

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA - SÃO PAULO
MÁRCIA ANDRÉA DA SILVA RIZZO

**O DIREITO À INDENIZAÇÃO EM ÁREAS DE
PRESERVAÇÃO PERMANENTE INSTITUÍDAS POR ATO
DO PODER PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão do Curso de Pós-
Graduação Lato Sensu – Especialização em
Direito Administrativo.

Professora Orientadora: Fernanda Barretto Miranda

São Paulo, 14 de março de 2011.

MÁRCIA ANDRÉA DA SILVA RIZZO

**O DIREITO À INDENIZAÇÃO EM ÁREAS DE
PRESERVAÇÃO PERMANENTE INSTITUÍDAS POR ATO
DO PODER PÚBLICO**

Monografia de Conclusão do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu – Especialização em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica – São Paulo, Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE/PUC-SP.

Aprovada em.....

EXAMINADOR (ES)

DEDICATÓRIA

Dedico o resultado da pesquisa, esforço pessoal e intelectual na elaboração deste trabalho a:

*Meu amado Marido – Agnaldo Vagner Rizzo -
companheiro de todas as horas, e meus
amados Filhos – Eduarda Andréa Silva Rizzo
e Pedro Henrique Silva Rizzo - que me
agraciaram com amor incondicional;*

*Minha mãe – Joana Tomé da Silva - mulher
batalhadora que me ensinou a ser mãe,
esposa, profissional e cristã, e meu pai –
Jorge Marcelino da Silva - que quando me
olha transborda felicidade;*

*A minha irmã, Michele e sua família que
compõem meu pequeno e estimado núcleo
familiar;*

*Aos meus sogros, Marylza Rivoli Rizzo e
Agostinho Rizzo que geraram a pessoa que foi
a grande incentivadora de meus estudos.*

AGRADECIMENTOS

O resultado deste trabalho é fruto de esforço e dedicação da autora, que contou com a colaboração de inúmeras pessoas. Nada mais justo, portanto, que sejam eternizados os agradecimentos aos colaboradores, razão pela qual agradeço:

A meu marido, Agnaldo e meus filhos, Eduarda e Pedro, pela compreensão de minhas ausências no intuito de concluir o presente estudo, e pelo apoio que sempre me deram.

Aos meus pais, Joana e Jorge, pela educação e dignidade que ensinaram a mim e minha irmã, Michele, nos conduzindo pelo caminho do bem.

À professora e orientadora Fernanda Barretto Miranda , por todo o incentivo e atenção a mim dispensados no decorrer deste trabalho.

Aos amigos do Movimento das Equipes de Nossa Senhora que sempre torceram pelo sucesso deste trabalho e pelas orações a mim dispensadas.

Aos companheiros da Procuradoria Municipal de Arujá pelo suporte a mim conferido, para que houvesse a conclusão deste estudo.

Finalmente ao maior de todos, Deus, que é Pai, Filho e Espírito Santo e a Nossa Senhora, a quem sempre busquei nos momentos mais difíceis e também nos de gratidão.

*“A riqueza é um meio; os seres humanos são o objetivo”
(John F. Kennedy)*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, desenvolvido em conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em direito administrativo, cursado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Coordenadoria Geral Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE, buscou dar enfoque a assunto corrente e contemporâneo, amplamente discutido em escolas, universidades, igrejas, na administração pública, no legislativo, no judiciário, no Ministério Público, no terceiro setor e na sociedade em geral, qual seja, a preservação do meio ambiente, e aqui especificamente através da atuação do Poder Público na instituição de Área de Preservação Permanente (APP), o que lhe exige a intervenção na propriedade privada. Iniciamos assim a abordagem pelo instituto jurídico da propriedade e dos direitos a ela inerentes. Apresentamos os princípios mais relevantes para esse estudo. Debruçamo-nos no estudo da instituição pelo Poder Público da Área de Preservação Permanente como forma de resposta do Estado à Constituição Federal, que lhe impõe medidas de proteção do meio ambiente, e os desdobramentos de tal ato. Apresentamos assim a definição da Área de Preservação Permanente, suas espécies, características básicas, as conseqüências tributárias de sua instituição e a impossibilidade de seu aproveitamento econômico. Abordamos as formas jurídicas de atuação do Poder Público – levado pela supremacia do interesse público sobre o privado – como interventor na propriedade particular e as conseqüências de tais institutos. Após breves considerações, é revelado nosso posicionamento no sentido de definir o ato do Poder Público que institui sobre a propriedade particular Área de Preservação Permanente, na forma do artigo 3º, da Lei 4.771/65, servidão administrativa, e nossa conclusão quanto à indenizabilidade do instituto, como forma de compensação da extração do direito ao uso da área atingida pela medida estatal, ao proprietário ou possuidor.

Palavras-chave: Direito Ambiental, Direito Administrativo, Código Florestal, Área de Proteção Permanente , Ato do Poder Público, Intervenção do Poder Público sobre a Propriedade Privada, Servidão Administrativa, Indenização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
 CAPÍTULO I – A PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	11
I-1 DISTINÇÃO ENTRE PROPRIEDADE E DIREITO DE PROPRIEDADE.....	12
I-2 QUESTÕES TERMINOLÓGICAS: CONCEITO EQUÍVOCO.....	16
I-3 PROPRIEDADE E DIFERENÇA NOS CONTEÚDOS.....	18
I-3.1 PROPRIEDADE PRIVADA.....	19
I-3.2 PROPRIEDADE PÚBLICA.....	19
I-3.3 PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	24
I-3.4 PROPRIEDADE URBANA.....	25
I-3.5 PROPRIEDADE RURAL.....	26
I-3.6 BEM DE FAMÍLIA.....	26
I-4 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	27
I-4.1 CONCEITO.....	27
I-4.2 FUNDAMENTO JURÍDICO.....	32
I-4.3 ESPÉCIES.....	33
I-4.3.1 Função Social da Propriedade Urbana.....	33
I-4.3.2 Função Social da Propriedade Rural.....	34
 CAPÍTULO II – O MEIO AMBIENTE E A ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.....	35
II-1 ORIGEM HISTÓRICA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO E ESTRANGEIRO.....	35
II- 1.1. CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	38
II-2 CONCEITO DE MEIO AMBIENTE.....	39
II-3 PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL.....	41
II-3.1 PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR E USUÁRIO PAGADOR.....	43
II-3.2 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO OU PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE...43	
II-3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL.....	45

II-3.4 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO.....	45
II-3.5 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO.....	46
II-3.6 PRINCÍPIO DA SADIA QUALIDADE DE VIDA OU DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	46
II-3.7 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO.....	46
II-3.8 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO.....	47
II-3.9 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	47
II-4 INSTRUMENTO ESTATAL PARA PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL.....	48
II-4.1 A LEI.....	48
II-4.2 PLANEJAMENTO.....	50
II-4.3 EXTRAFISCALIDADE DOS TRIBUTOS.....	52
II-4.4 DESAPROPRIAÇÃO.....	53
II-4.5 SERVIDÃO.....	55
II-4.6 CONCESSÃO AMBIENTAL.....	55
II-4.7 PODER DE POLÍCIA.....	56
II-5 ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE(APP).....	57
II-5.1 CONCEITO.....	57
II-5.2 ESPÉCIES DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.....	58
II-5.2.1 Área de Preservação Permanente Por Força da Lei (<i>Ope Legis</i>).....	59
II-5.2.2 Área de Preservação Permanente Por Ato do Poder Público	60
II-5.3 REGIME JURÍDICO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.....	61
II-5.3.1 Abrangência do Instituto.....	61
II-5.3.2 Demarcação e Averbação.....	63
II-5.3.3 Tributação da Área de Preservação Permanente.....	64
II-5.3.4 Efeitos da Instituição da Área de Preservação Permanente.....	65
II-5.3.5 Supressão de Vegetação.....	66
II-5.3.6 Tutela Penal das Áreas de Preservação Permanente.....	69
II-5.3.7 Sanções Administrativas em matéria de Área de Preservação Permanente.....	73

CAPÍTULO III – A INTERVENÇÃO DO PODER PÚBLICO NA PROPRIEDADE PRIVADA.....	75
--	-----------

III-1 PODER DE POLÍCIA.....	78
III-1.1 CONCEITO.....	78
III-1.2 DIFERENÇA ENTRE POLÍCIA ADMINISTRATIVA E POLÍCIA JUDICIÁRIA.....	80
III-1.3 FUNDAMENTOS – SUPREMACIA GERAL (ITÁLIA) E SUPREMACIA ESPECIAL (SUJEIÇÃO ESPECIAL – ESPANHA).....	82
III-1.4 NATUREZA DA COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA (FUNÇÃO DISCRICIONÁRIA, VINCULADA OU VINCULADA E DISCRICIONÁRIA).....	84
III-2 LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA AO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	85
III-2.1 CONCEITO.....	86
III-2.2 FUNDAMENTO.....	88
III-2.3 CARACTERÍSTICAS.....	88
III-3 SERVIDÃO ADMINISTRATIVA.....	90
III-3.1 CONCEITO.....	90
III-3.2 FUNDAMENTO.....	90
III-3.3 SERVIDÃO ADMINISTRATIVA E LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	91
III-3.4 FORMA DE CONSTITUIÇÃO DA SERVIDÃO ADMINISTRATIVA.....	93
III-3.5 A SERVIDÃO ADMINISTRATIVA E O DIREITO À INDENIZAÇÃO.....	94
III-4 TOMBAMENTO.....	96
III-4.1 CONCEITO.....	96
III-4.2 OBJETO.....	97
III-4.3 CARACTERÍSTICAS.....	98
III-4.4 MODALIDADES.....	100
III-4.5 O TOMBAMENTO E O DEVER DE INDENIZAR.....	101
III-5 OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA.....	102
III-6 REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA.....	105
III-7 DESAPROPRIAÇÃO.....	107
III-7.1 CONCEITO.....	108
III-7.2 PRESSUPOSTOS.....	111
III-7.3 OBJETO.....	113
III-7.4 CARACTERÍSTICAS.....	114
III-7.5 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE EXPROPRIAÇÃO.....	117
III-7.6 DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA.....	118

III-7.7 DESAPROPRIAÇÃO DO ART. 182, §4º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	119
III-7.8 DESAPROPRIAÇÃO DO ART. 184 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	121
III-7.9 EXPROPRIAÇÃO PREVISTA PELO ART. 243 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	123

CAPÍTULO IV – A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA INSTITUIÇÃO DA APP ADMINISTRATIVA.....125

IV-1 COMPETÊNCIA.....	125
IV-2 FORMA.....	133
IV-3 NATUREZA JURÍDICA.....	135
IV-3.1 Posição Doutrinária.....	135
IV-3.2 Posição Jurisprudencial.....	140
IV-4 DIREITO À INDENIZAÇÃO.....	140
IV-4.1 Posição Doutrinária.....	140
IV-4.2 Posição Jurisprudencial.....	145

CONCLUSÕES.....172

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....177

O DIREITO À INDENIZAÇÃO EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP) INSTITUÍDAS POR ATO DO PODER PÚBLICO

CAPÍTULO I A PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O regime jurídico da propriedade no Brasil tem seu fundamento na Constituição Federal. No texto constitucional encontramos a estrutura deste direito, inclusive para permitir uma relação harmoniosa entre o mesmo e os demais direitos e garantias constitucionais.

No artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal temos a previsão expressa do direito de propriedade e no inciso XXIII, sua vinculação ao princípio da função social, pelo qual se evidencia que a propriedade não pode ser vista meramente como um bem para satisfação do seu proprietário, mas também como um bem que satisfaça o interesse público, ainda que de forma indireta.

O destinatário primeiro da previsão constitucional do direito de propriedade é o legislador e, em segundo lugar, o aplicador da lei, que, diante da clareza da norma constitucional, vê-se limitado em suas atuações.

Citamos aqui a Prof. Lúcia Valle Figueiredo:

A importância do asseguramento, em nível constitucional, do direito de propriedade é profunda, na medida em que o legislador ordinário acha-se totalmente coartado pelo princípio, não podendo, destarte, expedir leis desbortantes do vetor constitucional. De conseguinte,

qualquer legislação infraconstitucional sobre direito de propriedade deverá confinar-se à moldura da norma constitucional.¹

São diversas as normas constitucionais que dispõem sobre a propriedade e o exercício de seus direitos, tais como os arts. 5º, incisos XXIV a XXX, 170, incisos II e III, 176, 177 e 178, 182 a 186, 191 e 222, sobre os quais trataremos no decorrer deste trabalho.

1 DISTINÇÃO ENTRE PROPRIEDADE E DIREITO DE PROPRIEDADE

O caráter absoluto do direito de propriedade, advindo da concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (texto francês, marco da proclamação das liberdades e direitos fundamentais do homem), por meio da qual o exercício do direito de propriedade somente poderia vir a ser limitado para assegurar aos demais indivíduos seus direitos, no decorrer dos tempos veio a ser superado. Isso se deve às teorias do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e também às imposições positivas, que introduzidas no ordenamento jurídico inevitavelmente vieram a afetar o direito de propriedade.

A evolução da teoria geral de direitos fundamentais é a grande responsável pela relativização do caráter absoluto do direito de propriedade.

Canotilho², citado por Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, ilustra-nos a matéria: “Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

Decorre da evolução da teoria dos direitos fundamentais³ a atual

¹FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.309.

²CANOTILHO, JJ. Direito Constitucional, Coimbra, Livr. Almedina, p. 529, apud ARAÚJO, Luiz Alberto David de e SERRANO NUNES JUNIOR, Vidal. Curso de Direito Constitucional, 10ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2006. p.109.

³ Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, acerca da matéria,

concepção de que a propriedade trata-se hoje de um direito fundamental com cunho social, garantido pela Constituição.⁴

A visão da propriedade como um direito natural – uma relação entre uma pessoa e uma coisa – foi também superada, vez que o direito de propriedade é atual, atribuindo ao titular o uso, gozo e fruição do bem enquanto detiver a titularidade do mesmo. É, assim, o Direito positivo, a lei ordinária, mais precisamente o Código Civil, que em seu artigo 1.228 pormenoriza o conteúdo desse direito que é institucionalmente garantido pela Constituição Federal.

O direito de propriedade, na visão de Celso Ribeiro Bastos⁵, foi sintetizado como direito subjetivo que assegura ao indivíduo o monopólio da exploração de um bem e de fazer valer esta faculdade contra todos que eventualmente queiram a ela se opor. Por esse conceito, o direito de propriedade seria um direito fundamental de primeira geração, afastando qualquer interferência do Estado no exercício desse direito, com o que não concordamos, conforme acima expusemos.

Partindo-se da classificação dos direitos fundamentais consagrada

precisamente ensinam-nos: “nos primórdios do período republicano, em que as preocupações com os direitos inerentes ao ser humano irromperam-se com maior pujança, essa categoria jurídica abarcava exclusivamente os chamados direitos individuais ou civis, marcados pela preocupação de limitar a atividade estatal, criando, por assim dizer, direitos de resistência do indivíduo perante possíveis arbitrariedades do Poder Público, o fato é que o evoluir das relações econômico-sociais trouxe ao cenário jurídico preocupações humanas redimensionadas, forjando um novo patamar de alforria do indivíduo, em que direitos sociais, culturais e econômicos, caracterizados não mais por uma ausência, mas pela presença do Estado em atividades prestacionais, acumularam-se aos já existentes direitos individuais ou civis. Posteriormente, um novo estágio de preocupações, derivado de aspectos como a evolução tecnológica, o subdesenvolvimento econômico e os conflitos internacionais, fez agregar aos direitos já reconhecidos outros de nova geração, denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade.”(Curso de Direito Constitucional, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p.107/108).

⁴José Afonso da Silva ensina que a Constituição Federal não consigna regra que aparte os direitos das garantias de direitos, restando à doutrina diferenciar uma da outra, assim se pronunciando: “Assim é que a rubrica do título II enuncia: Dos direitos e garantias fundamentais”, mas deixa à doutrina pesquisar onde estão os direitos e onde se acham as garantias . (...) Ela se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias. Ou talvez melhor diríamos, ela reconhece alguns direitos garantindo-os. Por exemplo: “é assegurado o direito de resposta [...]” (art. 5º, V), “é assegurada [...] a prestação de assistência religiosa [...]” (art. 5º, VII), “é garantido o direito de propriedade” (art. 5º, XXII)...”(Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. pp.186/187).

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 117.

na doutrina⁶, que os aparta em três gerações sucessivas e cumulativas, o direito de propriedade não deixa de ser um direito fundamental de primeira geração, mas com caráter social agregado, pelo inerente princípio da função social, que exige do Estado uma participação ativa, no sentido de delinear o exercício deste direito, com o intuito de atender as necessidades humanas individuais e sociais.

A nosso ver, o tratamento dispensado pela Constituição Federal à propriedade, não admite que o seu exercício pelo respectivo particular seja visto como um mero direito individual, defendido na doutrina civilista, além do que, a lei ordinária não disciplina a propriedade, tão somente as relações civis a ela relacionadas.

José Afonso da Silva explica-nos:

⁶Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, no que se refere à classificação dos direitos fundamentais, averbam: “Existem três gerações de Direitos Fundamentais, a saber: a) Direitos fundamentais de primeira geração. Foi o primeiro patamar de alforria do ser humano reconhecido por uma Constituição. São direitos que surgiram com a idéia de Estado de Direito, submisso a uma Constituição (...) São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado (...) Em regra, são integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplo o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio etc.(...) São as chamadas “liberdades públicas negativas” ou “direitos negativos”, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, apresenta exemplos caricatos, como o direito de propriedade, sem qualquer limitação (ainda não havia a concepção do cumprimento da função social da propriedade). b) Direitos fundamentais de segunda geração. Traduzem uma etapa de evolução na proteção da dignidade humana. Sua essência é a preocupação com as necessidades do ser humano. Se os direitos fundamentais de primeira geração tinham como preocupação a liberdade contra o arbítrio estatal, os de segunda geração partem de um patamar mais evoluído: o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana (...) Por isso, os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais. Por isso, em contraposição aos direitos fundamentais de primeira geração – chamados de direitos negativos -, os direitos fundamentais de segunda geração costumam ser denominados direitos positivos, pois, como se disse, reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais (...) Constituem os direitos fundamentais de segunda geração os direitos sociais, os econômicos e os culturais, quer em sua perspectiva individual, quer em sua perspectiva coletiva. c) Direitos fundamentais de terceira geração. Depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada. A essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos (...) O direito à paz no mundo, ao desenvolvimento econômico dos países, à preservação do ambiente, do patrimônio comum da humanidade e à comunicação integram o rol desses novos direitos. Citam ainda os autores, a doutrina de Paulo Bonavides que cogita uma quarta geração dos direitos fundamentais, traduzida em direitos como à democracia, à informação e ao pluralismo (Curso de Direito Constitucional, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 523)”.

[...] embora prevista entre os direitos individuais, ela (a propriedade) não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele princípio. É claro que, também, não é sem consequência o fato de estar inserida, no seu aspecto geral, entre as normas de previsão dos direitos individuais. É que, previsto como tal, fica assegurada a instituição, não mais, porém, na extensão que o individualismo reconheceu ⁷.

Acrescenta o autor:

Com as novas disposições a Constituição dá ainda maior razão a Pontes de Miranda, quando escreve que às leis é que compete regular o exercício e definir o conteúdo e os limites do direito de propriedade, pois que, no art. 5º, XXII, só se garante a instituição de propriedade, sendo suscetíveis de mudança por lei seu conteúdo e limite.⁸

Temos assim, que o direito de propriedade, concebido originalmente como direito natural, individual e absoluto foi se transformando com a evolução dos tempos, até chegar à atual concepção, de que trata-se de um direito também social.

Sobre a transformação sofrida pela propriedade na evolução do direito, Lucia Valle Figueiredo aponta-nos o ensinamento de Orlando Gomes:

[...] Com efeito. O direito de propriedade é absoluto, exclusivo e

⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 270

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1 de 1969, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, t. V/397, *apud* SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 270

perpétuo. Seu titular o exerce de modo que hoje pareça o mais conveniente, inclusive pela destruição da coisa sobre que recai, podendo, obviamente, reduzi-la à inatividade econômica. Daí não se deve inferir que, por ser absoluto, não sofresse limitações. O próprio preceito legal que asseverou ao proprietário o direito de fruir e dispor da coisa do modo mais absoluto estabeleceu que seu exercício encontraria limites na lei e nos regulamentos. Essas restrições, sobretudo as que decorrem de regulamentos administrativos, são consideráveis e se avolumam dia a dia, em todas as legislações.⁹

A doutrina Italiana, aqui representada por Frederico Spantigatti e Pietro Perlingieri, e citada por José Afonso da Silva¹⁰, segundo a qual “a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares, de onde ser cabível falar não em propriedade, mas em propriedades”, teve forte influência sobre o ordenamento jurídico brasileiro, tese que consagrada pela Constituição Federal.

Limitações, obrigações e ônus ditados pelo direito positivo contornam o perfil da propriedade, constituindo o que se tem por direito de propriedade e as condicionantes do legítimo exercício desse direito.

2 QUESTÕES TERMINOLÓGICAS: CONCEITO EQUÍVOCO

José Afonso da Silva deixou anotada sua crítica aos juristas brasileiros, privatistas especialmente, mas também publicistas, que concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao direito civil, considerando-o como direito real fundamental, assim pronunciando-se:

Olvidam as regras de direito público, especialmente de direito

⁹GOMES, Orlando. Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais apud FIGUEIREDO, Lucia Valle., Curso de Direito Administrativo, 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.308

¹⁰SPANTIGATTI, Frederico. Manual de derecho urbanístico, p.260 -1973, Pietro Perlingieri, Introduzione alla problematica della “proprietà”, pp 135 e 136-1971, apud SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 273.

constitucional, que igualmente disciplinam a propriedade. Só invocam as normas constitucionais para lembrar que a Constituição garante o direito de propriedade, que, assim, se torna, em princípio, intocável, salvo exceções estritamente estabelecidas e quando mencionam o princípio, também constitucional, da função social, só o fazem para justificar aquelas exceções limitativas, confundindo-o ainda com o poder de polícia, tanto que é corrente ler-se que a função social da propriedade consiste simplesmente no ‘conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social’, mero conjunto de condições limitativas desse direito. Essa é, porém, uma perspectiva dominada pela atmosfera civilista, que não leva em conta as profundas transformações impostas à relação de propriedade, sujeita, hoje, à estreita disciplina de direito público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. Pois, em verdade, o regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que ela atenda a sua função social (art. 5º, XXII e XXIII). A própria Constituição dá consequência a isso quando autoriza a desapropriação, com pagamento mediante títulos da dívida pública, de propriedade que não cumpra sua função social (arts. 182, §4º, e 184). Significa isso que o direito civil não disciplina a propriedade, mas tão-somente regula as relações civis as disposições do Código Civil que estabelecem as faculdades de usar, gozar e dispor de bens, a plenitude da propriedade, o caráter exclusivo e ilimitado do domínio, etc.¹¹

Cita ainda referido autor :

A doutrina se tornara de tal modo confusa a respeito do tema, que acabara por admitir que a propriedade privada se configura sob dois aspectos: a) como direito civil subjetivo e b) como direito público subjetivo. Essa dicotomia fica superada com a concepção de que o princípio da função social (Constituição Federal, art. 5º, XXIII) é um elemento do regime jurídico da propriedade, é, pois, princípio

¹¹ SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 63.

ordenador da propriedade privada, incide no conteúdo do direito de propriedade, impõe-lhe novo conceito(Pedro Escribano Collado, La propiedad Privada, pp122 e ss - 1979, Stefano Rodorà, "Proprietà (Diritto Vigente)", in Novissimo Digesto Italiano, vol 15, p.139 - 1979; Frederico Spantigatti , Manual de derecho urbanístico). Por isso, a noção de situação jurídica subjetiva (complexa) tem sido usada para abranger a visão global do instituto, em lugar daqueles dois conceitos fragmentados(Pietro Perlingieri, Introduzione alla problematica della "proprietà", Università degli Studi di Camerino/Scuola di perfezionamento in diritto civile, p.70 - 1971). Nela resguarda-se o conjunto de faculdades do proprietário dentro da delimitada esfera que a disciplina constitucional lhe traça.¹²

Não podemos confundir propriedade pública com propriedade social, pois não raras vezes nos deparamos com uma propriedade pública, que não está atingindo seu fim social. Assim como também não se tratam de conceitos antagônicos a propriedade privada e a propriedade social.

