental carreada à inicial. Note-se que a prova documental carreada ao *writ* consubstancia peças do processo de falência, manifestações dos credores da Massa e algumas matérias jornalísticas, que não comprovam, de forma concreta e objetiva, as alegações veiculadas na inicial.

Assim, como já salientado acima, não se tem prova pré-constituída sobre o alegado propósito do decreto expropriatório em favorecer determinadas pessoas. Repita-se que tal alegação, em se tratando de mandado de segurança, deveria ter sido provada de plano, mediante documentação já acostada à exordial, o que não se verifica *in casu*.

Neste ponto, cumpre ressaltar mais uma vez que a via mandamental não admite dilação probatória, sendo inviável a produção de prova no sentido de tentar esclarecer o “propósito oculto” da Administração, como alardeado em expressão utilizada pela impetrante que defende a existência de violação ao princípio constitucional da impessoalidade.

Desta forma, neste particular, na ausência de prova cabal sobre a suposta violação ao princípio da impessoalidade, não se pode reconhecer o vício apontado pela impetrante.

Quanto ao vício agitado no tocante à suposta propriedade da União Federal em relação ao bem, que consubstanciaria terreno de Marinha, cabe registrar que também neste aspecto não se produziu prova satisfatória.

Note-se que tal assertiva não tem qualquer comprovação nos autos, não se tendo documento indicativo neste sentido.

No entanto, ainda que existisse tal comprovação nos autos, ou seja, mesmo que restasse demonstrada hipótese de terreno de Marinha, o fato é que a desapropriação poderia ter como objeto apenas o domínio útil de bem objeto de enfiteuse, o que é plenamente admitido pela doutrina e jurisprudência.

Como de conhecimento, o instituto da enfiteuse, anteriormente previsto no Código Civil de 1916, foi extinto por força do novo *Codex*, que, no entanto, em seu art. 2038, assegurou a eficácia das enfiteuses já instituídas sob a égide da legislação civil anterior.

No regime da enfiteuse ocorre o efetivo desmembramento da propriedade, visto que o proprietário – chamado de senhorio direto – confere a terceiro – o foreiro ou enfiteuta – o domínio útil do imóvel mediante o pagamento anual de uma contraprestação (foro). Quando da transferência do domínio útil pelo enfiteuta impõe-se o pagamento do denominado *laudêmio*.

Logo, em virtude do característico desmembramento da propriedade implementado através da instituição da enfiteuse, é perfeitamente possível a desapropriação restrita ao domínio útil do imóvel, ou seja, a desapropriação do domínio útil de imóvel que já foi anteriormente concedido pelo Ente Federal em favor do particular que assumiu a condição de foreiro ou enfiteuta.

Também a alegação fundamentada na disciplina do parágrafo 2º do art. 2º do DL 3365/1941, invocado na inicial, não ampara a pretensão da impetrante. O

referido dispositivo disciplina verdadeira hierarquia para a desapropriação de bens públicos. Assim, temos que a União Federal pode desapropriar bens de propriedade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e os Estados podem desapropriar bens dos Municípios. Impõe-se, destarte, verdadeira escala vertical por força do disposto no parágrafo 2º do art. 2º do DL 3365/1941.

Ocorre que, na hipótese, como já elucidado, mesmo que restasse demonstrada a propriedade da União Federal – o que não se tem nos autos – a desapropriação poderia estar limitada unicamente ao domínio útil do imóvel, que, frise-se, já foi anteriormente concedido pelo Ente Federal em favor do particular. Assim, neste particular, não se vislumbra vício capaz de ensejar a concessão da segurança.

Neste ponto, passamos ao exame do fundamento indicado para a desapropriação, alicerçado na hipótese prevista no art. 5º, alínea *i* do DL 3365/1941, que assim dispõe:

DL 3365/1941

Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

(...)

i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; *a construção ou ampliação de distritos industriais;*

(...)

Ainda, segundo o disposto nos parágrafos primeiro e segundo do dispositivo acima citado, a construção ou ampliação de distritos industriais inclui o loteamento das áreas destinadas à instalação das respectivas atividades, constando a exigência de que a efetivação da desapropriação para tal fim seja precedida de aprovação expressa por parte do Ente competente. Vejamos:

Art. 5º

(...)

§ 1º A construção ou ampliação de distritos industriais, de que trata a alínea *i* do *caput* deste artigo, inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas.

§ 2º A efetivação da desapropriação para fins de criação ou ampliação de distritos industriais depende de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação.

Em primeiro plano, cabe observar que o requisito legal inserto no parágrafo 2º do art. 5º do DL 3365/1941, relativo à prévia exigência de aprovação do Ente competente pelo projeto de implantação, expressamente se refere à efetivação da desapropriação, ou seja, à fase executória da expropriação.

Como de conhecimento, a desapropriação compreende duas fases: a fase declaratória – consubstanciada na declaração de utilidade pública; e, a fase executória – correspondente às providências concretas para efetivar a manifestação de vontade inserida na declaração de utilidade pública. Note-se que a fase executória pode ser judicial ou extrajudicial¹.