O gênero propriedade possui diversas espécies, cujo variante é o conteúdo, assim possuem conceitos diversos a propriedade pública, a propriedade social, privada.

Pugliati, conforme nos esclarece Antonio Afonso da Silva, há bastante tempo já advertia: "no estado das concepções atuais e da disciplina positiva do instituto, não se pode falar de um só tipo, mas se deve falar de tipos diversos de propriedade, cada um dos quais assume um aspecto característico".¹³

Passemos a seguir ao exame das espécies de propriedade tratadas no ordenamento jurídico brasileiro.

3 PROPRIEDADE E DIFERENÇA NOS CONTEÚDOS:

¹² SILVA , José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. pp. 63/64.

¹³ PERLINGIERI, Pietro. Introduzione alla problematica della "proprietà", 1971, pp 149, *apud* SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 273

3.1 PROPRIEDADE PRIVADA

O conceito de propriedade privada é extraído por exclusão do conceito de propriedade pública, ou seja, a propriedade que não se constituir de bem público, é propriedade privada.

Na definição de Orlando Gomes “ a propriedade é um direito complexo, se bem que unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto.”¹⁴

Trata-se o direito de propriedade de direito real fundamental, sendo que a ausência de qualquer um dos elementos que o compõe terá o condão de descaracterizá-lo, para outro instituto, tal como, usufruto, uso, posse, etc.

O direito sobre a propriedade privada é anunciado pela Constituição Federal em seu art. 5º, XXII, sendo que o titular de tal direito dispõe da legislação ordinária para reger as relações referentes ao seu exercício, sem contudo, abdicar das normas constitucionais, que lhe garantem inclusive direito de prévia e justa indenização na hipótese de o Poder Público por necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social, vir a desapropriá-lo.

3.2 PROPRIEDADE PÚBLICA

No dizer de Diogenes Gasparini, citado na obra de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior:

[...] a propriedade pública é aquela utilizada por uma entidade de direito público, submetida a um regime de direito público e instituída em favor do interesse público. A propriedade pública é categorizada, conforme a classificação geral dos bens públicos, segundo sua

¹⁴ GOMES, Orlando. Direitos Reais, 19ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p.109.

destinação, ou seja, propriedades públicas de uso comum do povo, de uso especial e dominicais. A propriedade pública apresenta regime jurídico peculiar: a) sua disponibilidade só pode ser exercitada mediante autorização legislativa; b) é impenhorável, por consequência do art. 100 da Constituição da República, que estabelece que as execuções contra a Fazenda Pública processam-se por precatórios judiciais; c) não é passível de usucapião.¹⁵

Quanto a essa última característica da propriedade pública, merece registro a doutrina de Miguel S. Marienhoff, citada na obra do jurista Silvio Luis Ferreira da Rocha, que relata defender Eduardo García de Enterría¹⁶, seja o bem público dominical suscetível da usucapião, desde que decorrido um prazo largo – sessenta ou mais anos de efetiva posse do particular – o que demonstraria desídia do Poder Público no zê-lo do bem público e portanto, sua prescritibilidade, com o que não concorda Marienhoff.

Na doutrina brasileira encontramos também defensores da possibilidade da usucapião atingir bens públicos, desde que dominicais, e com base na função social da propriedade. Registre-se aqui Cristiana Fortini¹⁷, que assim se pronuncia:

A Constituição da república não isenta os bens públicos do dever de cumprir função social. Portanto, qualquer interpretação que se distancie do propósito da norma constitucional não encontra guarida. Não bastasse a clareza do texto constitucional, seria insustentável conceber que apenas os bens privados devam se dedicar ao interesse social, desonerando-se os bens públicos de tal mister. Aos bens públicos, com maior razão de ser, impõem-se o dever inexorável de atender à função social.

¹⁵GASPARINI, Diogenes, Direito Administrativo, São Paulo: Ed. Saraiva, 1989, p.337, *apud* ARAUJO, Luiz Alberto David e SERRANO NUNES JUNIOR, Vidal. Curso de Direito Constitucional, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 169.

¹⁶ENTERRÍA, Eduardo García de. Sobre La Imprescriptibilidad Del Dominio Público, Revista de Administración Pública, n 13, Madri, janeiro-abril 1954, *apud* MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, p. 262, *apud* ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Função Social da Propriedade Pública, São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.57.

¹⁷ FORTINI, Cristiana. A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade. Revista Brasileira de Direito Municipal, Belo Horizonte, ano 5, n.12, p. 117, abril/junho 2004.

Há inclusive jurisprudência¹⁸ acerca da tese defendida por Enterría, que, entretanto, é de difícil sustentação¹⁹ em face do texto expresso da Constituição Federal, mais precisamente art. 183, §3º e 191, parágrafo único.²⁰

Determinadas categorias de bens são intituladas de propriedade pública, dada a sua natureza, por definição em lei. Citamos como exemplo as vias de circulação em loteamentos, assim definidas pela Lei 6766/69 em seu artigo 22. Outras, por imposição constitucional, conforme redação dos artigos 20 e 26 da

¹⁸ APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO (BEM IMÓVEL). BEM REGISTRADO EM NOME DO PODER PÚBLICO. VIABILIDADE NO CASO CONCRETO, EM QUE NÃO MAIS SUBSISTE QUALQUER INTERESSE PÚBLICO NA MANUTENÇÃO DO IMÓVEL SOB O DOMÍNIO DO ESTADO. A despeito da vedação constitucional (arts. 183, §3º, CF; 191, parágrafo único, Constituição Federal), a qual impede a usucapião de imóveis públicos de qualquer espécie, possível, em casos excepcionais, o reconhecimento do direito à aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva, quando, no caso, está evidente a total ausência do interesse público sobre o imóvel objeto da ação. Hipótese em que o Poder Público Municipal, no exercício do desenvolvimento de sua política habitacional, alienou o imóvel a particular, há mais de 40 anos, tendo havido, inclusive, a expedição do Certificado de Quitação, e somente não tendo havido a efetiva transferência da propriedade junto ao registro imobiliário, por entraves burocráticos. Circunstâncias que evidenciam a total falta de interesse público, desvelando, assim, a possibilidade de aquisição do bem por usucapião. Recurso de Apelação desprovido, v.u. TJRS – 18ª Câ. Cível, Ap.Cível nº 70018233536, Rel.Des. Pedro Celso Dal Prá, j.15.02.2007. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%C3%A7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70018233536&num_processo=70018233536&codEmenta=1771580&temIntTeor=true. Acesso em 16 fev.2011.

¹⁹O Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello é categórico no sentido de que os imóveis públicos não são suscetíveis à usucapião, por força do disposto na Constituição Federal em seus artigos 183, §3º, e 191, parágrafo único, esclarecendo que no passado, antes da Constituição de 1988 podiam, pois os textos anteriores previam a usucapião pro labore e não continham dispositivos acerca da imprescritibilidade dos imóveis públicos (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 917).

²⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.
(...)

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 20 nov. 2010.

Carta Magna, que por sua vez declaram ser bens públicos o mar territorial, os terrenos da marinha, terrenos marginais, praias, rios, lagos etc.

Constituem-se também de propriedade pública as terras devolutas, sobre as quais assim discorre Celso Antonio Bandeira de Mello:

São as terras públicas não aplicadas ao uso comum nem ao uso especial. Sua origem é a seguinte. Com a descoberta do País, todo o território passou a integrar o domínio da Coroa portuguesa; Destas terras, largos tratos foram trespassados aos colonizadores, mediante as chamadas concessões de sesmarias e cartas de data, com a obrigação de medi-las, demarcá-las e cultivá-las (quando então lhes adviria a confirmação, o que, aliás, raras vezes sucedeu), sob forma de “comisso”, isto é, de reversão delas à Coroa, caso fossem descumpridas as sobreditas obrigações. Tanto as terras que jamais foram trespassadas, como as que caíram em comisso, se não ingressaram no domínio privado por algum título legítimo e não receberam destinação pública, constituem as terras devolutas. Com a independência do País passaram a integrar o domínio imobiliário brasileiro.²¹

Quanto às empresas públicas e as sociedades de economia mista, embora tenham em sua constituição erário público, são designadas como pessoas jurídicas de direito privado, o que faz nos questionar se os bens que as compõem são públicos ou privados?

O Supremo Tribunal Federal no julgado que segue abaixo transcrito, manifestou-se no sentido de que tratam referidos bens de propriedade privada, senão vejamos:

Mandado de Segurança 23627 / Distrito Federal²²

²¹MELLO. Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 919.

²² Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=bens+das+Empresas+P%FAblicas+e+das+Sociedades+de+Economia+Mista+&base=baseAcordaos>. Acesso em 27 jan.2011.

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 07/03/2002 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno

- IMPTE.: BANCO DO BRASIL S/A

-IMPDO.: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

Ementa: CONSTITUCIONAL. 'WRIT' CONTRA ATO DO TCU QUE DETERMINA A INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL, PARA APURAÇÃO DE FATOS E RESPONSABILIDADES EM OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS NA AGÊNCIA DO BANCO DO BRASIL DE VIENA. TENTATIVA DE FISCALIZAÇÃO EM ATIVIDADE TIPICAMENTE PRIVADA, DESENVOLVIDA POR ENTIDADE CUJO CONTROLE ACIONÁRIO É DA UNIÃO. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE DO REFERIDO PROCEDIMENTO COM O REGIME JURÍDICO DO BANCO IMPETRANTE (CELETISTA); AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO E DA CORRESPONDENTE PREVISÃO LEGAL PARA INSTAURAÇÃO DESTE INSTITUTO. O IMPETRANTE, INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DO ESTADO, SUBMETE-SE AO REGIME JURÍDICO DAS PESSOAS DE DIREITO PRIVADO. DA MESMA FORMA, OS ADMINISTRADORES DE BENS E DIREITOS DAS ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO - COMO EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA - NÃO SE SUBMETEM ÀS REGRAS DOS ADMINISTRADORES DE BENS DO ESTADO. NÃO SE SUJEITAM A PRESTAR CONTAS AO TCU. EXCEÇÃO QUANTO A QUESTÕES A ENVOLVER DINHEIRO, BENS E VALORES PÚBLICOS E ATOS DE ADMINISTRAÇÃO QUE CAUSEM PREJUÍZO AO TESOURO. NÃO MERAS ATIVIDADES BANCÁRIAS. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO.

Celso Antonio Bandeira de Mello²³ defende que todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bem público, acrescentando: “Ora, bens particulares quando afetados a uma atividade pública (enquanto o estiverem) ficam submissos ao mesmo regime jurídico dos bens de propriedade pública. Logo, têm que estar incluídos no conceito de bem público”.

Partindo-se dessa premissa, os imóveis locados para o Estado, que de titularidade de pessoa privada, para o desenvolvimento de atividades de interesse público, constituem-se bem público, cuja propriedade é privada, pois não detém o Estado legitimidade para dispor daquele, o que nos leva à conclusão de

²³ MELLO. Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.914

que embora a propriedade pública sempre esteja atrelada a um bem público, nem sempre a propriedade privada guardará tal correspondência.

3.3 PROPRIEDADE INTELECTUAL

Citamos aqui a doutrina de Isabel Vaz, segundo a qual:

[...] sob a denominação 'propriedade intelectual', agrupam-se duas grandes categorias de bens, dando origem a direitos resultantes da atividade intelectual, com reflexos no domínio industrial, científico, literário ou artístico. Na primeira categoria, chamada 'propriedade industrial', incluem-se os direitos relativos a invenções, marcas de fábrica ou de comércio, dentre outros. A segunda, sob o rótulo de 'direitos do autor' e correlatos, engloba as obras literárias científicas, musicais, artísticas, filmes, fonogramas e demais criações semelhantes.”²⁴

A Constituição Federal no art. 5º, incisos XXVII e XXVIII instituiu como garantia individual fundamental os direitos do autor, não só os patrimoniais como também os morais, sobre a obra produzida.

O autor é titular de direitos morais e de direitos patrimoniais sobre a obra intelectual que produzir. São direitos morais do autor, conforme disposto no art. 24, da Lei 9.610/98: I- reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra; II- ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III- conservá-la inédita; IV- assegurar-lhe a integridade, opondo-se a quaisquer modificações, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam alterá-la, ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V- modificá-la, antes ou depois de utilizada; VI- retirá-la de circulação, ou de lhe suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem e; VII- ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de

²⁴VAZ, Isabel. Direito econômico das propriedades. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p.413.

outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, sob pena de reparação dos prejuízos e indenização.

Quanto aos patrimoniais, correspondem às faculdades de utilizar, fruir e dispor de sua obra, bem como de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros no todo ou em parte.

No que se refere à propriedade industrial, também alçou o texto constitucional, o direito sobre ela, a garantia individual fundamental, quando em seu artigo 5º, inciso XXIX prescreve que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. A matéria é tratada ordinariamente pela Lei 9.279/96, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

3.4 PROPRIEDADE URBANA

É aquela localizada dentro do perímetro urbano, assim definido pela legislação municipal, conforme disposto no art. 32, §1º do Código Tributário Nacional.

O legislador federal, que é quem detém competência para legislar sobre normas gerais sobre direito tributário, conforme art. 24, I e §1º da Constituição Federal, entretanto, não conferiu ao ente municipal ampla liberdade na definição, prescrevendo no artigo 32, §1º, do Código tributário Nacional requisitos mínimos a serem considerados quando da fixação do perímetro urbano, elencando-os nos incisos I a V : “I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; II - abastecimento de água; III - sistema de esgotos sanitários; IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado”.

Somente verificando-se ao menos dois desses itens, a lei municipal poderá definir como urbana determinada propriedade, impondo-lhe conseqüentemente a tributação correspondente.

Ensina-nos José Afonso da Silva:

[...] a qualificação do solo, como urbano, porque destinado ao exercício das funções urbanísticas, dá a conotação essencial da propriedade urbana. Esta, diferentemente da propriedade agrícola, é resultado já da projeção da atividade humana. Está, portanto, impregnada do espírito cultural, no sentido de algo construído pela projeção do espírito do homem. Pois, pelo visto, ela só passa a existir e a definir-se pela atuação das normas urbanísticas.²⁵

Referido autor leva-nos a refletir a essência da propriedade urbana, como produto da atividade do homem.

3.5 PROPRIEDADE RURAL

Não se preocupou o legislador, tampouco o constituinte em defini-la, razão pela qual seu conceito é extraído por exclusão ao conceito da propriedade urbana. Em outras palavras, constitui propriedade rural a propriedade que não for considerada urbana ou urbanizável.

3.6 BEM DE FAMÍLIA

O bem de família, assim categorizado pela Constituição Federal em seu art. 5º, XXVI (em se tratando de imóvel rural) e pela legislação infra-constitucional, mais precisamente a Lei 8.009/90 e o Código Civil, em seu art. 1711 (para imóveis urbanos), é uma espécie de propriedade que confere a seu titular além dos direitos inerentes à propriedade em geral, proteção especial quanto à sua não suscetibilidade de penhora, para satisfação de dívidas.

²⁵ SILVA. José Afonso da .Direito Urbanístico Brasileiro, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p.67.

O constituinte e o legislador ordinário assim dispuseram para preservação do núcleo familiar, visando com a proteção especialmente conferida ao bem a manutenção e sobrevivência da família.

4. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

4.1 CONCEITO

Não encontramos no direito positivo o conceito²⁶ da função social da propriedade, abordada pela maioria dos autores como princípio constitucional.

Trata-se a função social da propriedade de conceito jurídico indeterminado, cuja classificação se dá de acordo com a aplicação no caso concreto²⁷.

²⁶O Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello explica-nos que conceitos jurídicos são termos relacionadores de normas, pontos de aglutinação de efeitos de direito. Como o Direito resume-se a “imputar certas consequências a determinados antecedentes”, o trabalho do jurista consiste em conhecer a *disciplina aplicável às diversas situações*; resumindo que cada conceito é um conjunto. Quando a lei não aglutina previamente certas realidades debaixo de uma nomenclatura, é o estudioso do Direito quem trata de promover estas aglutinações, razão pela qual surgem inevitavelmente conceitos diversos, objetos de pensamento de diferentes extensões, por vezes descoincidentes, pois os traços colecionados por quem formula um conceito não são sempre os mesmos respigados por outros estudiosos (MELLO. Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.376-377).

²⁷ A imprecisão do conceito não há de ser tomada como omissão normativa vez que não é conferida liberdade ao constituinte nesse sentido, como bem elucida-nos Ricardo Marcondes Martins (MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 180), ao dispor que o legislador não é livre para editar regras abstratas incompletas: se for viável concretizar da melhor forma possível, num plano abstrato, o respectivo princípio por meio de uma regra abstrata precisa, deve, necessariamente, fazê-lo. O conceito jurídico indeterminado é tema muito rico, dada a polémica que o envolve, sendo que sua abordagem mereceria trabalho específico. Sintetizaremos, entretanto, de forma simplista as duas principais correntes acerca do instituto: a dos que entendem que ele não confere discricionariedade à Administração, vez que a interpretação do conceito diante de um caso concreto conduz para uma única solução válida possível e; a do pensamento que o conceito jurídico indeterminado permite à Administração o exercício da discricionariedade, desde que se trate de conceito de valor, que implique na possibilidade de apreciação do interesse público, afastando porém a discricionariedade quando se ver a Administração diante de conceitos técnicos ou de experiência que não admitem soluções alternativas. Ricardo Marcondes Martins, na ob. cit, p. 179, nota de rodapé 46, esclarece-nos que Afonso Rodrigues Queiró foi inicialmente quem percebeu que os conceitos jurídicos indeterminados implicam um apelo à apreciação administrativa, chamando a atenção, entretanto, que a seu ver o jurista erroneamente referiu-se aos conceitos práticos, referentes ao mundo da sensibilidade, apartando-os dos conceitos teóricos ou das ciências empírico-matemáticas, referentes ao mundo da realidade empírica, isto porque a distinção não se justifica, vez que podem ser indeterminados – e, assim, implicar remissão à apreciação administrativa – tanto os conceitos práticos como os conceitos teóricos, reportando-se ao magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello.

Ao tratar do conceito da função social da propriedade, Celso Antonio Bandeira de Mello, ensina-nos:

[...]consiste em que esta deve cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais

Citamos também a abordagem de Sérgio Guerra acerca do tema: “Considerando que a classificação dos conceitos jurídicos indeterminados se dá na aplicação em casos concretos, a doutrina alemã criou uma teoria de que só existe uma única solução justa em cada caso, determinável em um processo cognitivo”. Referido autor transcreve comentário de Cesar David Ciriano Vela, extraído da obra *Administración Económica y Discrecionalidad*, Ed. Lex Nova, 2000, p.127, no sentido de que: “definidos desde a perspectiva do controle judicial, tem sido relativamente tradicional diferenciar discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados a partir da afirmação de que a primeira pressupõe a existência de uma pluralidade de soluções juridicamente corretas (justas), enquanto que a aplicação dos últimos admite uma única solução justa, permitindo-se assim ao juiz uma intensidade máxima do controle da atuação administrativa.” Ainda eportando-nos aos escritos de Sérgio Guerra, que cita a corrente de pensamento de Eduardo García de Enterría, introduzida na doutrina espanhola no ano de 1962, pela qual não há uma vinculação entre a discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados, temos em oposição a corrente que afirma não ser sempre factível assegurar com total exatidão qual seria a única solução justa na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, não vendo que sempre existirá diferença entre um e outro, defendida por Miguel Sánchez Morón, Mariano Magide Herrero e pelo próprio Sérgio Guerra, que assim conclui: “Parece acertada a corrente doutrinária que admite mais de uma solução justa na integração dos conceitos jurídicos indeterminados. Isto porque a solução justa somente poderá existir num plano da filosofia pura, não se sustentando diante de todos os casos concretos. Em assim sendo, se apóia o pensamento de que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem no conceito da teoria da discricionariedade administrativa.” (Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Coordenado por Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006. p.878). Celso Antonio Bandeira de Mello sustenta que quando a lei se vale de conceitos vagos, fluidos, imprecisos, dos quais resultaria certa liberdade administrativa para ajuizar sobre a ocorrência de situações assim qualificáveis, tal liberdade só ocorre em casos duvidosos, isto é, quando realmente é possível mais de uma opinião razoável sobre o cabimento ou descabimento de tais qualitativos para a espécie. Acrescenta o jurista que assim como a dúvida pode se instaurar procedentemente, em inúmeras situações – quando, então, haverá espaço para um juízo subjetivo pessoal, do administrador - , em inúmeras outras, pelo contrário, não caberá dúvida alguma sobre o descabimento ou então sobre o cabimento da qualificação. Ou seja: será óbvio que dada infração não é “grave”, que não houve ofensa à “moralidade”, que inexistente “urgência”, que inócorre “tumulto”, ou opostamente, estarão evidente a gravidade, a moralidade, a urgência, o tumulto, etc. Aí, então, não haverá discricionariedade alguma para o administrador. Em suma: a aplicabilidade dos conceitos vagos só proporcionará discricionariedade nas situações marginais. Acrescenta ainda que, mesmo os conceitos chamados “fluidos” possuem um núcleo significativo certo e um halo circundante, uma auréola marginal, vaga ou imprecisa, trazendo-nos a teoria de que haverá sempre uma zona de certeza positiva, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma zona circundante, onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma zona de certeza negativa, onde será indisputavelmente seguro que descabe a aplicação do conceito (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.435-436). A nosso ver não é conferido à administração discricionariedade na elucidação de um conceito indeterminado, somente sendo conferida a utilização da faculdade discricionária quando esgotada a interpretação do conceito. Ou seja, a interpretação do conceito indeterminado é que vai possibilitar ou não a discricionariedade, isto porque somente com outorga legislativa é que a discricionariedade será válida.

preenchíveis pela espécie tipológica do bem (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a contradizer estes interesses), cumprindo, destarte, às completas, sua vocação natural, de molde a canalizar as potencialidades residentes no bem em proveito da coletividade (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a adversá-las) [...] a função social tem também um conteúdo vinculado a objetivos de justiça social, ou seja, comprometido com o projeto de uma sociedade mais igualitária e menos desequilibrada, no qual o acesso à propriedade e o uso dela sejam orientados no sentido de proporcionar ampliação de oportunidades a todos os cidadãos, independentemente da utilização produtiva que porventura já esteja tendo.²⁸

Conforme dispõe o art. 5º, XXIII da Constituição Federal “a propriedade atenderá a sua função social”.

A Constituição Federal, entretanto, não limitou tal preceito como garantia fundamental de direito individual, mas também como princípio de ordem econômica, quando em seu art. 170, inciso III²⁹, assim expressamente dispôs .

Tornar a propriedade socialmente funcional não importa no esvaziamento do direito que detém o proprietário sobre o bem, mas sim tornar o exercício desse direito harmônico com o interesse público, interesse esse que está em constante evolução.

Não se presta, porém, tal princípio a socializar o capitalismo.

José Afonso da Silva³⁰ afirma que o princípio da função social da

²⁸MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Novos Aspectos da função social da propriedade no direito público, RDP 84/43-44, São Paulo: Ed.RT, 1986.

²⁹Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade;

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso: 20.09.2010.

³⁰SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p.65.

propriedade foi mal definido na doutrina brasileira, obscurecido, não raro, pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade, e que não se confundem. Acrescenta o autor: “Limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário, enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo, citando Karl Renner, *Gli Istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, pp 65 e 66 – 1981”.

Ainda citando José Afonso da Silva, ensina-nos o autor:

[...] a funcionalização da propriedade é um processo longo. Por isso é que se diz que ela sempre teve uma função social. Quem mostrou isso expressamente foi Karl Renner, segundo o qual a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção (Karl Renner, *Gli Istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, pp 84 e ss. – 1981). E toda vez que isso ocorreu, houve transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que a propriedade atenderá a sua função social, mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica (art. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, mas adotando um princípio de transformação da propriedade capitalista, sem socializá-la, um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando aos legisladores entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição. A função social, assiná-la Pedro Escribano Collado, “introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo”, constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo (Pedro Escribano Collado, *La propiedad Privada*, pp122 e ss,-1979).”³¹

³¹SILVA. José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p.66.

Não sendo a função social um conceito estático, ela irá com a evolução da sociedade, transformando-se e assim, moldando o próprio perfil do direito de propriedade.

É o interesse coletivo que determinará as funções às quais a propriedade se suscetibilizará, para a finalidade social, cabendo ao Poder Público a atuação para concretização do princípio.

Não há que se confundir, entretanto, limitação ao exercício do direito de propriedade com função social da propriedade.

José Guilherme Purvin de Figueiredo, ao abordar a propriedade no direito ambiental, nos adverte:

As limitações administrativas de caráter ambiental não constituem, como já foi dito, função social da propriedade. Todavia, é certo que o princípio da função social da propriedade assegura a legitimidade das intervenções administrativas de caráter ambiental que resultam na limitação no exercício pleno do direito de propriedade, afastando este direito da concepção liberal individualista. Por tal motivo, é extremamente árdua a distinção jurídica entre aquilo que integra o próprio conceito de propriedade (que não pode mais ser oferecido sem que se refira à sua função social) e aquilo que, legitimado pelo princípio da função social da propriedade, constitui autêntica limitação administrativa de caráter ambiental.³²

Razão assiste ao autor, pois a Constituição Federal quando anuncia em seu art. 225, inciso III, que cabe ao Estado definir em todas as unidades da federação espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, não o faz para garantia do princípio da função social da propriedade, mas para satisfazer direito constitucional fundamental, assentado nas idéias de fraternidade e solidariedade, qual seja, o direito da humanidade a um meio

³² FIGUEIREDO, José Guilherme Purvin de. A Propriedade no Direito Ambiental. 1ª ed. Rio de Janeiro: ADCOAS, 2004. p.93

ambiente ecologicamente equilibrado.

No decorrer deste trabalho, mais precisamente no Título III, 7.7 e 7.8, discorreremos sobre as consequências jurídicas do não atendimento da função social da propriedade.

4.2 FUNDAMENTO JURÍDICO

A função social da propriedade é princípio constitucional proclamado pela Carta magna em seus arts. 5º, XXIII e 170, III, como princípio de ordem social e econômica.

As normas citadas são dotadas de eficácia plena, assim como os demais princípios constitucionais.

A questão foi abordada por José Afonso da Silva:

A norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais. A pela 3ª Câmara do 1º TASP na Ap. 291.722 (rel. Juiz José Osório), sob a Constituição anterior, muito menos enfática no estabelecer do princípio do que a atual, o que não deixa margem a dúvida sobre sua caracterização e operatividade imediata). Realmente, afirma-se a tese de que aquela norma 'tem plena eficácia', porque interfere com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídica desta, transformando-a numa instituição de direito público, especialmente, ainda que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhe dado aplicação adequada, como se nada tivesse mudado.³³

José Guilherme Purvin de Figueiredo³⁴ critica o constituinte de

³³SILVA. José Afonso da Silva. Comentário Contextual à Constituição, 6ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.121.

³⁴FIGUEIREDO, José Guilherme Purvin de. A Propriedade no Direito Ambiental, 1ª ed. Rio de Janeiro: ADCOAS, 2004. p.85.

1988, afirmando que houvesse na Carta de 1988 um maior rigor na defesa do interesse público, certamente seria consagrado o entendimento de que a propriedade é uma função social, acrescentando que melhor seria que nosso ordenamento constitucional tivesse efetivamente erigido a propriedade à condição de função social.

O que não podemos deixar de reconhecer é que a Constituição Federal de 1988 deu um grande passo quando estabeleceu que a legitimidade da propriedade exige o cumprimento de sua função social.

4.3 ESPÉCIES

Sabidamente o texto constitucional tratou de individualizar a função social da propriedade, de acordo com a característica do bem sobre o qual incide, fazendo surgir duas espécies, a função social da propriedade urbana e a função social da propriedade rural.

4.3.1 Função Social da Propriedade Urbana

A Constituição Federal em seu artigo 182, §2º, dispõe expressamente que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais da ordenação da cidade expressas no plano diretor.

O Poder Público municipal, diante dos reclamos do interesse da população, definirá os meios e formas pelas quais as propriedades urbanas atingirão sua função social.

É o direito urbanístico que ditará as regras para que a propriedade urbana atinja seu fim social.

Federico Spantigati conforme citação de José Afonso da Silva, sintetiza a função social da propriedade urbana, de modo claro e prático:

[...] constitui um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse

público que orienta a utilização do bem e predetermina seus usos, de sorte que se pode obter, nos modos de vida e nas condições de moradia dos indivíduos, um desenvolvimento pleno da personalidade. Nesta construção está claro que o interesse do indivíduo fica subordinado ao interesse coletivo por uma boa urbanização, e que a estrutura interna do direito de propriedade é um aspecto instrumental no respeitante ao complexo sistema da disciplina urbanística.³⁵

José Afonso da Silva faz citação também à doutrina de Pedro Escribano Collado, segundo o qual:

[...] a função social da propriedade privada urbana repousa num pressuposto de primordial importância, qual seja o de que a atividade urbanística constitui uma função pública da Administração, que, em consequência, ostenta o poder de determinar a ordenação urbanística das cidades, implicando, nisto, a iniciativa privada e os direitos patrimoniais dos particulares.³⁶

É o direito urbanístico que ditará as regras para que a propriedade urbana atinja seu fim social, portanto ao Município, calcado nos princípios constitucionais, compete legislar sobre a matéria.

4.3.2 Função Social da Propriedade Rural

Sobre a função social da propriedade rural assim dispõe a Constituição Federal em seu artigo 186, *in verbis*: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I-aproveitamento racional e adequado; II-utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III-observância das disposições que regulam as relações do

³⁵SPANTIGATTI, Federico . Manual de derecho urbanístico, Madri, Ed. Montecorvo, 1973 *apud* SILVA, José Antonio da .Direito Urbanístico Brasileiro, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 68.

³⁶COLLADO, Pedro Escribano . La propiedad privada urbana, Madri, 1979 *apud* SILVA, José Antonio da. Direito Urbanístico Brasileiro, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 68.

trabalho; IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

A propriedade rural há de ser produtiva para atender ao fim social, ela não mais pode ser vista simplesmente como um bem patrimonial, mas sim como um bem de produção.

Ilustra-nos a matéria Fernando Pereira Sodero, ao dizer “O regime jurídico da terra fundamenta-se na doutrina da função social da propriedade, pela qual toda a riqueza produtiva tem uma finalidade social e econômica, e quem a detém deve fazê-la frutificar, em benefício próprio e da comunidade em que vive.”³⁷

Remetendo o constituinte a disciplina do princípio à lei, é dever do Poder Público racionalizar a utilização da propriedade e oferecer meios ao produtor de levar sua propriedade ao encontro da função social.

A lei vigente sobre a matéria é a nº 8.629/93, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, mas ainda que não houvesse lei específica, não estaria impossibilitada a aplicabilidade do princípio, haja vista a expressa previsão constitucional dos requisitos necessários para determinar-se o atendimento ou não do fim social, pela propriedade rural.

CAPÍTULO II

O MEIO AMBIENTE E A ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

1 Origem Histórica da Proteção Ambiental no Direito Brasileiro e Estrangeiro

³⁷SODERO, Fernando Pereira. Curso de Direito Agrário:2-O Estatuto da Terra. Brasília: Fundação Petrônio Portella/Ministério da Justiça, 1982.

Em 1981, com o surgimento da Lei 6.938 que instituiu a Política Nacional para o Meio Ambiente, teve lugar o nascimento do Direito Ambiental Brasileiro, apesar da Lei de Zoneamento Industrial de 1980 ter focado questões de Meio Ambiente.

Até a edição da referida Lei, legislava-se no Brasil por meio de restrições à exploração econômica das propriedades de forma isolada, com o intuito de organizar a produção e a exploração, sem qualquer finalidade de preservação do meio ambiente. Ela veio para atender os anseios há muito já despertados na comunidade internacional, que eclodiram na Conferência de Estocolmo, em 1972³⁸, marco para os movimentos sociais, que determinou providências do legislador brasileiro, face à devastação desenfreada no território nacional.

O desabafo da jurista Elida Séguin, a seguir transcrito, sintetiza a premente necessidade da atuação governamental numa área até pouco tempo desprezada pelo direito:

No território nacional, interesses privados/públicos e a desinformação se unem para retardar o avanço da consciência ambientalista. O desconhecimento propicia o sucesso de teorias poluidoras, como é melhor morrer de câncer ao 50 do que de fome aos 20. A educação ambiental exsurge como um marco na preservação ecológica.³⁹

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225 quando incorporou ao nosso ordenamento jurídico o Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, ao anunciar: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de

³⁸ Conferência da ONU que aconteceu em Estocolmo em 1972, da qual advieram mais de vinte princípios que devem ser respeitados sobre cuidados relativos ao ambiente e aos seres humanos, por vezes denominada de 1ª Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente ou Estocolmo – 72.

³⁹ SÉGUIN, Elida. O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000. p.25.

defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, impulsionou o Poder Público a mostrar-se ativo nessa missão.

Elida Séguin, registra que data de 1861 a criação do primeiro parque nacional no mundo, o de Yosemite, nos EUA. Delineia a autora o Direito Ambiental no mundo:

Nos EEUU existe uma Lei de Política Ambiental, desde 1969, com descentralização do poder. Na Alemanha, a disciplina apareceu no início da década de 70, estatuidando os princípios da prevenção, poluidor-pagador e cooperação, adotando também o EPIA. A França elaborou uma nova política governamental do meio ambiente, através de uma lei de 10.07.1989, abrangendo o período de 1989 a 1992. A Itália reconheceu o ambiente não como uma pluralidade de interesses difusos, mas como um interesse público fundamental da coletividade como um todo, dentro de uma concepção do direito ao ambiente como um direito fundamental do homem. Portugal, em sua Constituição de 1976, com alteração da Lei Constitucional nº 1/89, no art. 66, I, já previa o direito a um ambiente de vida humana sadio e ecologicamente equilibrado (...) Já no art. 9º, exigia do Poder Público uma atitude positiva de proteger o patrimônio cultural do povo português, defender a natureza e o meio ambiente.(...) A Constituição Chilena de 1980 garante a todas as pessoas o direito de viver em meio ambiente livre de contaminação. O art. 7º da Constituição de 1992 do Paraguai garante a todos o direito de habitar em um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado. A Carta da Colômbia de 1991 assegura a todas as pessoas o direito de gozar de um meio ambiente sadio (art. 79). No Panamá, o Estado e todos os habitantes do território nacional têm o dever de propiciar um desenvolvimento social e econômico que previna a contaminação do ambiente (Constituição de 1972, reformada em 1978 e 1993), ressaltando que é uma tendência internacional a de que a proteção ambiental esteja agasalhada na Carta Maior, tanto que a Declaração dos Direitos Humanos Fundamentais, adotada pela União Européia em abril de 1989,

identifica como um direito fundamental a proteção ambiental.⁴⁰

1.1 CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição Imperial de 1824 nada dispôs acerca do Meio Ambiente, o que não nos surpreende, vez que a visão ambiental à época era meramente utilitarista.

A de 1891, em seus arts. 29 e 34 atribuiu competência à União sobre minas e terras, mas não por questões ambientais, e sim econômicas, demonstrando que à época o ambiente começou a ser visto como fonte de renda.

A Constituição de 1934, no ápice do desenvolvimento econômico-social, objetivando a racionalização, normatiza a exploração de recursos naturais referentes ao subsolo, mineração, flora, fauna, águas, energia hidroelétrica e florestas, mas ainda sem qualquer cunho de defesa ambiental, focando os bens ambientais como fonte de riquezas, o que se seguiu nas Constituições de 1937, 1946 e 1967.

A Constituição de 1967 porém, deu um passo no sentido da defesa do ambiente, quando trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a função social da propriedade pública e privada.

A vigente Constituição Federal, de 1988, veio a consagrar o direito ambiental, dedicando capítulo específico para o meio ambiente natural e cultural (Capítulo VI – do Meio Ambiente), além de em distribuir em seu corpo dispositivos acerca: a) do meio ambiente construído, quando institui através dos arts. 182 e 183 a função social da cidade e a obrigatoriedade de plano Diretor para cidades com mais de 20 mil habitantes ; b) do meio ambiente do trabalho, no art. 200, VIII e; c) da educação ambiental, através do art. 210 (em que pese no capítulo próprio, mais precisamente no art. 225, VI expressamente fazer menção á mesma).

⁴⁰ SÉGUIN, Elida. O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000. Pp. 45-47

A Emenda Constitucional nº 42/2003 expressamente impôs que o desenvolvimento econômico e financeiro não pode desprezar as questões ambientais, quando introduziu no art. 170 o inciso VI, estabelecendo como princípio constitucional, a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

A partir de sua promulgação, promoveram-se modificações consideráveis na Lei 4.771/65⁴¹, nosso Código Florestal - diploma relevante para o presente trabalho - adequando-se-o ao novo ordenamento jurídico imposto pela Carta Magna.

2 CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

A Lei 6.938/81 trouxe para o nosso ordenamento jurídico um conceito de meio ambiente, como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, inciso I).

Embora num primeiro momento não se extraia do referido conceito a influência humana, a expressão contida no mesmo de “a vida em todas as suas formas”, nos leva ao entendimento de que o ser humano e suas ações foram nele inseridos.

Marcos Abelha Rodrigues, vislumbra que o conceito legal não retratou apenas a idéia de espaço, de simples ambiente, mas, pelo contrário, foi além, para significar, ainda, o conjunto das relações (físicas, químicas e biológicas) entre os fatores vivos (bióticos) e não vivos (abióticos) ocorrentes nesse ambiente e que são responsáveis pela manutenção, abrigos e regência de todas as formas de vida existentes neste ambiente⁴².

⁴¹ Vide leis 7.803/89, 7.875/89 e MP 2.166-67/2001.

⁴² RODRIGUES, Marcos Abelha. Instituições de Direito Ambiental, 1ª ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002. pp.51/52.

Importante a observação feita por José Afonso da Silva ao afirmar:

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.⁴³

Em nosso modesto entendimento, o conceito, tal como feito pelo legislador - embora criticado na doutrina por não albergar também o seu aspecto cultural, a qual aponta inclusive redundância na expressão meio ambiente, no sentido de que meio e ambiente tem o mesmo significado⁴⁴ - por permitir sua aplicabilidade jurídica, presta-se ao fim ao qual se propõe.

Registre-se que a doutrina apresenta-nos as seguintes espécies de meio ambiente: meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho. Referida classificação é fundamental para identificação da atividade agressora e do bem diretamente afetado, visto que o meio ambiente por definição é unitário.

O meio ambiente natural ou físico é formado pelos recursos naturais, como o solo, a água, o ar, a flora e a fauna, e pela correlação recíproca de cada um destes elementos com os demais.

Trata-se o meio ambiente artificial de produto da atividade do homem, tais como os edifícios urbanos, que são os espaços públicos fechados, e pelos equipamentos comunitários, que são os espaços públicos abertos, como as ruas, as praças e as áreas verdes.

O meio ambiente cultural constitui-se do patrimônio histórico,

⁴³ SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional, 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.20.

⁴⁴ Doutrina de Guilherme José Purvin de Figueiredo, na obra A propriedade no Direito Ambiental, 1ª ed. Rio de Janeiro: ADCOAS, 2004. p.19; SILVA, José Afonso da, na obra Direito Ambiental Constitucional, 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.19 e; SIRVINSKAS, Luis Paulo, na obra Manual de Direito Ambiental, 6ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.37

artístico, paisagístico, ecológico, científico e turístico e, portanto, tanto de bens materiais, a exemplo dos lugares, objetos e documentos de importância para a cultura, quanto imateriais, como os idiomas, as danças, os cultos religiosos e os costumes de uma maneira geral.

Por fim, temos o meio ambiente do trabalho, formado pelo conjunto de fatores que se relacionam às condições do ambiente de trabalho, como o local de trabalho, as ferramentas, as máquinas, os agentes químicos, biológicos e físicos, as operações, os processos, a relação entre trabalhador e meio físico.

Partindo da definição, chegamos ao bem protegido pelo direito e, então surge a indagação, se o meio ambiente constitui-se bem privado ou público?

A Constituição Federal, em seu artigo 225, ao declarar “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, nos conduz ao entendimento de que não trata-se o meio ambiente de patrimônio privado e nem público⁴⁵, pois pertence a todos nós individualmente e a todos ao mesmo tempo, constituindo-se em direito difuso - tal como o enunciado pelo art. 81, parágrafo único, I da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), ou seja, de natureza indivisível, cuja titularidade atine a pessoas indeterminadas, ligadas por situação fática.

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

Na definição de Celso Antonio Bandeira de Mello, constitui o princípio :

⁴⁵ José Afonso da Silva traz-nos a figura dos bens de interesse público, categoria que vem sendo construída na doutrina, na qual se inserem tanto bens pertencentes a entidades públicas, como bens dos sujeitos privados subordinados a uma particular disciplina para a consecução de um fim público, citando a respeito, Massimo Severo Giannini, *Diritto Pubblico dell'Economia*, pp.105-108; Gastone Pasini, *La Tutela delle Bellezze naturali*, pp.29 e ss.; Mario D'Urso, *Tutela dell'Ambiente e Pianificazione Urbanistica*, pp.42 e ss.(SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 83).

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁴⁶

José Roberto Pimenta Oliveira, averba: “Pela sua função no sistema jurídico, são os princípios que presidem toda a sua organicidade, compõem o equilíbrio do sistema, determinam a unidade e a racionalidade internas e permitem a sua compreensão, aplicação e desenvolvimento”.⁴⁷

Tratam-se os princípios de instrumentos úteis para entendimento, estudo e análise de institutos jurídicos, servindo como indicadores do pensamento na interpretação das normas jurídicas e como fonte de direito, na hipótese de lacunas legislativas.

No que se refere aos princípios de direito ambiental, citamos a doutrina de Gilberto Passos de Freitas, que assim se pronuncia:

Os princípios, que se constituem num padrão que permite aferir a validade das leis, auxiliar na interpretação das mesmas, em matéria ambiental, em face de suas características, assumem um destaque muito especial, uma vez que servem de base para a interpretação das normas que integram o sistema jurídico ambiental, permitindo compreender a autonomia do direito ambiental e a forma como a proteção do meio ambiente é vista pela coletividade.⁴⁸

Não há unanimidade na doutrina acerca da identificação e nomenclatura dos princípios de direito ambiental, razão pela qual apontaremos abaixo os comumente citados pelos autores.

⁴⁶MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 53

⁴⁷OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 35

⁴⁸FREITAS, Gilberto Passos de. Ilícito Penal Ambiental e Reparação do Dano. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 39.

3.1 PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR E USUÁRIO PAGADOR

Segundo a doutrina de Edis Milaré:

O princípio do poluidor-pagador, também já estudado, constitui o fundamento primário da responsabilidade civil em matéria ambiental. Sua origem nada mais é que um princípio de equidade, existente desde o Direito Romano: aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes. É o que, em outras palavras, diz a moderna doutrina: 'O princípio da responsabilidade objetiva é o da equidade, para que se imponha o dever de reparação do dano e não somente porque existe responsabilidade'. Assume o agente todos os riscos de sua atividade, pondo-se fim, em tese, à prática inadmissível da socialização do prejuízo e da privatização do lucro.⁴⁹

Não se extrai do mesmo uma punibilidade e nem se exige o efetivo dano ao meio ambiente para sua aplicação, pois se presta a indicar à sociedade que o recurso ambiental não pode ser irracionalmente utilizado, sem que seja considerado o custo da utilização ao meio ambiente.

Daí a razão de estar o referido princípio estreitamente ligado ao princípio do usuário-pagador, segundo o qual o consumidor também é obrigado a arcar com a variável econômica do uso do bem ambiental, pois é certo que quando do pagamento do bem ou serviço adquirido, o produtor já lhe veio a repassar o referido custo através da base de cálculo dos produtos e serviços.