Assim, apenas nesta segunda etapa da desapropriação, quando são adotadas providências concretas para se efetivar a expropriação, é que o parágrafo 2º do art. 5º do DL 3665/1941 exige a prévia aprovação do Ente competente para implantação do projeto. Contudo, na hipótese, ainda não se implementou a fase executória, mas, apenas, a fase declaratória da utilidade pública do bem. Porém, neste ponto, deve-se examinar a própria finalidade da desapropriação em tela, voltada à implementação de Distrito Industrial Naval.

A desapropriação com fundamento no art. 5º, inciso *i* do DL 3365/1941, como implementado na hipótese, apresenta fim urbanístico.

A desapropriação urbanística, na definição de José dos Santos Carvalho Filho², é aquela através da qual o “Poder Público pretende criar ou alterar planos de urbanização para as cidades”. Prossegue o referido autor lecionado que:

Esse tipo de desapropriação, como é fácil observar, costuma alcançar bairros inteiros e, por isso, o Poder Público tem o dever de definir previamente seus projetos urbanísticos, já que são eles o próprio motivo das desapropriações. Ressalve-se, porém, que nem sempre a desapropriação acarreta a possibilidade de transferência dos bens expropriados para terceiros. Será, contudo, admissível a transferência quando, ultimado o projeto urbanístico, o Poder Público, desinteressado de permanecer com os expropriados, tenha mesmo que repassá-los a terceiros. São exemplos desse tipo de desapropriação, que propicia a destinação a terceiros: a) a desapropriação para fins de urbanização e implantação de distritos industriais (art. 5º, *i*, da lei geral); b) a desapropriação urbanística para adequação de imóveis ao plano diretor do Município (art. 183, parágrafo 4º, da CF; Lei nº 10257/2001, Estatuto da Cidade).

¹ Definição contida na valiosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in*: Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros Editores, 14ª ed., p. 734.

² *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 19ª ed., p. 739.

Assim, da lição acima transcrita, verifica-se que a desapropriação em tela é classificada como urbanística, em virtude da natureza de sua destinação e pressupõe a realização de concretas intervenções urbanísticas na área, incluindo a possibilidade de seu loteamento.

Ocorre que a competência para declarar a utilidade pública de imóvel para fins urbanísticos é do Município, em virtude do comando inserto nos arts. 30, incisos I (interesse local) e VIII (ordenamento do solo) e 182, *caput* (política de desenvolvimento urbano) e parágrafo 3º, todos da Constituição Federal.

Sobre a competência exclusiva dos Municípios para a declaração de utilidade pública de imóvel para fins urbanísticos, José dos Santos Carvalho Filho³ expressamente elucida que:

A referida competência abrange não somente a desapropriação urbanística sancionatória, prevista no Estatuto da Cidade, como a desapropriação urbanística ordinária prevista no art. 5º, *i*, do Decr.-lei nº 3365/1941.

Note-se que a competência declaratória exclusiva conferida ao Município no que toca às desapropriações urbanísticas, como a presente, tem fundamento e se coaduna com as disposições da Carta Magna, que confia aos Entes Municipais competência para instituir a política de planejamento urbano e de ocupação do solo.

Note-se que a declaração de utilidade pública com fundamento no art. 5º, inciso *i*, do DL 3665/1941 tem como escopo a execução de planos de urbanização ou de loteamento com o fito de constituir distrito industrial, como se extrai da própria redação do dispositivo legal. Vale dizer, compreende verdadeira e drástica intervenção urbanística na área declarada como de utilidade pública.

Trata-se, pois, de propósito nitidamente vinculado ao aspecto urbanístico. Sobre a desapropriação fundamentada em tal dispositivo, Celso Antonio Bandeira de Mello⁴ esclarece que, nestes casos, a utilidade pública é:

a própria operação urbanística (planejamento urbano, criação ou ampliação de distritos industriais). Vale dizer, o que se considera finalidade da desapropriação é a intervenção do Poder Público para composição da feição urbana local, no que se compreende, obviamente, ao nosso ver, a reurbanização, ou seja, a transformação do precedente quadro urbanístico no sítio visado.

³ Obra citada, p. 736.

⁴ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, São Paulo, 14ªed., p. 746.

Desta forma, data vênia, a desapropriação com fundamento no art. 5º, inciso *i*, do DL 3665/1941 promove verdadeira reurbanização da área, razão pela qual, segundo a sistemática constitucional, a competência para a respectiva declaração de utilidade pública integra seara exclusiva de competência da Municipalidade.

Frise-se que a política de desenvolvimento urbano e o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo, encerram competências materiais exclusivas conferidas aos Municípios (art. 30, VIII e art. 182 da CF), não se admitindo interferência por parte dos Estados ou da União.

Logo, neste aspecto, considerando o fim específico indicado no diploma impugnado, vinculado a aspecto essencialmente urbanístico, constata-se no decreto expropriatório vício capaz de ensejar a concessão da segurança, em virtude da incompetência do Ente Estadual para declarar a utilidade pública de bem com fundamento no art. 5º, inciso *i*, do DL 3665/1941.

III – Da Conclusão

Isto posto, o parecer do MINISTÉRIO PÚBLICO é pela concessão da segurança vindicada pela impetrante, nos termos e em virtude dos fundamentos acima aduzidos.

Rio de Janeiro, 22 de março de 2013.

VERONICA C. R. ANTUNES ZYLBERMAN

Promotor de Justiça
Assistente da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Assessor-Chefe da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Institucionais e Judiciais