3.2 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO OU PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE

Emana do disposto no art. 225, §3º da Constituição Federal, que assim dispõe:

⁴⁹ MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente – A gestão ambiental em foco, 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.956.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Referido princípio deu origem à responsabilidade objetiva como regra para a reparação de danos ambientais, hoje expressa na legislação, mais precisamente no artigo 14, §1º da Lei 6.938/81, que assim dispõe:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Frise-se que a responsabilidade objetiva em termos de danos ao meio ambiente, pode ser vista sob duas ópticas: A primeira delas pela teoria do risco integral, adotada pela maior parte da doutrina⁵⁰ que defende o dever de indenizar mesmo nos casos de fato exclusivo da vítima, em caso fortuito (evento causado pela ação humana de terceiros) ou de força maior (evento causado pela natureza). Sérgio Cavalieri Filho⁵¹, ao comentar o artigo 14, § 1º da Lei 6.938/81, ressalta que o artigo 225 § 3º, da Constituição, recepcionou o já citado art. 14 § 1º, da Lei 6.938/81, criando a responsabilidade objetiva baseada no risco integral, ou

⁵⁰ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil, Volume VII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 830; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 176.

⁵¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 154

seja, na teoria segundo a qual não se admitem excludentes de responsabilidade. O autor aduz que "se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes de responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei a maior parte dos casos de poluição ambiental. "

A segunda óptica trata-se da teoria do risco criado (ou risco administrativo ou risco proveito) através da qual possibilita-se a admissão de fatores capazes de excluir ou diminuir a responsabilidade como o caso fortuito e a força maior, o fato criado pela própria vítima (exclusivo ou concorrente), a intervenção de terceiros e, em determinadas hipóteses, a licitude da atividade poluidora.

3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL

Impõe que as gerações mantenham solidariedade diacrônica, de forma que uma geração não consuma irracionalmente os recursos necessários à preservação da espécie humana, determinando o uso consciente dos recursos naturais.

É princípio que se sustenta nos princípios da precaução, do desenvolvimento sustentável e do aproveitamento racional dos recursos naturais, aliados a uma política fiscal reparadora.

3.4 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO

Referido princípio é extraído do disposto no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, pois para exercer o dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente, a coletividade necessita estar informada sobre os empreendimentos atuais e vindouros que tenham o condão de interferir naquele.

Pelo aludido princípio, respeitadas as situações de sigilo em caso de segurança nacional, compete ao Poder Público a disponibilização de forma clara e concisa à sociedade em geral, de informações sobre o meio ambiente, para que possa aquela vir a exercer seu papel de fiscalização.

3.5 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

O princípio da participação também é extraído do disposto na Constituição Federal em seu artigo 225 “*caput*”, e através dele temos a imposição do dever solidário de cooperação entre a sociedade e o Poder Público, na gestão ambiental, seja através de medidas fiscalizatórias, no desenvolvimento de atividades ambientais pelo terceiro setor, ou mesmo pela participação em audiências públicas.

Possui estreita relação com o princípio da informação, pois somente a ampla informação permite à sociedade participação.

3.6 PRINCÍPIO DA SADIA QUALIDADE DE VIDA OU DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana não é exclusivo do direito ambiental, sendo que sua aplicabilidade em termos de direito ambiental foca-se na busca da sadia qualidade de vida.

Decorre o referido princípio dos direitos à vida, consagrado pelo art. 5º, à saúde, conforme previsão do artigo 196, e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na forma do art. 225, todos da Constituição Federal.

3.7 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

A supremacia do interesse público sobre o particular, como nos ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, “é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”.⁵²

Constituindo-se a preservação do meio ambiente condição

⁵² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 69 .

essencial para a manutenção da vida, o interesse na proteção do bem ambiental, por ser de natureza pública, deve se sobrepor aos interesses individuais privados, ainda que legítimos.

3.8 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

É invocado para adoção de providências pelo Poder Público que busquem evitar a consumação de danos, por vezes irreversíveis, ao meio ambiente.

O ato estatal que exige Estudo de Impacto Ambiental, quando eventual empreendimento inevitavelmente trazer como consequência degradação do meio ambiente, ainda que mínima, é manifestação do referido princípio, que guarda estreita relação com o princípio da precaução, sendo que o ponto de divergência entre um e outro, é que no princípio da precaução, a degradação não é fato, é suposição.

3.9 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Diante do princípio da precaução que traz consigo a regra do "*in dubio pro ambiente*", sempre que houver uma probabilidade mínima de que ocorra dano como consequência da atividade potencialmente lesiva, a mesma deverá ser obstada.

É do receio da irreparabilidade do dano que decorre o princípio da precaução, segundo o qual, nas palavras de J.J. Canotilho "as pessoas e o seu ambiente devem ter em seu favor o benefício da dúvida quando haja incerteza sobre se uma dada ação os vai prejudicar".⁵³

Por força do princípio da precaução cabe ao empreendedor, seja ele público ou privado, o ônus de provar que o empreendimento a ser desenvolvido ou a atividade que desenvolve ou virá a desenvolver, não ocasiona e nem terá o condão de ocasionar a degradação do meio ambiente, bem como a indicar as

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro, 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

medidas compensatórias e mitigatórias que eventualmente virá a adotar para caso de dano ao meio ambiente.

4 INSTRUMENTOS ESTATAIS PARA PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL

4.1. A LEI

A edição de uma lei transforma a vida em sociedade, partindo-se do princípio da reserva legal, tal como inserido na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso II, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

No dizer de Elida Séguin:

A escolha de uma diretriz para padronizar as condutas pressupõe situação de fato concreta e vontade política onde está embutida a decisão de importar ou não legislações alienígenas. Com o fenômeno da globalização econômica, as situações fáticas também atravessam e derrubam as fronteiras políticas[...]⁵⁴

Alerta-nos ainda, a autora:

[...]nas questões que envolvem o Direito Ambiental a dificuldade de sucesso no transplante de normas fica exacerbada, posto envolver temas ético-sociais para os quais não existe fórmula global de aceitação. Os costumes locais, a história do povo e a opinião pública serão de capital importância para sucesso e acolhimento da regra jurídica.⁵⁵

Já em 1999, concluiu Antonio Herman V. Benjamin em trabalho

⁵⁴ SÉGUIN, Elida. O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p.170.

⁵⁵ SÉGUIN, Elida. O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p.170.

publicado pela Revista de Direito Ambiental que em nosso país dispunha de legislação suficiente para preservação do meio ambiente, assim pronunciando-se:

O Brasil tem hoje um dos mais avançados sistemas de proteção jurídica do meio ambiente. Prioritário para o futuro (e para o presente) já não é, no essencial, legislar. Já o fizemos. O que se espera agora dos órgãos ambientais e dos cidadãos, organizados ou não, é o cumprimento das exigências legais, que, com frequência, nada mais são do que letra morta.⁵⁶

A lei apresenta-se como disciplinadora das relações humanas e, assim, o Estado ao editar uma lei de cunho ambiental, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, está no pleno exercício da política ambiental.

A Lei 6.938/1981, por sua vez, em seu art. 9º⁵⁷, expressamente nos

⁵⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. Revista de Direito Ambiental 14. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 4, p. 82, abr./jun. 1999

⁵⁷BRASIL. Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981.

Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

I - o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;
 II - o zoneamento ambiental; (Regulamento)
 III - a avaliação de impactos ambientais;
 IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;
 V - os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental;
 VI - a criação de reservas e estações ecológicas, áreas de proteção ambiental e as de relevante interesse ecológico, pelo Poder Público Federal, Estadual e Municipal;
 VI - a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas; (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)
 VII - o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente;
 VII - o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente;
 VIII - o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental;
 IX - as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental.
 X - a instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; (Incluído pela Lei nº 7.804, de 1989)
 XI - a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes; (Incluído pela Lei nº 7.804, de 1989)
 XII - o Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais. (Incluído pela Lei nº 7.804, de 1989)

aponta outros instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, com vistas a preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, a destacar-se o planejamento.

4.2 PLANEJAMENTO

É sabido que o planejamento não é uma cultura do Administrador brasileiro, o qual foi compelido a uma visão nesse sentido, pela imposição feita pela Constituição Federal da obrigatoriedade do Plano Diretor para cidades com mais de 20 mil habitantes.

O planejamento é hoje princípio básico da atividade estatal urbanística e ambiental, pois afasta atos movidos por intuição e improviso, cujas conseqüências não podem ser precisadas e simplesmente enfrentadas.

Um exemplo disso, são as grandes catástrofes ocorridas no sudeste do país, decorrentes das chuvas que nos últimos anos, nos meses de dezembro e janeiro, vieram a causar mortes e danos patrimoniais à população e ao poder público, devido não só aos fenômenos naturais, mas principalmente à desordenada ocupação de áreas de encostas e falta de planejamento pelo Estado.⁵⁸

XIII - instrumentos econômicos, como concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental e outros. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006).

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 20 out. 2010.

⁵⁸ Registramos aqui a tragédia que atingiu o Rio de Janeiro na primeira quinzena do ano corrente, em matéria jornalística: “O número de mortos na Região Serrana do RJ já chega a 672, segundo os números oficiais das prefeituras das cidades devastadas pelas chuvas. Pelos últimos levantamentos dos municípios, são 318 mortos em Nova Friburgo, 274 em Teresópolis, 58 em Petrópolis, 20 em Sumidouro e 2 em São José do Vale do Rio Preto. Em Teresópolis, a prefeitura informou que o número na Central de Cadastro de Desaparecidos pulou de 36 para 177. Em Petrópolis, há 26 desaparecidos, segundo a prefeitura. Em Sumidouro, há outros cinco. Já em Nova Friburgo, a prefeitura informou que não há levantamento sobre desaparecidos. Já a Secretaria estadual de Saúde e Defesa Civil informa que são 665 mortos no estado, sendo 312 em Nova Friburgo, 276 em Teresópolis, 58 em Petrópolis (número inclui as duas mortes de moradores de São José do Vale do Rio Preto) e 19 em Sumidouro. O número de desabrigados e desalojados chega a 13.830, segundo o governo do estado. Segundo a Polícia Civil, 661 corpos já foram identificados pelos peritos do IML (Instituto Médico Legal), sendo 275 em Teresópolis, 306 em Nova Friburgo, 56 em Petrópolis, 19 em Sumidouro, 4 em São José do Vale do Rio Preto e 1 em Bom Jardim. Com o corpo encontrado em Bom Jardim, passam a ser 6 cidades com registros de mortos na Região Serrana, segundo a polícia. O G1 não conseguiu entrar em contato com a prefeitura de Bom Jardim. As buscas por outras vítimas que ainda estejam soterradas e o trabalho de resgate da população que ainda se encontra em áreas isoladas na Região Serrana do Rio entra em seu 6º dia, principalmente nos municípios de Nova Friburgo, Teresópolis e Petrópolis. A previsão do tempo para

Trata-se também o planejamento, de meio de previsão de situações prevenção de danos.

O professor Paulo Affonso Leme Machado classifica a prevenção como princípio de direito ambiental, e ao discorrer sobre o tema, lembra que sem informação organizada e sem pesquisa não há prevenção, dividindo em cinco itens a aplicação do referido princípio, da seguinte forma:

[...]1º) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação e inventário das fontes contaminantes das águas e do ar, quanto ao controle da poluição; 2º) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; 3º) planejamento ambiental e econômico integrados; 4º) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com sua aptidão e 5º) estudo de impacto ambiental.⁵⁹

Elida Séguin, por sua vez, divide o planejamento em três fases: “a decisão de planejar; o plano em si e a sua implementação”. Acrescenta ainda:

A decisão de planejar é essencialmente um ato político, pois destina recursos e incorpora valores. Nessa fase a participação da sociedade, criando uma parceria, é importante para determinar o sucesso do projeto, através de um diagnóstico da área e o prognóstico de crescimento. O Plano é um fenômeno político, forma de se aferir quanto da tentativa de alocar recursos e valores se

o longo do dia é de pancadas de chuva e trovoadas, em toda a Região Serrana. Diversas rodovias que cortam a Região Serrana ainda estão interditadas. Já a prestação de serviços básicos, como o fornecimento de luz e água, continua sendo gradativamente restabelecida nas cidades atingidas.

Reforço de 700 militares. A Região Serrana recebeu o reforço de 700 militares de SP, MG e RS. De acordo com o Comando Militar do Leste (CML), são militares especializados na construção de pontes móveis. Nesta segunda-feira, soldados do Batalhão Escola de Engenharia, de Santa Cruz, na Zona Oeste do Rio, instalarão uma ponte em Teresópolis. Além de Teresópolis, partes dos municípios de Bom Jardim e São José do Vale do Rio Preto também estão isoladas depois que diversas pontes foram destruídas pelo temporal”. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/numero-oficial-de-mortos-ja-chega-a-672/> . Acesso em 17 jan. 2011.

⁵⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p.89.

efetivou ou, em outras palavras, qual é a relação num dado sistema entre política e administração. Sua implementação tem natureza técnica.⁶⁰

Registre-se que a Constituição Federal em seu art. 21, XVIII dispõe expressamente sobre o dever da União de planejar e promover a defesa permanente contra calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações.

4.3 EXTRAFISCALIDADE DOS TRIBUTOS

Trata-se de um instrumento internacionalmente utilizado, no que diz respeito à política ambiental, como instrumento de preservação ambiental.

Quando o Estado atribui ao imposto a função de extrafiscalidade, o faz com a finalidade de interferir no domínio econômico e/ou social, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros.

Convém citação da doutrina de Hugo de Brito Machado, que assim nos esclarece:

O objetivo do tributo sempre foi o de carrear recursos financeiros para o Estado. No mundo moderno, todavia, o tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo, finalmente, os efeitos mais diversos na economia. A esta função moderna do tributo se denomina função extrafiscal.⁶¹

Assim, a concessão de incentivos fiscais, tais como isenção total ou parcial do pagamento de tributos, para o proprietário que preservar a vegetação do imóvel, é um exemplo do referido instrumento, que hoje já inserido no ordenamento

⁶⁰ SÉGUIN, Elida. O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000., p.168

⁶¹ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.67.

de muitos municípios brasileiros.⁶²

4.4 DESAPROPRIAÇÃO

Quando é utilizada para criação de uma unidade de preservação, a desapropriação reveste-se de instrumento de medida Estatal de política ambiental.

⁶²Transcrevemos trechos da legislação de Municípios Brasileiros que já utilizam-se da extrafiscalidade como forma de estimular a preservação ambiental:

Lei Complementar do Município de Arujá nº 07 de 28 de setembro de 2007.
Dispõe sobre o Código Tributário do Município de Arujá e dá outras providências.
(...)

Art.258 Ao imóvel com cobertura vegetal, nativa ou não, significativa para o meio ambiente, situado em área de proteção aos mananciais, será, concedido desconto no IPTU, aplicado de 1 % (um por cento) do total do imposto, por m² preservado.

§1º Considera-se área com cobertura vegetal, aquela que, segundo avaliação do Executivo, através do seu órgão Ambiental, seja representativa da flora regional ou que contribua, de forma significativa, para o índice mínimo de áreas verdes urbanas.

§2º A concessão do desconto fica condicionada à apresentação de requerimento anual, pelo contribuinte, até o dia 01 de setembro do exercício anterior ao que se referir o desconto.

§3º O pedido deverá ser instruído com parecer técnico do Executivo, através do seu órgão Ambiental, quanto à observância das exigências relacionadas com a conservação da cobertura vegetal.

§4º Ao imóvel com cobertura vegetal nativa, situado fora da área de proteção aos mananciais, será também concedido um desconto no Imposto Territorial Urbano, mediante estimativa de impacto orçamentário-financeiro, de 0,5 % (ponto cinco por cento) do total do imposto, por m² preservado.

Art. 259 Lei específica regulará a concessão dos benefícios previstos neste artigo, inclusive a estimativa de impacto orçamentário-financeiro para verificar sua viabilidade.

Disponível em: <http://www.aruja.sp.gov.br/leismunicipais> . Acesso em: 12 jan 2011

Lei do Município de Curitiba nº 9806 de 03 de janeiro de 2000

Institui o Código Florestal do Município de Curitiba

(...)

Art. 9º - Fica o Poder Executivo autorizado a criar incentivos para a proteção de Bosques Nativos e Bosques Nativos Relevantes no Município de Curitiba.

Art. 10 - A título de incentivo, os proprietários ou possuidores de terrenos integrantes do Setor Especial de Áreas Verdes ou nos casos descritos no Anexo II, que faz parte integrante desta lei, gozarão de isenção ou redução sobre o valor do terreno, para o cálculo base do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, proporcionalmente a taxa de cobertura florestal do terreno, de acordo com a tabela constante no referido Anexo II.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/723625/lei-9806-00-curitiba-pr> - Acesso em: 12 jan.2011.

Lei do Município do Rio de Janeiro nº 691 de 24 de dezembro de 1984 .

Aprova o Código Tributário do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências.

(...)

Art. 61 - Estão isentos do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana: Citado por 5

I - os imóveis reconhecidos em lei como de interesse histórico, cultural ou

A desapropriação para fins ambientais, no entanto, onera os cofres públicos, vez que por imposição constitucional exceto quando se tratar da desapropriação sanção, requer indenização justa, prévia e em dinheiro, ao proprietário.

Elida Séguin, ao abordar o assunto destaca que:

ecológico, desde que mantidos em bom estado de conservação; Citado por 2

II - os imóveis de propriedade das pessoas jurídicas de direito público externo, quando destinados ao uso de sua missão diplomática ou consulado;

III - os imóveis situados nas Regiões A e B, utilizados para fins agrícolas ou de criação, por seus proprietários ou por terceiros, registrados na repartição competente para supervisionar essas atividades, desde que possuam área agricultável igual ou superior a 1000 mil metros quadrados, em que sejam cultivadas $\frac{3}{4}$ (três quartas partes) desta, ou, se usada para criação, seja mantida idêntica proporção em pastos devidamente tratados e economicamente aproveitados;

IV - os imóveis situados nas regiões A e B, utilizados na exploração de atividades avícolas organizadas por seus proprietários ou por terceiros registrados como produtores na repartição competente, que tenham área territorial não superior a um hectare ou, que tendo-a superior a este limite, utilizem no mínimo $\frac{3}{4}$ (três quartas partes) da área excedente aproveitável em finalidades diretamente vinculadas à citada exploração;

V - as áreas que constituam reserva florestal, definidas pelo poder público, e as áreas com mais de 10.000 m² (dez mil metros quadrados) efetivamente ocupadas por florestas;

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/283475/lei-691-84-rio-de-janeiro-rj> - Acesso: 12 jan. 2011)

Lei do Município de São Carlos nº 13.692 de 25 de novembro de 2005.

Institui a Planta Genérica de Valores do Município, define critérios para lançamento do Imposto Predial e Territorial Urbano, e dá outras providências.

O Prefeito Municipal de São Carlos faz saber que a Câmara Municipal de São

Carlos aprovou e ele sanciona e promulga a seguinte Lei:

(...)

Art. 44. Será concedido desconto de até 2% (dois por cento) no valor do IPTU para os imóveis edificados horizontais que possuírem em frente ao seu imóvel uma ou mais árvores.

§ 1º O benefício previsto no caput não se aplica aos proprietários de chácaras de recreio.

§ 2º O desconto previsto no caput deste artigo deverá ser requerido até o dia 30 de setembro do exercício anterior para o qual o benefício é pleiteado.

§ 3º O benefício previsto no caput deverá ser regulamentado pelo Poder Executivo em até 120 (cento e vinte dias) da publicação da presente Lei, para aplicação no exercício de 2007.

Art. 45. Será concedido desconto de até 2% (dois por cento) no valor do IPTU para os imóveis edificados horizontais que possuírem no perímetro de seu terreno áreas efetivamente permeáveis, com cobertura vegetal.

§ 1º Para a fixação do valor do desconto serão considerados o tamanho da área permeável em relação ao tamanho do lote e a localização do imóvel dentro do perímetro urbano, pois nas microbaciais classificadas como mais vulneráveis a enchentes, os incentivos devem ser maiores.

§ 2º O benefício previsto no caput deste artigo não se aplica aos imóveis caracterizados como chácaras de recreio.

§ 3º O benefício previsto no caput deste artigo deverá ser requerido pelo proprietário do imóvel até o dia 30 de setembro do exercício anterior ao exercício para o qual o

Como meio de preservação (a desapropriação), é um instrumento a ser usado com parcimônia, considerando a forma draconiana com que intervém na propriedade privada, e principalmente por ser um cheque assinado em branco pelo Poder Executivo e preenchido pelo Poder Judiciário, advertindo sobre os escândalos de supervalorização de imóveis desapropriados para formação de reservas ambientais.⁶³

Assim, a decisão sobre uma desapropriação para fins ambientais somente deve dar-se quando houver impossibilidade da compatibilização do interesse público para com o privado e quando outro instrumento de política ambiental não se demonstrar satisfatório.

4.5 SERVIDÃO

Apresenta-se como instrumento de política ambiental toda vez que o Estado faz uso de bem privado, com finalidade de preservação ambiental, sem extrair do proprietário o domínio sobre o referido bem, impondo, ao particular um dever de suportar, indenizável mediante constatação de prejuízo.

Registre-se a existência do instituto da servidão florestal, previsto na Lei 4.771/65, em seu artigo 44A, a qual atinge somente propriedades rurais, e se dá por ato voluntário do proprietário, que mediante renúncia, em caráter permanente ou temporário, a direitos de supressão ou exploração de vegetação nativa, a institui. Portanto, não trata-se de instrumento voltado à preservação ambiental, próprio do Estado.

4.6 A CONCESSÃO AMBIENTAL

benefício é pleiteado.

§ 4º O benefício previsto no caput deste artigo deverá ser regulamentado pelo Poder Executivo em até 120 (cento e vinte) dias da publicação da presente Lei, para aplicação no exercício de 2007.

Disponível em:

<http://www.saocarlos.sp.gov.br/images/stories/pdf/lei13692%20com%20alteracao.pdf> – Acesso: 12 jan. 2011.

⁶³SÉGUIN, Elida. O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p.173

Trata-se de instituto previsto na Lei 11.284/06, em seu art. 3º, VII, por meio do qual, mediante licitação o Poder Público procede a delegação onerosa do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo⁶⁴ à pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

4.7 PODER DE POLÍCIA

No que diz respeito ao direito ambiental, o poder de polícia é exercido através de fiscalização e licenciamento, ou seja, como instrumento de restrição e compatibilização de interesses, não de sua supressão.

E por restringir não ser sinônimo de extinguir é que a limitação imposta ao particular por força do poder de polícia é delimitada pela razoabilidade, devendo ser exercida de acordo com o princípio da proporcionalidade⁶⁵.

⁶⁴ Define a Lei 11.284/06, em seu art. 3º, inciso VIII, a unidade de manejo, como sendo o perímetro definido a partir de critérios técnicos, socioculturais, econômicos e ambientais, localizado em florestas públicas, objeto de um Plano de Manejo Florestal Sustentável - PMFS, podendo conter áreas degradadas para fins de recuperação por meio de plantios florestais;

⁶⁵ Sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nos reportamos ao Professor José Roberto Pimenta Oliveira, que em profundo estudo sobre a matéria, ensina-nos: "Constituem verdadeiras chaves-mestras do regime jusadministrativista atual, dotadas de função construtiva ao comandar e engendrar todo o desenvolvimento de suas atuações. São, pois, inseparáveis do modo de ser do direito administrativo contemporâneo, que reclama a verificação da razoabilidade e da proporcionalidade da ação administrativa desenvolvida em cumprimento da ordem jurídica. O conteúdo jurídico-axiológico subjacente aos tais princípios se mostra com virtual inesgotabilidade, ao ser de obrigatório comparecimento em cada solução administrativa operada a aplicação do direito"(OLIVEIRA, José Roberto Pimenta . Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo:Malheiros Editores, 2006. p. 543). E no campo legislativo, o mesmo autor, esclarece-nos: "Em qualquer uma de suas formas, portanto, obrigações de fazer, não fazer e suportar, que se revelem condicionadoras da liberdade e da propriedade dos particulares, com vistas à cura de interesses coletivos, demandam a observância pela lei do "princípio da mínima intervenção estatal na vida privada", utilizando-se terminologia cunhada por Sundfeld, estruturado sobre as noções de racionalidade e razoabilidade, a exigir que: "a) todo condicionamento esteja ligado à uma finalidade pública, ficando vetados os constrangimentos que a ela não se vinculem: b) a finalidade ensejadora da limitação seja real, concreta e poderosa; c) a interferência estatal guarde relação de equilíbrio com a inalienabilidade dos direitos individuais; e d) não seja atingido o conteúdo essencial de algum direito fundamental".(SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador, 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 68, *apud* OLIVEIRA, José Roberto Pimenta . Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo:Malheiros Editores, 2006. p. 423). Germana de Oliveira Moraes se empenhou em distinguir ambos os princípios, averbando: " Inexiste sobreposição entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. De toda sorte, embora com matriz histórica diversa e conteúdos distintos, guardam vários pontos de identidade. Por isso, há quem os trate indistintamente como noções

Registramos que os institutos do Poder de Polícia, Servidão e Desapropriação acima citados, receberão abordagem específica no decorrer deste trabalho, mais precisamente no capítulo seguinte, nos itens 1, 3 e 7.

5 ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP)

5.1 CONCEITO

A Lei 4.771/65, que constitui o Código Florestal, em seu art. 1º, §2º, II, tratou de definir a Área de Preservação Permanente como aquela protegida nos termos dos arts. 2º e 3º da própria lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

Paulo Affonso Leme Machado conceitua-a como “um espaço territorial em que a floresta ou a vegetação devem estar presentes”, destacando que “se a floresta aí não estiver, ela deve ser aí plantada”. Para tanto, explica que “A idéia de permanência não está vinculada só à floresta, mas também ao solo, no qual ela está ou deve ser inserida, e à fauna (micro ou macro)”. Acrescenta que ainda que a floresta perecer ou for retirada, nem por isso a área perderá sua normal vocação florestal.⁶⁶

A finalidade da instituição da Área de Preservação Permanente foi trazida pelo legislador como elemento integrante de definição da própria, que assim,

fungíveis; há, por outro lado, quem considere o princípio da razoabilidade como uma das vertentes do princípio da proporcionalidade (Eros Roberto Grau); e ainda, por vezes, o princípio da proporcionalidade é visto como uma das expressões do princípio da razoabilidade (Celso Antônio Bandeira de Mello). (...) A idéia de proporcionalidade, em sua tríplice manifestação, coincide com a noção de racionalidade, isto é, com a primeira acepção do princípio da razoabilidade. No entanto, não se confunde com a noção de razoabilidade em sentido estrito. O teste de racionalidade envolve a adoção dos critérios de proporcionalidade – adequação e exigibilidade, enquanto o teste de razoabilidade, relacionado à questão da proporcionalidade em sentido estrito, configura um método de obtenção do equilíbrio entre os interessados em conflito” (MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Editora Dialética, 1999. p.132/133).

⁶⁶MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.737.

obrigatoriamente, tem como destino a preservação das águas, da paisagem, da estabilidade geológica, da biodiversidade, do fluxo gênico de fauna e flora, a proteção do solo e o asseguramento do bem-estar das populações humanas.

Podemos definir a Área de Preservação Permanente como aquela que assim declarada por força de lei ou ato do poder público, tornar-se intocável, com rígido limite de exploração, não permitindo sua exploração econômica direta.

No art. 2º, da Lei 4.771/65 o legislador optou por especificar uma das formas de vegetação a receber proteção em nome do meio ambiente, devido à sua localização - a floresta - o que a nosso ver mostrou-se desnecessário, vez que no mesmo artigo abrange as demais formas de vegetação natural.

Com tal atitude, criou o legislador uma espécie do gênero Área de Preservação Permanente, qual seja, a Floresta de Preservação Permanente.

Temos assim no artigo 2º as áreas de proteção permanente instituídas pela legislação.

Já no artigo 3º, nos deparamos com a área de preservação permanente instituída mediante declaração por ato do Poder Público, a qual atingirá também florestas e demais formas de vegetação natural.

5.2 ESPÉCIES DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

No que diz respeito ao bem sobre o qual incide, a área protegida será área de proteção permanente (sentido lato) ou floresta de proteção permanente (no sentido estrito), dada à confusão gerada pelo próprio legislador.

Quanto à forma de sua instituição, a área de preservação permanente será legal, quando definida pelo artigo 2º da Lei 4.771/65 ou, então, será institucional, se prevista no artigo 3º do mesmo diploma legal.

Paulo Affonso Leme Machado, pronuncia-se no seguinte sentido: “O

Código Florestal previu apenas dois tipos de APPS: o primeiro, previsto no art. 2º, cujo conceito tem relação com a situação das áreas e da vegetação; e o segundo tipo, previsto no art. 3º, que tem relação com a finalidade das mesmas⁶⁷, posição da qual divergimos, dada a classificação por nós acima levada a efeito.

5.2.1 Área de Preservação Permanente Por Força da Lei (*ope legis*)

É constituída por força da lei e independente da edição de outra norma sua materialização.

Está devidamente prevista no artigo 2º do Código Florestal que assim dispõe:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

⁶⁷MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.738.

- f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
- g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;
- h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.

Verifica-se que a definição da referida área de proteção permanente tal como foi feita no referido enunciado primou por sua localização, não se desvinculando da finalidade anunciada pelo art. 1º, II, de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

5.2.2 Área de Preservação Permanente por ato do Poder Público

No artigo 3º da Lei 4.771/65, nos deparamos com a área de preservação permanente, a incidir sobre forma de vegetação natural, cuja instituição compete ao Poder Público, quando assim a declarar, para os fins devidamente especificados no texto legal, quais sejam: a) a atenuar a erosão das terras; b) a fixar as dunas; c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares; e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; h) a assegurar condições de bem-estar público.

O presente trabalho é voltado para esta espécie de Área de Preservação Permanente, que exige a atuação do Poder Público para ser criada, e por essa razão também denominada de APP administrativa⁶⁸, razão pela qual, no decorrer do presente trabalho faremos referência à aludida denominação.

Dadas as finalidades a que se presta, e a importância do bem jurídico a ser protegido, surge a indagação de ser sua instituição ato de

⁶⁸BENJAMIN, Antonio Herman V. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro, Revista de Direito Ambiental 14, Ano 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 69, abr./jun. 1999.

competência administrativa vinculada ou discricionária, do Poder Público?

Paulo de Bessa Antunes defende que se trata de ato de competência administrativa vinculada, assim expondo “Observe-se, ademais, que uma vez que estejam preenchidos os requisitos contidos nas alíneas do art. 3º do Código Florestal, ao Poder Público não restará outra alternativa diferente da de expedir o decreto declaratório da área de preservação permanente”.⁶⁹

Ousamos divergir do entendimento, sob a argumentação de que se deparando com as situações previstas na lei como a justificar a instituição da Área de Preservação Permanente, deverá o Poder Público avaliar a conveniência e oportunidade da preservação por outro meio, até mesmo expropriando a referida área. O que não poderá o Poder Público é omitir-se a ponto de tornar inócua a tutela do meio ambiente.

5.3 REGIME JURÍDICO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

5.3.1 Abrangência do Instituto

A Área de Preservação Permanente pode incidir tanto em propriedades públicas como privadas, vez que não imposta distinção pela Lei.

Quanto à hipótese de ser instituída em área urbana, temos que a matéria embora constitua objeto de divergência doutrinária⁷⁰, já foi a nosso ver superada com a edição da Lei 7.803/89, ao introduzir o parágrafo único no artigo 2º do Código Florestal ao prever, *in verbis*, “No caso de áreas urbanas assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo,

⁶⁹ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental, 9ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. pp.526-527.

⁷⁰ Edis Milaré na obra Direito do Ambiente, 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, p.170, expressamente pronuncia-se no sentido de que perdura a controvérsia doutrinária acerca da aplicabilidade do art. 2º do Código Florestal em área urbana, quanto à proteção e delimitação das áreas de preservação permanente. Citamos também, Roberta Casali Bahia e Taís de Souza – A inaplicabilidade do Código Florestal em área urbana – Revista Brasileira de Direito Ambiental – ano 2, vol. 8, 2006, out/dez., p.121/143 .

respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo”; o que, reforçado pela redação do art. 4º, §2º, que também se refere à Área de Preservação Permanente em área urbana.

O que fez com propriedade o legislador federal foi garantir a competência do legislador municipal e do estadual para dispor acerca da Área de Proteção Permanente de imóveis urbanos, desde que observados os princípios e limites estabelecidos pelo próprio Código.

Trazemos à colação recente jurisprudência do TJSP no sentido contrário:

Apelação nº 994.03.072271-0 – 5ª Câ. Dir. Pub, Julg. em 17/01/2011 - Insta analisar, para o deslinde da questão, a incidência ou não do Código Florestal, o que reflete no *quantum debeatur* pois a área de proteção permanente representará um valor superior de depreciação para composição do valor final. Nesta senda, dispõe o artigo 2º da Lei Federal nº 4.771/65, que consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura. Contudo, vale destacar que a localização do imóvel se rural ou urbano não é fator determinante para concluir se as regras do referido diploma legal incidirão. Como restou decidido pela Colenda Câmara Reservada ao Meio Ambiente deste Eg. Tribunal de Justiça, não é verdade que o Código Florestal tenha incidência restrita às áreas rurais. Se houver mata urbana e floresta é cobertura vegetal de qualquer dimensão à evidência é obrigatória a observância da tutela ecológica (Ação Rescisória nº 994.09.006974-9, relator Desembargador Renato Nalini, j. 14/10/2010). Mas, pela dicção do artigo 2º do Código Florestal, entende-se aplicável a restrição consubstanciada na Área de Preservação Permanente às florestas e demais formas de vegetação natural. Com isso, extrai-se do artigo norma protetiva do meio ambiente que tem o escopo de salvaguardar as formações vegetais que tenham o porte de uma floresta, ou que representem a vegetação natural intocada o que definitivamente não é o caso, ao menos pelo relato das vistorias realizadas no imóvel desapropriando. Assim, afasto a aplicação do Código Florestal no presente caso. Em consequência, a depreciação deverá incidir sobre a faixa de 05 metros que margeia o córrego, e não 30 metros

como pretende a expropriante.”⁷¹

Quanto à espécie de vegetação sobre a qual incide, temos que por força do disposto no Código Florestal se dá sobre a floresta plantada, a nativa, a primária ou secundária, a estado de regeneração e também sobre qualquer forma de vegetação natural.

As florestas que integram o patrimônio indígena, ainda que não tenham sido definidas pela Lei 4.771/65 como sendo áreas de preservação permanente, não ficaram descobertas de proteção ambiental, vez que no §2º do art. 3º, fez constar o legislador, *in verbis*: “As florestas que integram o patrimônio indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (*letra g*) pelo só efeito desta Lei.” Não tratam-se portanto, referidas florestas, de área de proteção permanente, porém recebem o tratamento como assim o fossem.

5.3.2 Demarcação e Averbação

O Código Florestal nada dispôs quanto à necessidade de demarcação ou averbação junto à matrícula do imóvel sob o qual constituída a Área de Preservação Permanente, a exemplo do que ocorre em relação à Reserva Legal Florestal⁷². Mas um grande passo nesse sentido já foi dado através da Lei 11.952/09, que dispõe sobre a exigência da identificação da área de preservação permanente nas áreas da Amazônia legal.⁷³

⁷¹ Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/resultadoCompleta.do?jsessionid=1787D68565271EE6C54BF54A993D027E>. Acesso: 27 jan. 2011.

⁷² BRASIL. Código Florestal. Lei 4.771/65

Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

(...)

§ 8º A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm. Acesso: 20 jan. 2011

⁷³ BRASIL. Lei 11.952, de 25 de junho de 2009.

Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho

As APPs legais são inegavelmente de conhecimento do público, entretanto, a inexistência de sua demarcação e averbação - que inviável principalmente por escassez de recursos humanos - faz com que muitos venham a violá-la, incentivados porque dificultosa a atuação da fiscalização, que a cada averiguação é compelida a proceder levantamentos e medições, para real precisão da área.

No que se refere à Área de Preservação Permanente instituída por ato do Poder Público, sua demarcação já se faz necessária para delimitação do alcance da declaração de sua constituição, sendo que sua averbação junto à matrícula do imóvel facilitaria não só a participação da sociedade como coadjuvante na atuação fiscalizatória, como também ao eventual adquirente do imóvel, para precisa identificação do passivo ambiental.

5.3.3 Tributação da Área de Preservação Permanente

Dispõe expressamente a legislação federal que sob a área de preservação ambiental não incide o Imposto Territorial Rural (Lei 9.393/96, art. 10, II, "a"⁷⁴), sendo que quanto aos tributos estaduais e municipais, compete aos

de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências.

(...)

Art. 15. O título de domínio ou, no caso previsto no § 4º do art. 6º, o termo de concessão de direito real de uso deverão conter, entre outras, cláusulas sob condição resolutiva pelo prazo de 10 (dez) anos, que determinem:

I - o aproveitamento racional e adequado da área;

II - a averbação da reserva legal, incluída a possibilidade de compensação na forma de legislação ambiental;

III - a identificação das áreas de preservação permanente e, quando couber, o compromisso para sua recuperação na forma da legislação vigente;

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11952.htm. Acesso: 20 jan.2011

⁷⁴BRASIL. Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996.

Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências.

Art. 10. A apuração e o pagamento do ITR serão efetuados pelo contribuinte, independentemente de prévio procedimento da administração tributária, nos prazos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, sujeitando-se a homologação posterior.

(...)

II - área tributável, a área total do imóvel, menos as áreas:

a) de preservação permanente e de reserva legal, previstas na Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, com a redação dada pela Lei nº 7.803, de 18 de julho de 1989;

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9393.htm. Acesso:

respectivos entes federados legislar acerca da matéria, conforme competência lhes atribuída pela Constituição Federal.

5.3.4 Efeitos da Instituição da Área de Preservação Permanente

Como expresso em sua denominação, as APPs são áreas de preservação, e não de mera conservação, não sendo permitida a exploração econômica direta (madeira, agricultura ou pecuária), mesmo que com manejo.

Constituem-se em partes intocáveis da propriedade, não podendo ser manejadas.

O acesso de pessoas e de animais nas áreas de preservação permanente para obtenção de água é permitido desde que não acarrete a supressão da vegetação nativa e não comprometa sua regeneração e manutenção a longo prazo.

Paulo Affonso Leme Machado considera que as Áreas de Preservação Permanente não deixam de ter finalidade econômica, assim defendendo: “que melhor investimento do que, através dessas florestas, assegurar-se o bem-estar psíquico, moral, espiritual e físico das populações? Além disso, conservando-se espécimes da fauna em seu habitat, pode-se mensurar e quantificar economicamente a existência das florestas de preservação permanente”⁷⁵.

Não concordamos com o referido autor, pois uma vez declarada a APP, torna-se intangível a faixa de terras por ela abrangida, não podendo o particular exercer atividade produtiva sobre a mesma, e sequer adentrar no espaço livremente, como expressamente dispõe o Código Florestal, no § 7º do artigo 4º, segundo o qual: “É permitido o acesso de pessoas e animais às áreas de preservação permanente, para obtenção de água, desde que não exija a supressão

21 jan.2011.

⁷⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.750

e não comprometa a regeneração e a manutenção a longo prazo da vegetação nativa”.

Quanto à questão da possibilidade de indenização ao particular que teve sua propriedade declarada como APP Administrativa, por constituir a matéria o objeto do presente trabalho, será a final contemplada.

O que é certo é que o próprio Código Florestal, em seu artigo 18, §1º, prevê a indenização das culturas existentes, assim dispondo:

Art. 18. Nas terras de propriedade privada, onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário.

§ 1º Se tais áreas estiverem sendo utilizadas com culturas, de seu valor deverá ser indenizado o proprietário.

A Constituição Federal e o próprio Código Florestal prevêem situações de autorização da supressão da vegetação em área de APP, conforme abaixo especificaremos.

5.3.5 Supressão de Vegetação

A supressão e a alteração da APP constituem-se medidas de exceção, previstas no Código Florestal e na Constituição Federal, que não tem, entretanto, o condão de alterar seu regime jurídico.

De acordo com o previsto no art. 225, §1º, inciso III da Constituição Federal, a alteração e supressão de vegetação em APPs, somente poderá ocorrer com autorização legal.

O Código Florestal, por sua vez, em seu artigo 4º, “caput”, com a redação introduzida pela Medida Provisória 2.166-67/2001⁷⁶, dispõe que a

⁷⁶ Referido dispositivo foi objeto de ADI 3540 MC / DF - DISTRITO FEDERAL - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

Num primeiro momento, vê-se a exigência do Código Florestal como sendo a mais branda, pois prevê a supressão da APP por ato administrativo.

Julgamento: 01/09/2005 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do

Entretanto, no decorrer dos parágrafos do artigo 4º, resta demonstrado que o procedimento administrativo exigido pela Lei como obrigatório para autorização da supressão, impõe ao administrador medidas que visam frear qualquer atitude desordenada, senão vejamos.

No §2º do artigo 4º, temos a exigência de parecer técnico, que corresponde à análise do impacto ambiental, para que se precise o grau de importância desse impacto; no §4º nós temos a exigência das medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas, devido à supressão a ser efetuada; no §5º temos a exigência de identificação da utilidade pública a que se presta a supressão.

Além do que, a supressão autorizada pelo Código Florestal, somente terá lugar quando não houver alternativa técnica e locacional para atender-

desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Decisão : O Tribunal, por maioria, negou referendo à decisão que deferiu o pedido de medida cautelar, restaurando-se, desse modo, em plenitude, a eficácia e a aplicabilidade do diploma legislativo ora impugnado nesta sede de fiscalização abstrata, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso e, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI+3540+MC&base=baseAco rdaos>. Acesso em 14 fev.2011.

se o interesse social ou proceder-se ao alcance da utilidade pública⁷⁷, senão a supressão da vegetação.

5.3.6 Tutela Penal da Área de Preservação Permanente

A responsabilização penal é hoje um dos instrumentos mais significantes de defesa do meio ambiente, pois a ameaça de um processo penal

⁷⁷As definições de utilidade pública e de interesse social, para os efeitos do disposto no art. 4º, "caput", Código Florestal, constam expressamente na Resolução do CONAMA- Conselho Nacional Do Meio Ambiente - Nº 369, de 28 de março de 2006, que dispõem sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente-APP, em seu art. 2º, I e II:

Art. 2º O órgão ambiental competente somente poderá autorizar a intervenção ou supressão de vegetação em APP, devidamente caracterizada e motivada mediante procedimento administrativo autônomo e prévio, e atendidos os requisitos previstos nesta resolução e noutras normas federais, estaduais e municipais aplicáveis, bem como no Plano Diretor, Zoneamento Ecológico-Econômico e Plano de Manejo das Unidades de Conservação, se existentes, nos seguintes casos:

I - utilidade pública:

- a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;
- b) as obras essenciais de infra-estrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia;
- c) as atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais, outorgadas pela autoridade competente, exceto areia, argila, saibro e cascalho;
- d) a implantação de área verde pública em área urbana;
- e) pesquisa arqueológica;
- f) obras públicas para implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados; e
- g) implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados para projetos privados de aquicultura, obedecidos os critérios e requisitos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 11, desta Resolução.

II - interesse social:

- a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, de acordo com o estabelecido pelo órgão ambiental competente;
- b) o manejo agroflorestal, ambientalmente sustentável, praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterize a cobertura vegetal nativa, ou impeça sua recuperação, e não prejudique a função ecológica da área;
- c) a regularização fundiária sustentável de área urbana;
- d) as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente;

III - intervenção ou supressão de vegetação eventual e de baixo impacto ambiental, observados os parâmetros desta Resolução.

Disponível em:

<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=489>. Acesso em: 15 jan.2011

Entendemos relevante abordar, ainda que de forma breve, a questão da constitucionalidade da regulamentação proposta pelo referido órgão. Carlos Ari Sundfeld aborda com muita propriedade a questão, quando analisa o poder normativo das Agências Reguladoras, assim se pronunciando: "Será verdade, como temem alguns, que a agência reguladora é necessariamente uma usurpadora da função legislativa ? Não. Nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, freqüentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam,

produz efeitos, não alcançados pelas demais formas de repressão.

Conforme nos esclarece Luiz Regis Prado⁷⁸, no Brasil, o legislador constitucional, através da previsão contida no §3º do art. 225 da Carta Magna⁷⁹, erigiu expressamente o ambiente como bem jurídico-penal, eliminando de modo contundente qualquer possibilidade de valoração em sentido contrário por parte do legislador ordinário.

sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia ao cumprimento ou realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado. É isso o que justificou a atribuição de poder normativo para as agências reguladoras, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado.”(SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.p. 27.) A doutrina de José Afonso da Silva é no seguinte sentido: “O princípio é de que o poder regulamentar consiste num poder administrativo no exercício de função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto. Significa dizer que se trata de poder limitado. Não é poder legislativo; não pode, pois, criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.425-426). A doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que a competência regulamentar é a de produzir normas requeridas para a execução das leis quando estas demandem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço de liberdade exigente de regulamentação ulterior, a bem de uma aplicação uniforme da lei, isto é, respeitosa do princípio da igualdade de todos os administrados. Sua natureza é a de um dever jurídico: o de proceder a uma delimitação administrativa interna da esfera de discricionariedade que da lei resultava para a Administração, em vista de assegurar o referido princípio da igualdade, mediante imposição de um comportamento uniforme perante situações iguais”(MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p 354). Hely Lopes Meirelles se pronuncia no sentido de que no exercício do poder regulamentar, é possível suprir as lacunas da lei: “No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a Lei e suprir, como normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo”(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 34ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.130). Por fim citamos Paulo Afonso Leme Machado, que argumenta: “O CONAMA, tem função social e ambiental indispensável. Mas esse Conselho não tem função legislativa, e nenhuma lei poderia conceder-lhe essa função. Estamos diante de uma patologia jurídica, que precisa ser sanada, pois caso contrário o mal poderia alastrar-se e teríamos o Conselho Monetário Nacional criando impostos e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária definindo os crimes. É fundamental a proteção das APPs, mas dentro do Estado de Direito”(Direito Ambiental Brasileiro, 16ª ed. Malheiros Editores, p.748). A indagação no sentido de ser constitucional ou não o regramento da questão pelo CONAMA, que veio a fixar a extensão mínima de proteção no entorno de lagos (naturais e artificiais) foi objeto de decisão judicial, na qual o STJ, no Resp 194617/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, julg. em 16/04/2002, reconhece a competência regulamentar do CONAMA, assim dispondo: “(...) Possui o CONAMA autorização legal para editar resoluções que visem à proteção das reservas ecológicas, entendidas como área de preservação permanentes existentes às margens dos lagos formados por hidrelétricas. Consistem elas normas de caráter geral, às quais devem estar vinculadas as normas estaduais e municipais, nos termos do artigo 24, inciso VI e §§1º e 4º, da Constituição Federal e do art. 6º, incisos IV e V, e §§1º e 2º, da Lei nº 6.938/81”.

Pronunciamos-nos no sentido de que quando o objeto do regulamentado constituir matéria técnica, impossível de precisão e detalhamento pelo legislador e desde que observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na sua edição e aplicação, dentre os demais princípios constitucionais, ficará afastada a inconstitucionalidade da normatização pelo órgão técnico.

Os crimes contra o meio ambiente são tratados pela Lei 9.605/98, sendo que as áreas de preservação permanente, constituem o bem jurídico protegido, em diversos dos tipos penais, senão vejamos:

Lei 9.605/98

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

(...)

Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 1º Entende-se por Unidades de Conservação de Proteção Integral as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e os Refúgios de Vida Silvestre. (Redação dada pela Lei nº 9.985, de 18.7.2000)

§ 2º A ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação de Proteção Integral será considerada circunstância

⁷⁸PRADO, Luiz Regis. Crimes contra o Ambiente, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.29

⁷⁹BRASIL. Constituição Federal de 1988.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso: 20 fev.2011.

agravante para a fixação da pena. (Redação dada pela Lei nº 9.985, de 18.7.2000)

§ 3º Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

(...)

Art. 44. Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

(...)

Art. 50. Destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Verifica-se que são punidas tanto as condutas dolosas, como em situações expressamente identificadas nos tipos penais, culposas.

O tipo penal ambiental é, contudo, objeto de crítica por grande parte dos juristas, dada a característica presente em muitos dos tipos, quando se apresentam como norma penal em branco, o que não raro, vez que diante da impossibilidade de detalhar-se exaustivamente a descrição dos comportamentos do agente, frequentemente ocorre a remissão a disposições externas (normas e conceitos técnicos), além do que, a não descrição por completo das características do fato, por vezes verificada, vai de encontro ao princípio da legalidade ou da reserva legal⁸⁰.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é também outro aspecto polêmico da tutela penal do meio ambiente⁸¹, discussão que a nosso ver

⁸⁰ Atente-se, a propósito, para o disposto no art. 32 da Lei 9.605/98, cujo tipo objetivo é: “praticar ato de abuso, ...”, expressão que apresenta-se desconforme à taxatividade e determinação inerentes ao princípio da legalidade.

⁸¹ Sobre a divergência doutrinária, citamos aqui Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, que sintetizam a posição doutrinária, da seguinte forma: “O rol de adeptos da responsabilidade penal da pessoa jurídica vem crescendo. Segundo Christiano Souza Neto ‘muitos são os juristas filiados à linha que defende a responsabilização penal da pessoa jurídica, destacando-se Antonio Evaristo de Moraes Filho, Paulo Affonso Leme Machado, Celso Ribeiro Bastos, Júlio Fabbrini Mirabete, Ada Pellegrini Grinover, Ivete Senise Ferreira, Maria Auxiliadora Minahim, Herman Benjamin, Vladimir Passos de Freitas, Roque de Brito Alves, Franz Von Litz, Paulo José da Costa Junior, Edis Milaré, entre outros’(SOUZA NETO, Christiano. Breves

não tem lugar, quando a própria Constituição Federal em seu art. 225, §3º expressamente dispõe: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”; sendo que por óbvio, não se sujeitarão as pessoas jurídicas às penas corporais, e tão somente às de multas, restrição de direitos e prestação de serviços à coletividade.

5.3.7 Sanções Administrativas em Matéria de APP

Por fim, no que se refere às sanções de ordem administrativa, o Decreto Federal 6.514⁸² de 22 de julho de 2008, ao regulamentar o disposto no

reflexões sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. In: Imputabilidade penal, v.46, p.90, apud FREITAS, Vladimir Passos de e FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a Natureza, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006 p.70). Esclarecem-nos os autores que os juristas que não concordam com a responsabilização da pessoa jurídica, ponderam que aquela pensa através das pessoas que a compõem, não tendo vontade própria e ânimo de delinquir, o que determinaria que a condenação fosse baseada na responsabilidade objetiva; o que rebatido pelos autores, que afirmam não tratar-se de responsabilidade objetiva, pois a prova do fato e da autoria não significam, obrigatoriamente, condenação, pois o juiz, ao decidir, deverá analisar o caso, as circunstâncias, as provas e, se for reprovável a conduta da pessoa jurídica, emitir o decreto condenatório (Ob. Cit., p. 70).

⁸²BRASIL. DECRETO Nº 6.514, DE 22 DE JULHO DE 2008.

Art. 43. Destruir ou danificar florestas ou demais formas de vegetação natural ou utilizá-las com infringência das normas de proteção em área considerada de preservação permanente, sem autorização do órgão competente, quando exigível, ou em desacordo com a obtida: (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por hectare ou fração.

Art. 44. Cortar árvores em área considerada de preservação permanente ou cuja espécie seja especialmente protegida, sem permissão da autoridade competente:

Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por hectare ou fração, ou R\$ 500,00 (quinhentos reais) por árvore, metro cúbico ou fração.

Art. 45. Extrair de florestas de domínio público ou áreas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais:

Multa simples de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por hectare ou fração.

(...)

Art. 48. Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas ou demais formas de vegetação nativa em unidades de conservação ou outras áreas especialmente protegidas, quando couber, área de preservação permanente, reserva legal ou demais locais cuja regeneração tenha sido indicada pela autoridade ambiental competente: (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por hectare ou fração. (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica para o uso permitido das áreas de preservação permanente. (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

Art. 49. Destruir ou danificar florestas ou qualquer tipo de vegetação nativa, objeto de especial preservação, não passíveis de autorização para exploração ou supressão: (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

Multa de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) por hectare ou fração.

Capítulo VI da Lei 9.605/98, dispõe acerca das infrações administrativas referentes às florestas de preservação permanente, impondo sanções de apreensão, doação compulsória e multas.

Merece ressalva que a eficácia na aplicação das medidas sancionatórias, seja na esfera penal ou na administrativa, somente se verificará com uma intensa fiscalização do Estado e conscientização da sociedade quanto à

Parágrafo único. A multa será acrescida de R\$ 1.000,00 (mil reais) por hectare ou fração quando a situação prevista no caput se der em detrimento de vegetação primária ou secundária no estágio avançado ou médio de regeneração do bioma Mata Atlântica.

Art. 50. Destruir ou danificar florestas ou qualquer tipo de vegetação nativa ou de espécies nativas plantadas, objeto de especial preservação, sem autorização ou licença da autoridade ambiental competente:

Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por hectare ou fração.

§ 1o A multa será acrescida de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por hectare ou fração quando a situação prevista no caput se der em detrimento de vegetação secundária no estágio inicial de regeneração do bioma Mata Atlântica.

§ 2o Para os fins dispostos no art. 49 e no caput deste artigo, são consideradas de especial preservação as florestas e demais formas de vegetação nativa que tenham regime jurídico próprio e especial de conservação ou preservação definido pela legislação.

(...)

Art. 103. Os animais domésticos e exóticos serão apreendidos quando:

I - forem encontrados no interior de unidade de conservação de proteção integral; ou

II - forem encontrados em área de preservação permanente ou quando impedirem a regeneração natural de vegetação em área cujo corte não tenha sido autorizado, desde que, em todos os casos, tenha havido prévio embargo.

§ 1o Na hipótese prevista no inciso II, os proprietários deverão ser previamente notificados para que promovam a remoção dos animais do local no prazo assinalado pela autoridade competente.

§ 2o Não será adotado o procedimento previsto no § 1o quando não for possível identificar o proprietário dos animais apreendidos, seu preposto ou representante.

§ 3o O disposto no caput não será aplicado quando a atividade tenha sido caracterizada como de baixo impacto e previamente autorizada, quando couber, nos termos da legislação em vigor. (Incluído pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

(...)

Art. 134. Após decisão que confirme o auto de infração, os bens e animais apreendidos que ainda não tenham sido objeto da destinação prevista no art. 107, não mais retornarão ao infrator, devendo ser destinados da seguinte forma:

I - os produtos perecíveis serão doados;

II - as madeiras poderão ser doadas a órgãos ou entidades públicas, vendidas ou utilizadas pela administração quando houver necessidade, conforme decisão motivada da autoridade competente; (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

III - os produtos e subprodutos da fauna não perecíveis serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais;

IV - os instrumentos utilizados na prática da infração poderão ser destruídos, utilizados pela administração quando houver necessidade, doados ou vendidos, garantida a sua descaracterização, neste último caso, por meio da reciclagem quando o instrumento puder ser utilizado na prática de novas infrações;

V - os demais petrechos, equipamentos, veículos e embarcações descritos no inciso IV do art. 72 da Lei nº 9.605, de 1998, poderão ser utilizados pela administração quando houver necessidade, ou ainda vendidos, doados ou destruídos, conforme decisão motivada da autoridade ambiental;

VI - os animais domésticos e exóticos serão vendidos ou doados.

importância de sua participação na construção de um meio ambiente sadio, notadamente na proteção das áreas de preservação permanente, denunciando qualquer ato atentatório.

CAPÍTULO III

A INTERVENÇÃO DO PODER PÚBLICO NA PROPRIEDADE PRIVADA

Conforme já expusemos no primeiro capítulo do presente trabalho, o direito do particular sobre a propriedade foi sendo delineado com o decorrer do tempo, passando de um direito natural absoluto, para a concepção atual de que trata-se de um direito social e, portanto, sendo um direito da sociedade como um todo, compete ao Poder Público gerenciar o exercício deste direito que deve atender ao bem comum, à sociedade em geral, sem, entretanto, cercear ao particular exercer seu direito individual.

Assim como a sociedade tem interesse que a lei proteja os direitos dos indivíduos, tem também interesse que o imóvel atenda seu fim social e, é por essa razão que o constituinte foi levado a instituir normas que conduzem ao esclarecimento de quando um bem imóvel estará atendendo a finalidade social.

Paralelamente ao controle de assegurar que os bens imóveis cumpram sua finalidade social o Estado vê-se compelido não raras vezes a fazer com que um bem seja extraído total ou parcialmente do domínio privado, ou mesmo

VII - os animais da fauna silvestre serão libertados em seu hábitat ou entregues a jardins zoológicos, fundações, centros de triagem, criadouros regulares ou entidades assemelhadas, desde que fiquem sob a responsabilidade de técnicos habilitados. (Incluído pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

Art. 135. Os bens apreendidos poderão ser doados pela autoridade competente para órgãos e entidades públicas de caráter científico, cultural, educacional, hospitalar, penal, militar e social, bem como para outras entidades sem fins lucrativos de caráter beneficente. (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

Parágrafo único. Os produtos da fauna não perecíveis serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm. Acesso: 16 fev. 2011.

ter delimitado o exercício de direito do particular sobre ele, para atender de forma mais satisfatória ao interesse público. Diz-se isto porque um imóvel pode muito bem estar atendendo ao seu fim social e além disso, ser necessária sua integração ao domínio público ou servir, ainda que temporariamente, ao Estado, por um interesse da sociedade, ocasião em que estaremos nos deparando com o Poder do Estado de intervir sobre o domínio privado.

A intervenção do Poder Público sobre o domínio privado se dá tanto no campo social como no econômico, sendo que o respaldo para tanto advém da própria constituição federal, e com razão, pois somente a Carta Magna poderia obrigar o particular, titular de direitos conferidos pela própria, a curvar-se ao poder público.

O presente trabalho por não versar sobre forma de intervenção do Poder Público no domínio econômico, não dará tratamento à matéria. Apenas citaremos trecho da doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello sintetizando o assunto :

Considerando-se panoramicamente a interferência do Estado na ordem econômica, percebe-se que esta pode ocorrer de três modos: a saber: (a) ora dar-se-á através de seu “poder de polícia”, isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como “agente normativo e regulador da atividade econômica” - caso no qual exercerá funções de “fiscalização” e em que o “planejamento” que conceber será meramente “*indicativo* para o setor privado” e “determinante para o setor público”, tudo conforme prevê o art. 174; (b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito, atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; e (c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido. Em todos os casos, necessariamente, a interferência estatal terá que estar volvida à satisfação dos fins dantes aludidos como sendo os caracterizadores do Estado brasileiro; e jamais – sob pena de nulidade – poderá expressar tendência ou diretriz antinômica ou gravosa àqueles

valores.⁸³

Não há na doutrina um consenso quanto à classificação das formas de intervenção da Administração no domínio privado.

Hely Lopes Meirelles, define a intervenção na propriedade privada como “todo ato do Poder Público que compulsoriamente retira ou restringe direitos dominiais privados ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público”.⁸⁴

Como espécies do gênero intervenção no direito de propriedade, elenca o citado Autor as desapropriações, as servidões administrativas, as requisições, as ocupações temporárias e as limitações administrativas.⁸⁵

Odete Medauar, por sua vez, ensina: “restrições administrativas consistem em limitações incidentes sobre as faculdades de uso, ocupação e modificação da propriedade, para atendimento do interesse público, podendo implicar em imposição de fazer, ou de se abster de algo ou de deixar de fazer”⁸⁶; o que não compartilhado por Celso Antonio Bandeira de Mello que chama de limitações administrativas à propriedade todas as condicionantes do exercício do direito de propriedade que não impliquem no que chama de seu sacrifício (caso das servidões e desapropriações), classificando a limitação administrativa como desdobramento do poder de polícia.⁸⁷

A Constituição Federal trata em diversos dispositivos sobre a intervenção do poder público sobre a propriedade privada. Citamos aqui alguns dos enunciados: art. 5º, XXIV (desapropriação), XXV (uso), XXVI (impenhorabilidade da pequena propriedade rural), artigos 173 (intervenção no domínio econômico), 182,

⁸³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.795

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.608

⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, loc.cit.

⁸⁶ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p353

⁸⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p 832.

§ 4º (desapropriação sanção sobre imóvel urbano, 184 (desapropriação sanção imóvel rural), 216, §1º (tombamento) 225, III (proteção do meio ambiente) e 243 (expropriação sanção).

Passemos abaixo à análise de cada um dos institutos citados pela doutrina como meio da intervenção do poder público sobre a propriedade privada .

1 PODER DE POLÍCIA

Abordaremos aqui o Poder de Polícia como forma de intervenção do Poder Público sobre a propriedade privada, embora deixemos registrado que o instituto também se preste para intervenção do Poder Público no domínio econômico, vez que através de tal instituto o Estado mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, exerce ampla fiscalização na área econômica.

1.1 CONCEITO

Na definição de Hely Lopes Meirelles, “poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.”⁸⁸

Caio Tácito define-o como sendo o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir direitos e liberdades individuais, adequando-os em favor do interesse público.⁸⁹

O Código Tributário Nacional em seu artigo 78, conceitua-o como “a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à

⁸⁸MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 34ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.133.

⁸⁹TÁCITO, Caio. “Poder de polícia e seus limites”, RDA V. 27/1, 1975.

disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”. Ainda no plano normativo, saliente-se que a Constituição Federal em seu art. 145, II⁹⁰, repete referida expressão.

Na definição legal o legislador tratou do poder de polícia inerente à administração pública, enquanto executora de leis. Entretanto, o instituto não é exclusivo de exercício pelo Poder Executivo, mas também pelo Poder Legislativo, quando cria por lei normas limitadoras ao exercício das liberdades públicas.

Nesse sentido, aliás, interessante apurar a proposta de bipartição do conceito efetuada por Celso Antonio Bandeira de Mello. Segundo este autor o conceito divide-se em sentido amplo e sentido estrito, sendo poder de polícia em sentido amplo a atividade estatal exercida pelos poderes Legislativo e Executivo de condicionar a liberdade e a propriedade, ajustando-as aos interesses coletivos. Já o conceito em sentido estrito abrange as atividades interventivas do Poder Executivo, quer gerais e abstratas (como regulamentos), quer concretas e específicas (autorizações, licenças, alvarás...), destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais ⁹¹.

O termo polícia advém do grego *politeia*, originalmente usado na Grécia Antiga para designar as atividades da polis (cidade-estado), não guardando relação com a expressão na atualidade, associada à corporação.

Manoel María Díez citado por Clóvis Beznos⁹² salienta que do ponto

⁹⁰BRASIL. Constituição Federal de 1988

Art. 145.A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I-impostos;

II-taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso: 15 jan.2011.

⁹¹ MELLO. Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. p.822.

⁹² BEZNOS, Clóvis. Poder de Polícia, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

de vista terminológico a palavra “polícia” deriva do termo latino *politia*, procedente do grego *politéia* que, por sua vez, significa constituição da cidade, constituição do Estado e num sentido referente à Administração Pública, governo.

A origem da expressão “poder de polícia”, segundo Agustín A. Gordillo, *apud* Clóvis Beznos⁹³, teve como ponto culminante o Estado liberal, quando passou-se a ver o homem como detentor de direitos naturais emanados de uma ordem providencial.

Celso Antonio Bandeira de Mello⁹⁴ critica a terminologia “por englobar em um único nome, coisas radicalmente distintas, submetidas a regimes de inconciliável diversidades: leis e atos administrativos; isto é, disposições superiores e providências subalternas”.

A questão é que no ordenamento jurídico brasileiro a expressão poder de polícia foi inclusive objeto de conceituação normativa, conforme citação acima, o que não pode ser, portanto, desconsiderado.

1.2 DIFERENÇA ENTRE POLÍCIA ADMINISTRATIVA E POLÍCIA JUDICIÁRIA

O Poder de polícia do Estado manifesta-se através da polícia administrativa e da polícia judiciária. São estas as duas áreas de atuação do Estado na qualidade de limitador do exercício de direitos individuais.

Entendemos oportuna a transcrição da definição dada pelo Prof. Clóvis Beznos, em histórica obra sobre o Poder de Polícia, na qual conceitua a Polícia administrativa como sendo:

1979. p.1.

⁹³BEZNOS, Clóvis. Poder de Polícia, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p.17.

⁹⁴MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo . 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. p.821. Faz o autor inclusive menção ao ensinamento de Agustín Gordillo, a quem dá razão, e segundo quem a expressão seria melhor fosse banida do vocabulário jurídico, explicando que na maioria dos países europeus (de que a França é marcante exceção), em geral, o tema é tratado sob a titulação “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”, e não mais sob o rótulo de “poder de polícia”.

[...] a atividade administrativa, exercitada sob previsão legal, com fundamento numa supremacia geral da Administração, e que tem por objeto ou reconhecer os confins dos direitos, através de um processo, meramente interpretativo, quando derivada de uma competência vinculada, ou delinear os contornos dos direitos, assegurados no sistema normativo, quando resultante de uma competência discricionária, a fim de adequá-los aos demais valores albergados no mesmo sistema, impondo aos administrados uma obrigação de não fazer.⁹⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁶ aponta que a principal diferença entre uma e outra está no caráter preventivo da polícia administrativa e no repressivo da polícia judiciária, pois a primeira terá por objetivo impedir as ações antissociais, e a segunda, punir os infratores da lei penal. Frise-se que a própria autora reconhece que a diferença não é, no entanto, absoluta, explicando que a polícia administrativa tanto pode agir preventivamente (como, por exemplo, proibindo o porte de arma ou direção de veículos automotores, como pode agir repressivamente (a exemplo do que ocorre quando apreende a arma usada indevidamente ou a licença do motorista infrator). A autora cita, ainda, o pensamento de Álvaro Lazzarini⁹⁷ de que a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal.

Hely Lopes Meirelles propugnou a diferenciação sob o aspecto orgânico, no sentido de que a polícia administrativa é inerente e se difunde por toda a Administração, enquanto que a polícia judiciária concentra-se em determinados órgãos, como por exemplo, Secretaria Estadual de Segurança Pública, em cuja estrutura se inserem, via de regra, a polícia civil e a polícia militar.⁹⁸

Celso Antonio Bandeira de Mello, acentua: “O que efetivamente aparta polícia administrativa de polícia judiciária é que a primeira se predispõe

⁹⁵ BEZNOS, Clóvis. Poder de Polícia, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 76.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.118

⁹⁷ LAZZARINI, Álvaro, in RJTJ-SP, v. 98:20 - 25, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *loc.cit.*

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.133

unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica.”⁹⁹

Parece-nos ser este último o critério de diferenciação mais preciso e em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, partindo-se da premissa que através do poder de polícia administrativo o Estado ora fiscalizará, em atuação de forma repressiva – impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção – e ora de modo preventivo, mas sempre movido pela supremacia do interesse público sobre o privado.

A polícia administrativa será exercida nas três esferas de governo, União, Estados e Municípios, de acordo com a competência fixada na Constituição Federal, sendo que no decorrer deste trabalho dedicaremos capítulo próprio para abordagem das competências constitucionais.

1.3 FUNDAMENTOS – SUPREMACIA GERAL (ITÁLIA) E SUPREMACIA ESPECIAL(SUJEIÇÃO ESPECIAL- ESPANHA)

O fundamento do poder de polícia é assentado no princípio jurídico-administrativo da supremacia do interesse público sobre o privado, pressuposto de uma ordem social.

Este princípio, como adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁰, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública, sendo inspirador ao legislador e vinculador para a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

A supremacia do interesse público sobre o privado torna desigual as relações entre o Estado e seus administrados, colocando o primeiro em situação de autoridade, de comando, o que, entretanto, se faz necessário para o pleno exercício da gestão dos interesses públicos postos em confronto.¹⁰¹

⁹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.837.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009 p. 64.

¹⁰¹ Celso Antonio Bandeira de Mello assenta posição muito oportuna, no sentido

A doutrina estrangeira, mais precisamente alemã, italiana e espanhola, classifica a supremacia em geral e especial. Registre-se que esta última, na Alemanha e às vezes, na Espanha, recebe a denominação de relação especial de sujeição.

A supremacia geral é aquela exercida pelo Estado sobre todos os administrados, de acordo com a previsão legal, já a supremacia especial, é aquela exercida também pelo Estado, mas em face dos que com ele vieram a estabelecer relações específicas, não necessariamente vinculadas à lei, mas também por estatutos, regulamentos, contratos.

Há de ressaltar-se que o Estado somente virá a ser sujeito das aludidas relações específicas quando autorizado por lei ou pela Constituição Federal, haja vista o princípio da legalidade, no qual deve assentar-se todos os atos administrativos, entretanto, as disposições que irão reger estas relações, dada a impossibilidade de serem normatizadas pelo legislador - haja vista a vastidão de situações que as envolvem - demandam uma regência pela própria Administração.¹⁰²

de que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal, muito menos dos agentes governamentais, fazendo-nos refletir sobre a classificação do interesse público entre primário e secundário, pois enquanto que o primário corresponde à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, consiste no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade, no secundário temos apenas a concentração dos interesses do Estado concebidas em suas meras individualidades. Assim, a supremacia só deve vigorar quando os interesses secundários do Estado coincidirem com os interesses primários, os quais públicos propriamente ditos (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p.73).

¹⁰²Celso Antonio Bandeira de Mello ilustra-nos bem a matéria: “Além dos casos em que o administrado voluntariamente se inclui sob o estatuto das instituições cujo serviço demanda – *o volenti non fit in jura* a que se reporta Forsthoff (Tratado de Derecho Administrativo, trad. Dos prof. Legaz-Lacambra, Garrido Falla e Sr. Gomes de Ortega y Junge, Instituto de Estudios Políticos, Madri, 5ª Ed., 1958, PP. 187-188) – o que é certo é que, tanto no direito europeu quanto em qualquer outra parte – inclusive, pois, no Brasil -, há uma pletera de situações a seguir mencionadas que revelam a necessidade de se reconhecer a figura da “supremacia especial”. O que não pode ser admitida é a extensão que se lhe atribuída”. O que estava em consonância com os fundamentos, hoje inaceitáveis, dantes adotados para explicá-la, os quais repousam na concepção de “reserva de lei” em contraposição aos “poderes domésticos” da Administração termos em que foi defendida por Otto Mayer, grande disseminador de ambas as idéias. As situações a que se aludiu são as seguintes: a) é inequivocadamente reconhecível a existência de relações específicas intercorrendo entre o Estado e um círculo de pessoas que nelas se inserem, de maneira a compor situação jurídica muito diversa da que atina a generalidade das pessoas, e que demandam poderes específicos, exercitáveis, dentro de certos limites, pela própria Administração. Para ficar em

A par desta classificação, temos que o poder de polícia exercido pelo Estado como forma de intervenção na propriedade privada, decorre da supremacia geral.

1.4 NATUREZA DA COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA (FUNÇÃO DISCRICIONÁRIA, VINCULADA OU VINCULADA E DISCRICIONÁRIA)

Clóvis Beznos em aprofundado estudo sobre o tema, cita três posições doutrinárias, acerca da natureza da atividade poder de polícia:

[...] a primeira considera conter-se na atividade da polícia administrativa uma faculdade discricionária, inerente à própria natureza jurídica dessa atividade ; a segunda manifesta que a polícia administrativa se expressa através de atos, provindos do exercício de uma competência ora discricionária, ora vinculada, dependendo das disposições legais outorgarem uma ou outra competências, ao administrador e; finalmente, cita a terceira posição, segundo a qual entende-se ser discricionária a atividade da polícia administrativa em razão da sua natureza jurídica, mas que, sustenta albergar-se dentro dessa competência discricionária, a possibilidade de atuação da Administração, em determinados extremos, ao arrepio de disposições legais.¹⁰³

Crítica o autor a terceira corrente, argumentando que confunde discricionariedade com arbitrariedade, destarte não haver discricionariedade divorciada da lei. Cita Queiró, que acentua o poder discricionário constituir-se numa determinada margem de liberdade, propositalmente concedida pelo Poder

exemplos simplicíssimos e habitualmente referidos: é diferente a situação do servidor público, em relação ao Estado, da situação das demais pessoas que com ele não travaram tal vínculo; é diferente, em relação a determinada Escola ou Faculdade Pública, a situação dos que nelas estão matriculados e dos demais sujeitos que não entretêm vínculo algum com as sobreditas instituições; é diferente a situação dos internados em hospitais públicos, em asilos ou mesmo em estabelecimentos penais, daquel'outra das demais pessoas alheias às referidas relações; é diferente, ainda, a situação dos inscritos em uma biblioteca pública circulante, por exemplo, daquela dos cidadãos que não a freqüentam e não se incluem entre seus usuários, por jamais haverem se interessado em matricular-se nela".(MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp.825-826).

¹⁰³ BEZNOS, Clóvis. Poder de Polícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, pp. 32/33.

Legislativo à Administração Pública, com a finalidade que esta faça a escolha do comportamento mais adequado para realizar um certo fim público.¹⁰⁴

A nosso ver, o poder de polícia em sentido amplo será sempre exercício de competência discricionária, vez que o Estado, através do legislativo ou executivo, diante dos interesses da sociedade que vão se apresentando no decorrer dos tempos, deverá realizar um juízo de conveniência e oportunidade de disciplinar determinadas situações, procedendo a intervenção no exercício dos direitos. Por sua vez, o poder de polícia em sentido estrito será por vezes exercício de competência discricionária, pois através dele o Poder Executivo atuará através de normas gerais e abstratas (como regulamentos) e, portanto, de forma vinculada, ou em situações concretas e específicas (autorizações, licenças, alvarás...), destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais, mas agora segundo os critérios da oportunidade e conveniência.

2 LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA AO DIREITO DE PROPRIEDADE

As limitações correspondem ao perfil do direito. Pode-se dizer que são a própria conformação do direito.

A limitação administrativa é a atividade Estatal que necessária para garantir a supremacia do interesse público.

No dizer de Odete Medauar, “As limitações administrativas abrangem as restrições que afetam o caráter absoluto do direito de propriedade, com o intuito de satisfação ao interesse público.”¹⁰⁵

Renato Alessi, citado por Celso Antonio Bandeira de Mello, não vê as limitações administrativas como restrições ao direito de propriedade, mas como

¹⁰⁴ BEZNOS, Clóvis. Poder de Polícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, pp.33/34

¹⁰⁵ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.353.

limitações à propriedade propriamente dita¹⁰⁶, alertando-nos que confusões decorrem da não diferenciação adequada dos conceitos de propriedade com direito de propriedade, tema por nós abordado neste trabalho (Capítulo I, 1. Distinção entre a Propriedade e Direito de Propriedade).

2.1 CONCEITO

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁷ aparta duas classificações ao instituto, assinalando que as limitações administrativas à propriedade em sentido restrito referem-se apenas àquelas impostas pelo poder de polícia do Estado, condicionando o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, sem implicar desdobramento dos poderes inerentes ao domínio. Assim a instituição de área de recuo, a imposição de área máxima de ocupação do solo, seriam expressões destas limitações. Já a limitação administrativa à propriedade em sentido amplo, abrangeria todas as demais modalidades, como ocupação temporária, requisição administrativa, servidão administrativa e desapropriação¹⁰⁸.

Assim conceitua a autora as limitações administrativas à propriedade:

[...]como medidas de caráter geral, previstas em lei com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social”.¹⁰⁹

Odete Medauar, seguindo a linha de José Afonso da Silva, manifesta-se no sentido de que as limitações administrativas abarcam tudo que

¹⁰⁶ ALESSI, Renato. Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano, 1960, p.533, apud MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.818.

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.126.

¹⁰⁸ Maria Sylvia ressalva que com relação à desapropriação, ela pode ser tida como limitação à propriedade quando se considera abstratamente aquele instituto, que é inerente à soberania do Estado, perante os direitos individuais assegurados aos cidadãos. No entanto, quando incide, concretamente, sobre determinado bem, ela não pode ser considerada como simples limitação, já que, vista pela ótica do direito privado, implica a perda da propriedade (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.126/127).

¹⁰⁹ *Ibidemp.* 132

afete qualquer dos caracteres do direito de propriedade, impondo restrições que incidirão sobre o caráter absoluto do direito de propriedade, o seu caráter exclusivo. Cita como exemplos a ocupação temporária, a requisição e a servidão. Mais adiante, afirma que as limitações podem atingir até mesmo o caráter perpétuo da propriedade, citando então a desapropriação¹¹⁰.

A desapropriação não é uma espécie de limitação administrativa do direito de propriedade, vez que através dela não é imposta ao proprietário limitação ao exercício do seu direito sobre a propriedade, mas sim lhe é retirado o exercício do direito que exercia sobre aquela, o que necessariamente obrigará o Estado a indenizar-lhe, exceto nos casos de desapropriação sanção, cujo tema merecerá abordagem.

Celso Antonio Bandeira de Mello ao confrontar a servidão administrativa com as limitações administrativas ao direito de propriedade, deixa bem clara a distinção entre os institutos:

Não se deve, ainda, confundir tais situações (das limitações) com as que derivam das servidões administrativas, via de regra¹¹¹ caracterizadas por um *pati*, ou seja, um dever de suportar”. Acrescenta ainda “Nas servidões administrativas o Poder Público coloca determinado bem em uma especial sujeição ao interesse público, o que não ocorre com as limitações administrativas à propriedade privada, próprias da polícia administrativa, nas quais pela simples delimitação do âmbito de exercício do direito de propriedade obtém uma genérica e indiscriminada utilidade social.”¹¹²

Discordamos assim da opinião da publicista Odete Medauar e compartilhamos da opinião do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello no sentido de que a desapropriação e a servidão administrativa não se tratam de instrumentos de limitação ao exercício do direito de propriedade.

¹¹⁰ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.353.

¹¹¹ Registre-se que existem servidões que impõe apenas um dever de abstenção, um *non facere* e que portanto constituem-se limitação administrativa.

¹¹² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp. 825.

2.2 FUNDAMENTO

O fundamento jurídico das limitações administrativas encontra-se na Constituição Federal, mais precisamente no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

2.3 CARACTERÍSTICAS

Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita as seguintes características indicadas por Rafael Bielsa como sendo próprias das limitações administrativas ao direito de propriedade:

[...]1. Impõem obrigação de não fazer ou deixar de fazer; 2.visando conciliar o exercício do direito público com o direito privado, só vão até onde exija a necessidade administrativa; 3. Sendo condições inerentes ao direito de propriedade, não dão direito a indenização.¹¹³

Ao fazer um paralelo entre os institutos da limitação administrativa ao direito de propriedade e as servidões, caracteriza Celso Antonio Bandeira de Mello as limitações como sendo: 1. Gerais e abstratas, vez que alcançam toda uma categoria de abstrata de bens, ou pelo menos, todos os que se encontrarem em uma situação ou condição abstratamente determinada; 2.Não extraem do proprietário o desfrute do próprio bem, apenas é condicionado pela administração o exercício do desfrute, razão pela qual não geram indenização; 3.Constituem-se por meio de obrigações negativas, um *non facere*.¹¹⁴

O precitado Autor é categórico no sentido de que as limitações ao exercício da liberdade e da propriedade correspondem à configuração de sua área de manifestação legítima, isto é, da esfera jurídica da liberdade e da propriedade

¹¹³BIELSA, Rafael, *in* Derecho administrativo, Buenos Aires: La Ley, 1965, t.4, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo. 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.130-131

¹¹⁴ MELLO. Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo.27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 908.

tuteladas pelo sistema, assim averbando:

[...] É precisamente esta a razão pela qual as chamadas limitações administrativas à propriedade não são indenizáveis. Posto que através de tais medidas de polícia não há interferência onerosa a um direito, mas tão-só definição que giza suas fronteiras, inexistente o gravame que abriria ensanchas a uma obrigação pública.¹¹⁵

Na Obra de Hely Lopes Meirelles¹¹⁶ a gratuidade e generalidade da medida, protetora dos interesses da comunidade, são citadas como sendo suas características.

Entendemos que as características que melhor expressam o instituto das limitações administrativas ao exercício do direito de propriedade são: 1. Generalidade: dirigem-se a propriedades indeterminadas, mas determináveis no momento de sua aplicação; 2. Legalidade: demandam a existência de lei que as autorize, exceto em situações de estado de sítio ou de defesa, em que a administração, sem lei imediata, poderá vir a limitar direito por ato administrativo, mas sempre em caráter de exceção; 3. Não indenizáveis: uma vez que apenas delimitam o perfil da propriedade e definem o exercício do direito; 4. Constituem-se na grande maioria por obrigações negativas, sem prejuízo de prestações positivas a cargo do proprietário. Quanto a esta última característica, como bem lembrado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁷, embora na maioria das situações de limitação administrativa ao direito de propriedade haja uma obrigação negativa de não colocar em risco a segurança, a saúde, a tranquilidade pública, na realidade a obtenção desses fins depende de prestação positiva por parte do proprietário, citando a Autora como exemplo, a adoção de medidas de segurança contra incêndio ou medidas impostas por autoridades sanitárias, ou, ainda, a obrigação de demolir um prédio que ameaça ruína.

¹¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 820-821.

¹¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 34ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.640

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 22ª ed. , São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.131.

A intervenção do Poder Público sobre a propriedade privada através das limitações administrativas não é, porém, um cheque em branco assinado ao Estado, devendo sempre ser utilizada com parcimônia, sustentada nos princípios constitucionais que regem a administração pública, principalmente os da razoabilidade e proporcionalidade.

3 SERVIDÃO ADMINISTRATIVA

3.1 CONCEITO

No dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro “a servidão embora tenha nascido e se desenvolvido no direito privado, o seu conceito pertence à teoria geral do direito, ou seja, não é comprometido com o direito Civil nem com o Direito Administrativo”¹¹⁸, recomendando que se procure uma noção genérica - categoria jurídica – para, a partir dela, seguir aos dois conceitos próprios de cada um daqueles ramos jurídicos.¹¹⁹

A servidão trata-se de um direito real a incidir sobre coisa alheia, do qual advém uma situação de sujeição de um bem a utilidade por outro bem (servidão real), a outra pessoa que não seu proprietário (servidão pessoal) ou a sujeição ao interesse público (servidão administrativa).

3.2 FUNDAMENTO

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 22ª ed. , São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.147.

¹¹⁹ Merece transcrição a diferenciação entre servidão de direito privado e de direito público apontada por Cretella Junior, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “. 1. As servidões civis não impõem ao proprietário nenhuma obrigação de fazer, mas apenas a obrigação passiva de deixar fazer; ao contrário, certo número de servidões administrativas traduzem-se por obrigações positivas, como roçar o mato, podar ou cortar árvores ou fazer o alinhamento particular; 2.as servidões administrativas, estando fora do comércio, não se extinguem pela prescrição, como as civis; 3.as servidões administrativas podem gravar bens do domínio público; as civil não; 4. as servidões administrativas não obriga, em regra, à indenização, salvo quando esta é formalmente estabelecida em lei.”(CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, v. 1-5, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 22ª ed. , São Paulo: Editora Atlas, 2009. p149).

Odete Medauar¹²⁰ lembra-nos que a concepção de servidão vem do direito civil – “nesse ramo, apresenta-se como direito, em favor de um prédio (chamado dominante), sobre outro prédio (o serviente), pertencentes a donos diversos”. Atualmente o artigo 1.378 do Código Civil¹²¹ é que trata da matéria.

A servidão no direito público também é usualmente designada como servidão administrativa, e encontramos no Decreto-lei 3.365/41 (lei geral de desapropriação) sua previsão legal, mais precisamente no art. 40¹²², assim como na Lei 8.987/95¹²³ (lei sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos), em seus arts.29, inciso IX, e 31, inciso VI .

3.3 SERVIDÃO ADMINISTRATIVA E LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

Ao tratarmos da limitação administrativa, abordamos superficialmente a diferença entre os institutos.

A servidão administrativa confere ao Poder Público diretamente ou

¹²⁰ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 13ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.357.

¹²¹ BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

Art. 1378. A Servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso: 12 fev. 2011.

¹²² BRASIL. Dec.-Lei 3.365/41.

Art. 40. O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta Lei.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3365.htm>. Acesso: 12 fev. 2011.

¹²³ BRASIL. Lei 8.987/95.

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

IX- declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

(...)

Art. 31. Incumbe à concessionária:

(...)

VI – promover as desapropriações e constituir as servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm. Acesso: 13 fev. 2011.

indiretamente (como no caso das concessionárias) fazer uso de bem privado, sem extrair do proprietário o domínio sobre o referido bem. Impõe ao particular um dever de suportar.

Na definição de Celso Antonio Bandeira de Mello “é o direito real que assujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso ou gozo”¹²⁴. Chama-nos ainda a atenção quanto à confusão que por vezes se faz entre as servidões administrativas e as limitações administrativas, ressaltando que:

[...] enquanto, por meio das limitações, o uso da propriedade ou da liberdade é condicionado pela Administração para que se mantenha *dentro da esfera correspondente ao desenho legal do direito*, na servidão há um verdadeiro sacrifício, conquanto parcial, do direito. Ou seja: a compostura do direito, legalmente definida, vem a sofrer uma compressão em nome do interesse público a ser extraído do bem sujeito à servidão.¹²⁵

Propõe Celso Antonio Bandeira de Mello como critério prático de discrimen entre um instituto e outro verificar se a propriedade é afetada diretamente pela disposição abstrata da lei, ou se necessária uma injunção específica da Administração, para individualização do bem ou bens gravados, ocasião em que estaremos diante de servidão administrativa. Ressalta, porém, que ainda que a propriedade seja afetada diretamente por lei, não necessariamente estaremos diante de uma limitação administrativa, pois por vezes, nos depararemos com uma servidão administrativa, desde que o gravame implicar numa sujeição especial¹²⁶.

“Toda a servidão limita a propriedade, mas nem toda limitação à

¹²⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.907.

¹²⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. loc. cit.

¹²⁶ Com muita propriedade sintetiza o assunto o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello da seguinte forma: Se a propriedade é atingida por um ato específico, imposto pela Administração, embora calcada em lei, a hipótese é de servidão ou de tombamento, porque as limitações administrativas à propriedade são sempre genéricas. Se a propriedade é afetada por uma disposição genérica e abstrata, pode ou não ser caso de servidão. Será limitação, e não servidão, se impuser apenas um dever de abstenção: um *non facere*. Será servidão se impuser um *pati*: obrigação de suportar (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010. p.910

propriedade implica a existência de servidão” afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²⁷, diferenciando uma da outra da seguinte forma: se a restrição que incide sobre um imóvel for em benefício de interesse público genérico e abstrato, como a estética, a proteção do meio ambiente, a tutela do patrimônio histórico e artístico, existe limitação à propriedade, mas não servidão, pois esta se caracteriza quando, no outro extremo da relação (o dominante) existe um interesse público corporificado, ou seja, existe coisa palpável, concreta, a usufruir a vantagem prestada pelo prédio serviente.

3.4 FORMA DE CONSTITUIÇÃO DA SERVIDÃO ADMINISTRATIVA

A servidão administrativa pode se originar de uma lei, de um ato declaratório do Estado ou de uma decisão judicial.

Um exemplo de servidão instituída por lei¹²⁸, temos no artigo 12 do Decreto 24.643/34, que assim dispõe: “Sobre as margens das correntes a que se refere a última parte do nº 2 do artigo anterior, fica somente, e dentro apenas da faixa de 10 (dez) metros, estabelecida uma servidão de trânsito para os agentes da administração pública, quando em execução de serviços”. A lei por si só já fixou a hipótese de sua incidência, não demandando qualquer outro ato do Poder Público para sua instituição.

Será a servidão administrativa decorrente de ato declaratório do Estado quando o interesse público assim o reclamar, e sua formalização poderá se dar por acordo, hipótese de solução administrativa, ou mediante decisão judicial, sendo o procedimento para ambas o utilizado para as desapropriações, conforme expressamente autoriza a lei geral de desapropriações, Dec.-lei 3.365/41, em seu art. 40.¹²⁹

¹²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.149.

¹²⁸ Citem-se a propósito: (I) servidão sobre terrenos marginais, instituída pela Lei 1.507/67, art. 39; (II) servidão a favor das fontes de água mineral, termal ou gasosa e dos recursos hídricos, instituídas pelo Decreto-lei 7.841/45, art. 12 e Lei Estadual de São Paulo 898/75; (III) servidão sobre prédios vizinhos de obras ou imóvel pertencente ao patrimônio histórico e artístico nacional, instituída pelo Decreto-lei nº 25, art. 18; (IV) a servidão militar, instituída pelo Decreto-lei nº 3.437/41.

¹²⁹ Questão interessante é sobre a necessidade de averbação ou não das referidas servidões administrativas, tema abordado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro da seguinte

3.5 A SERVIDÃO ADMINISTRATIVA E O DIREITO À INDENIZAÇÃO

Não há consenso sobre a matéria na doutrina.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro só cabe indenização quando a servidão não decorrer diretamente da lei, pois nesta situação o sacrifício é imposto a toda uma coletividade de imóveis que se encontram na mesma situação, fazendo a ressalva que no caso de um prédio vir a sofrer prejuízo maior, como por exemplo, ter de ser demolido, aí sim haverá direito à indenização. Acrescenta ainda que quando a servidão decorre de contrato ou de decisão judicial, incidindo sobre imóveis determinados, a regra é a indenização, porque seus proprietários estão sofrendo prejuízo em benefício da coletividade, e o valor da indenização será calculado de acordo com o caso concreto, com a efetiva demonstração do prejuízo¹³⁰.

O exemplo citado por Celso Antonio Bandeira de Mello, ao abordar o tema, demonstra à saciedade a divergência de seu posicionamento em relação ao da publicista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, e guarda estreita relação com o específico escopo do presente trabalho. Veja-se, a propósito:

Suponha-se que alguém adquira uma fazenda e intente fornecer madeira, ou aproveitá-la industrialmente, dada a existência de numerosas árvores. Se as florestas em questão vierem a ser declaradas reservas do Estado, há um agravamento manifesto na

forma: “Problema interessante é o que diz respeito à necessidade ou não de registro da servidão administrativa. É preciso distinguir: as que decorrem diretamente da lei dispensam esse registro, porque o ônus real se constitui no momento em que a lei é promulgada ou, posteriormente, quando algum fato coloque o prédio na situação descrita na lei; esta confere à servidão a mesma publicidade e satisfaz os mesmos fins atribuídos ao Registro de Imóveis. Nas demais hipóteses, a inscrição torna-se indispensável, uma vez que tanto o contrato, como a sentença fazem lei entre as partes apenas, além de não gozarem da mesma publicidade que tem a lei. Para que se tornem oponíveis *erga omnes*, precisam ser registrados. Cita ainda que a atual Lei de Registro Públicos (Lei nº 6015, de 31-12-73) alterou essa sistemática, exigindo, no art. 167, I, 6, a inscrição dos títulos das servidões em geral, para sua constituição. Esclarece por fim que o STF adotou o entendimento de que “a servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória”(Súmula 415).”(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 151).

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 153.

esfera patrimonial do proprietário atingido. Em nome do princípio da “igualdade dos ônus dos administrados em face do Estado”, cabe indenização. A entender-se de outro modo, alguns seriam forçados a suportar desproporcionalmente ônus estabelecidos em nome do interesse de todos, no que estaria ferido o princípio constitucional da isonomia.¹³¹

Celso Antonio Bandeira de Mello, porém, desfaz a idéia de que as servidões são sempre indenizáveis, quando nos lembra o caso das placas indicativas de ruas que os particulares são obrigados a suportar que sejam apostas em suas residências, normalmente quando em esquina, sem que caiba indenização alguma, mesmo porque, não há, no caso, qualquer espécie de prejuízo para o prédio serviente¹³².

Perfilhamos os ensinamentos do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, no sentido de que o instituto em regra é compatível com indenização, a qual, por sua vez, será afastada quando não houver efetivo prejuízo.

Quanto ao valor, temos que algumas servidões, devido a frequência com que se apresentam, receberam tratamento especial na jurisprudência, como nos casos de servidão para passagem de energia elétrica, cujo valor é fixado numa média de 30% sobre o valor da terra nua¹³³.

¹³¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 909

¹³² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Loc. cit.

¹³³ RECURSO ESPECIAL Nº 935.774 - SP (2007/0065588-5) EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. PLENA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO DO JUIZ. 1. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, desde que dê a devida fundamentação, conforme o disposto no art. 436 do Código de Processo Civil. 2. "A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual" (REsp 7.870/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 3.2.1992). 3. Hipótese em que a Corte de origem, ao acolher a preliminar de nulidade do laudo oficial suscitada pelo Ministério Público, entendeu ser desnecessária a elaboração de uma nova perícia, tendo em vista que o laudo apresentado pelo assistente técnico da parte expropriante, ao menos no tocante ao valor fixado para o metro quadrado, não apresentava divergência considerável com o laudo no qual se baseou o magistrado de primeiro grau de jurisdição. Com essas considerações, o Tribunal a quo adotou o valor apurado no laudo apresentado pelo assistente técnico da parte expropriante, reduzindo, no entanto, o coeficiente de servidão, de 100% para 33%, por considerar que não houve a total inviabilidade de aproveitamento da área sobre a qual fora constituída a servidão de passagem de linha de transmissão de energia elétrica, bem como por estar situada em zona rural. 4. Percebe-se, desse

4 TOMBAMENTO

O termo tombamento adveio do direito português, que utiliza a palavra tomar como expressão de registrar, inventariar, inscrever nos arquivos do Reino, guardados na Torre do Tombo¹³⁴.

Entendemos tratar-se o tombamento de uma das mais gravosas formas de intervenção do Poder Público sobre a propriedade privada, pois além de gravar o bem com restrição, é compelido seu proprietário a conservá-lo e não alterá-lo, às suas próprias expensas, exceto quando não possuir meios para tal.

4.1 CONCEITO

Podemos conceituá-lo como sendo o procedimento administrativo através do qual se preserva o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, cultural, arquitetônico de bens, por meio de declaração pública do seu valor e atos preparatórios essenciais, o que terá o condão de torná-lo imodificável.

Referido conceito é extraído do disposto expressamente na Constituição Federal, em seu artigo 23, inciso III, através do qual foi imposto ao Poder Público, representado por qualquer de suas esferas, proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultura, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; com a conjugação do exposto no artigo 216, §1º, o qual por sua vez citou os meios de garantir-se a preservação, através de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, dentre outras formas.

modo, que os motivos que deram ensejo à adoção do laudo do assistente técnico da parte expropriante, bem como à redução do coeficiente de servidão, foram precisamente indicados no acórdão recorrido. 5. Inexiste dúvida, portanto, de que o acórdão recorrido deu efetiva aplicabilidade às normas contidas nos arts. 131 e 436 do CPC, mediante interpretação adequada da jurisprudência desta Corte. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Brasília, 20 de novembro de 2008 (data do Julgamento). MINISTRA DENISE ARRUDA (Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia> - acesso: 22/01/2011).

¹³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 34ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. nota de rodapé, p.583.

Odete Medauar conceitua-o como ato administrativo¹³⁵, o que contestado por Maria Sylvia Zanella di Pietro¹³⁶, de cujo entendimento compartilhamos diante da justificativa de que trata-se de procedimento administrativo porque não se realiza em um único ato, mas numa sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade do ato final, que é a inscrição no Livro do Tombo.

No dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro o tombamento é forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pela legislação ordinária:

[...]o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico (art. 1º do Decreto-lei nº 25, de 30-11-37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional).¹³⁷

O Decreto-lei Federal 25 de 30.11.1937 apresenta-se ainda hoje como a norma geral a respeito do tombamento¹³⁸.

4.2 OBJETO

Como já foi acima exposto, o tombamento poderá se dar tanto em bem móvel, como imóvel, privado ou público, e também sobre bens imateriais, como expressamente dispõe o artigo 216 da Constituição Federal, *in verbis*: “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial,

¹³⁵ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.354: “O tombamento designa o ato administrativo pelo qual se declara o valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, cultural, arquitetônico de bens (...)”.

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.139

¹³⁷ *Ibidem*, p.138

¹³⁸ A Lei 3.924/61 dispõe sobre tombamento dos monumentos arqueológicos e pré-históricos.

tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I- as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; (...). ”.

No artigo 3º do Decreto-lei nº 25/37 o legislador, entretanto, exclui a possibilidade de tombamento de determinados bens, quais sejam, os de origem estrangeira: 1) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país; 2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país; 3) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução do Código Civil, e que continuem sujeitas à lei pessoal do proprietário; 4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos; 5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais e; 6) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

4.3 CARACTERÍSTICAS

O tombamento, assim como a servidão, não extrai do proprietário os direitos inerentes ao domínio, pois se porventura para preservação do bem fizer-se necessária a imposição de restrição total, de modo a impedir ao proprietário o domínio sobre aquele, os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade reclamam que se desaproprie o bem, indenizando-se o proprietário.

Celso Antonio Bandeira de Mello discorre acerca do tema:

Em decorrência do tombamento os poderes inerentes ao titular do bem afetado ficam parcialmente elididos, uma vez que poderá usar e gozar do bem, mas não alterá-lo, para não desfigurar o valor que se quer nele resguardar, além de ficar constituído no dever de mantê-lo em boa conservação, o que terá de fazer a expensas próprias, salvo se não dispuser de recursos para tanto, caso em

que, a teor do art. 19 do Decreto-lei 25/37¹³⁹, solicitará ao Poder Público o custeio das despesas. Tudo isto se o Poder Público não entender conveniente despojar, de vez, o *dominus* da senhoria sobre a coisa, desapropriando-o e adquirindo-a para si, sem, todavia, desfazer a sujeição do bem à utilidade pública que comandou sua desapropriação¹⁴⁰.

O jurista reconhece ainda que somente na última edição de sua obra “Curso de Direito Administrativo”(27ª edição) veio a exprimir o entendimento de que o tombamento não se trata de modalidade de servidão administrativa, explicando que se convenceu disso diante da argumentação da administrativista Adriana Zandonade, a qual em tese de doutoramento defendeu o seguinte:

Distinguem-se os institutos do tombamento e da servidão em que: a) a servidão é um direito real sobre coisa alheia ao passo que o tombamento também pode afetar um bem próprio e ser satisfeito mesmo quando o bem de terceiro é expropriado, sem que com isso se extingam os gravames inerentes ao tombamento, não vigorando o princípio de que *nemini res sua servit* ; b) a servidão não impõe ao titular do bem tombado o dever de agir, pois não se lhe exige um *facere*, mas tão-só um *pati*, ao passo que o tombamento constitui o titular do bem tombado no dever de conservá-lo em bom estado, no que se incluem todas as realizações de reformas para tanto necessárias; c) demais disto, as servidões só oneram bens imóveis e o tombamento tanto pode se referir a bens imóveis quanto a bens móveis, como quadros, estatuetas, jóias e outros objetos de interesse cultural.¹⁴¹

Registre-se que Maria Sylvia Zanella Di Pietro também veio a alçar o tombamento como categoria própria de intervenção do Poder Público sobre a propriedade após evolução do estudo, sendo que em sua tese de dissertação sobre a servidão, identificava-o como forma espécie de limitação administrativa, assim se pronunciando:

¹³⁹ Trata-se o referido Decreto-lei da norma geral a respeito do tombamento.

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.911.

¹⁴¹ *Ibidem*. p.912.

Citem-se, como exemplos de limitações administrativas: as que impõem a adoção de medidas técnicas para construção de imóveis, visando a segurança ou mesmo a salubridade pública, as que restringem a altura das edificações, por motivos de estética ou de segurança; as que sujeitam à restrição os bens tombados, para proteção do patrimônio histórico e artístico da nação etc.¹⁴²

O Dec. Lei 3.866/41, em seu artigo único, revestiu o tombamento de discricionariedade, quando assim dispôs: “O Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto por qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com o decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937”, tornando-o passível de revogação, por inconveniência e inoportunidade.

Outra característica do tombamento é que ele produz efeitos sobre os imóveis vizinhos aos da coisa tombada, conforme expressamente dispõe o artigo 18 do Decreto-lei 25/37, *in verbis*: “sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto”. Trata-se de verdadeira servidão imposta aos prédios vizinhos.

4.4 MODALIDADES

O Decreto-lei 25/37 criou diversas modalidades de tombamento, senão vejamos:

- a) Tombamento de ofício: é aquele que se dá sobre bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios, mediante ordem do diretor do Serviço do

¹⁴²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Servidão Administrativa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978. p. 27.

Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (art. 5º);

b) Tombamento voluntário ou compulsório: será voluntário aquele que partir de iniciativa do próprio proprietário ou ainda que não seja provocado pelo mesmo espontaneamente, seja objeto de sua anuência. Não havendo concordância do proprietário, será o mesmo compulsório (arts. 6º, 7º e 8º);

c) Tombamento provisório ou definitivo: será provisório o tombamento desde a notificação do proprietário até a final conclusão do procedimento, com a inscrição dos referidos bens no livro do tombo (art. 10). Frise-se que com exceção do disposto no artigo 13¹⁴³ do referido Decreto-lei, os efeitos do tombamento, seja ele provisório ou definitivo, são os mesmos (parágrafo único do art. 10).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁴ promove também a classificação do tombamento quanto aos destinatários, considerando individual aquele que atinge um bem determinado e geral o que atinge todos os bens situados em um bairro ou uma cidade.

4.5 O TOMBAMENTO E O DEVER DE INDENIZAR

Odete Medauar defende que se o tombamento tiver alcance geral,

¹⁴³ BRASIL. Decreto-Lei 25/1937.

Art. 13. O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio.

§ 1º No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata este artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, fazê-la constar do registro, ainda que se trate de transmissão judicial ou *causa mortis*.

§ 2º Na hipótese de deslocação de tais bens, deverá o proprietário, dentro do mesmo prazo e sob pena da mesma multa, inscrevê-los no registro do lugar para que tiverem sido deslocados.

§ 3º A transferência deve ser comunicada pelo adquirente, e a deslocação pelo proprietário, ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do mesmo prazo e sob a mesma pena.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0025.htm>. Acesso: 20 jan. 2011.

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo Brasileiro, 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.141

como em Ouro Preto, Olinda, descabe ressarcimento. No caso de imóvel tombado isoladamente, em princípio é cabível indenização, salvo proibição, desde que demonstrado prejuízo direto e material¹⁴⁵.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro o tombamento por não impedir o particular do exercício dos direitos inerentes ao domínio, não dá, em regra, direito a indenização; para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento¹⁴⁶.

Divergindo dos ensinamentos supra expostos, o Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, vê como regra a indenização ao particular cujo bem seja afetado. Faz ressalva que, quando abrange toda uma cidade ou quase toda, como ocorreu em Parati ou Ouro Preto, os imóveis não se desvalorizam e o tratamento a que se sujeita os administrados é uniforme, inexistindo razão para que sejam indenizados, até porque, em muitos casos, ocorrerá valorização dos imóveis atingidos¹⁴⁷.

Nota-se que ambos os autores defendem a indenização quando o tombamento causar prejuízo ao proprietário do imóvel, regra esta que entendemos deva imperar, no que se refere à matéria, pois o fato de atingir toda uma coletividade não é por si só sinônimo de que não vá haver desvalorização em massa, assim como incidindo sobre um único bem, poderá não ter o condão de vir a desvalorizá-lo.

5 OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA

A ocupação temporária é forma de intervenção do Poder Público sobre propriedade privada por tempo determinado, para atender às necessidades do interesse público no desenvolvimento pela Administração de suas regulares atividades .

¹⁴⁵ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.356.

¹⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo Brasileiro. 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.139.

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010; p.912.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁸ vê como fundamentação para a ocupação temporária a previsão contida no art. 5º, XXV, da Constituição Federal, que assim reza: “No caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

Odete Medauar entende que referido dispositivo constitucional não é aplicável à ocupação temporária, mas sim à requisição, pois a necessidade do iminente perigo público não é característica da ocupação temporária¹⁴⁹, entendimento do qual compartilhamos, pois em situações de iminente perigo público a Administração vai atuar de forma excepcional, reclamando uma atuação além da regularmente desempenhada.

Na legislação ordinária, temos que o instituto é regido atualmente pelo disposto no artigo 36 do Decreto-lei 3.365/41, cuja redação é a seguinte: “É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, a final, por ação própria, de terrenos não edificadas, vizinhos às obras e necessários à sua realização. O expropriante prestará caução, quando exigida”.

A lei 8666/93, em seus artigos 58, V e 80, II ¹⁵⁰foi além do disposto

¹⁴⁸Maria Sylvia Zanella Di Pietro classifica a ocupação do imóvel particular, por motivos de inundação, de ameaça de desabamento de prédio em ruína ou de perigo de propagação de moléstia contagiosa como formas de ocupação temporária (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo Brasileiro, 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.134)

¹⁴⁹MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 13ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p.357.

¹⁵⁰BRASIL. Lei 8666 de 21 de junho de 1993.

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituídos por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

V- nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese de necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

(...)

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

(...)

II – ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso: 21 jan. 2011.

no Decreto-lei 3.365/41, permitindo inclusive a ocupação temporária pelo Poder Público de móveis, pessoal e serviços, além de imóveis, não se restringindo aos não edificados, desde que vinculados a contratos administrativos¹⁵¹.

Temos também na Lei que dispõe sobre concessões e permissões de serviço público, a Lei nº 8.987/95, em seu art. 35, §3º previsão legal de ocupação temporária, para situações de assunção pelo Poder Público do serviço que objeto de concessão, ocasião em que a Administração fica autorizada a ocupar as instalações e utilizar todos os bens reversíveis.

Na definição de José Cretella Junior¹⁵² a ocupação temporária consiste na utilização por parte do Estado da propriedade particular, com ou sem indenização, durante período de tempo limitado, por motivos de utilidade ou necessidade pública.

Diverge a doutrina acerca do instituto ter autonomia própria ou pertencer a outra espécie de intervenção do Poder Público sobre a propriedade privada. Eurico Sodré classificou a ocupação temporária como servidão administrativa, imposta por lei, a prazo certo, mediante pagamento¹⁵³. Pontes de Miranda a definiu como expropriação temporária do uso e, até certo ponto, eventual vedação de uso¹⁵⁴.

¹⁵¹Marçal Justen Filho discorre que ponderações devem ser efetuadas, sendo que a primeira se relaciona à inviabilidade de reputar que o disposto no art. 58, V, da Lei 8666/93 seria aplicável nos casos de apuração administrativa de faltas contratuais, eis que essa solução seria incompatível com a Constituição. Acrescenta ainda: “O art. 5º, inc. XXV, autoriza a ocupação da propriedade privada em hipóteses de perigo público. Mesmo nos casos de interesse público ou social, o apossamento da propriedade privada depende de autorização judicial – ressalvando em nota de rodapé que Carlos Ari Sundfeld (Licitação e Contrato Administrativo, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992, p. 211), Carlos Pinto Coelho Motta (Eficácia nas Licitações e Contratos, 9ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.459) e Jesse Torres Pereira Junior (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 609), no entanto, não vêem óbices à aplicação deste dispositivo – justificando sua assertiva na força das garantias constitucionais, no direito de propriedade e nos princípios do devido processo legal, da universalidade da jurisdição, da produção bilateral da prova e da ampla defesa (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2008. pp. 682/683).

¹⁵²CRETELLA JUNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo. Vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, pp. 189-190.

¹⁵³ SODRÉ, Eurico. A Desapropriação, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1955. p.205.

¹⁵⁴ MIRANDA. Pontes de. Tratado de Direito Privado, T.XIV, 2ª ed., Ed. Borsoi, p.154.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entretanto, defende que embora a ocupação temporária apresente certa semelhança com outros institutos, tem características próprias, não se identificando com qualquer deles:

Não se confunde com as limitações administrativas em sentido estrito, porquanto estas não implicam, como a ocupação temporária, a utilização do imóvel por parte de terceiros; as primeiras afetam o caráter absoluto do direito de propriedade, porque apenas regulamentam, no interesse da coletividade, o exercício pelo particular, dos poderes inerentes ao domínio; a segunda afeta a exclusividade do direito de propriedade, porque confere ao Poder Público a faculdade de uso temporário do imóvel particular. A limitação refere-se ao exercício dos poderes oriundos do domínio pelo próprio proprietário ou possuidor; a ocupação temporária refere-se ao exercício de um dos poderes oriundos do domínio – o uso – por terceiros¹⁵⁵.

Ainda citando a Autora, diferencia Maria Sylvia Zanella Di Pietro a ocupação temporária da servidão administrativa, devido seu caráter transitório, não presente naquela e por fim, a distancia da expropriação, porque ao contrário desta, não implica perda da propriedade pelo particular.¹⁵⁶

Quanto à diferenciação entre a ocupação temporária e a requisição, melhor êxito foi obtido por Odete Medauar¹⁵⁷, que assim se pronuncia: “Característica nuclear da requisição, ausente na ocupação temporária, encontra-se no iminente perigo público que a justifica, ou seja, uma situação de risco imediato à integridade e segurança de pessoas e de bens, uma situação de urgência.”

6 REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

Na linha do que foi exposto sobre a ocupação temporária, temos que a requisição de bens se funda no art. 5º, XXV da Constituição Federal, e a

¹⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.135.

¹⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *loc.cit.*

¹⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.357.

requisição de serviços, no art. 143 do mesmo diploma normativo, somado a previsões em legislação ordinária. Citamos como exemplos: o serviço militar obrigatório conforme dispõe expressamente a Constituição Federal no art. 143, que de acordo com a legislação ordinária sujeita todos os jovens que completem 18 anos ¹⁵⁸(Lei 4.375/64, art. 5º) e o serviço eleitoral de mesário (Lei 4.737/65, art. 120 e §4º).

A requisição de bens, entretanto, demanda situação de iminente perigo público – exceção à requisição de bens para a instalação de mesas receptoras na forma do artigo 135, §§ 2º e 3º e 137 da Lei 4737/65 – e acarreta ao Poder Público o dever de indenizar, se vier a causar dano.

Temos assim, que a requisição incidente sobre uma propriedade imóvel tem por fundamento o Poder Público face à situação de iminente perigo público, que lhe demanda a necessidade de uso de uma propriedade alheia, mas em caráter transitório. Importante realçar o caráter iminente e transitório, pois se assim não o fosse, o meio a ser utilizado seria ou a servidão ou a própria desapropriação, vez que as três formas de intervenção do poder público sobre a propriedade privada importam em sacrifício de direito ao proprietário.

Dadas as circunstâncias que ensejam a requisição da propriedade pelo Poder Público, sua constituição se dá por ato unilateral do Estado e auto-executório, daí a razão inclusive da previsão constitucional do direito à indenização ulterior, e não como ocorre nos casos de desapropriação que não sanção, quando a indenização é prévia.

Apontamos assim como características da requisição: a) incide sobre bens ou serviços; b) quando incide sobre a propriedade, sacrifica seu uso pelo proprietário por período transitório; c) quando decorre de iminente perigo público é auto-executória; d) é indenizável *a posteriore*, desde que venha a causar dano.

¹⁵⁸Merece citação a Lei 8.239/91 que trata da prestação de serviço alternativo ao serviço militar, editada por força do disposto no inciso VIII do art. 5º da Constituição Federal, que tem a seguinte redação: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

No que se refere à competência, temos que a requisição pode se dar por qualquer ente federativo, sendo que a competência para legislar acerca de requisições civis e militares, em caso de perigo iminente e em tempo de guerra foi matéria atribuída privativamente à União, conforme redação do art. 22, III, da Constituição Federal.

Colacionamos como exemplo o disposto na Lei nº 8.080/90, que trata do Sistema Único de Saúde, que em seu art. 15, assim dispõe:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: (...) XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, após apontar as características da requisição, a conceitua como ato administrativo unilateral, autoexecutório e oneroso, consistente na utilização de bens ou serviços particulares pela Administração, para atender a necessidades coletivas em tempo de guerra ou em caso de perigo público iminente¹⁵⁹, conceito contra o qual nos insurgimos no que se refere aos serviços, que não demandam situações de guerra e nem tampouco de necessidade pública premente para terem lugar, tais como o serviço militar obrigatório e o de mesário eleitoral, já supra exemplificados.

7 DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação é instituto jurídico previsto expressamente na Constituição Federal, em seus artigos: 5º, inciso XXII; 182, §4º, inciso III e; 243.

A primeira Constituição Federal a fazer menção ao instituto, foi a de

¹⁵⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.136.

1824, que no seu art. 179, XXII, assim instituíra: “É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indennisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.”¹⁶⁰

Trata-se a desapropriação do instituto jurídico através do qual o Poder Público intervém na propriedade, retirando do proprietário não um ou outro direito que detém aquele sobre a propriedade, mas esta propriamente dita, que é extraída do domínio do particular, ao qual cabe somente ser indenizado, exceto se tratar-se da desapropriação sanção prevista no art. 243 da Constituição Federal, a qual oportunamente será abordada.

Lúcia Valle Figueiredo vislumbra a desapropriação como atividade finalística do Estado, citando posicionamento no mesmo sentido, de Rafael Bielsa.¹⁶¹

Na legislação infra-constitucional tratam da desapropriação o Decreto-lei 3365/41 (Dispõe sobre a Desapropriação por utilidade e necessidade públicas), a Lei 3.833/60 (Cria regime especial de desapropriação por utilidade pública para execução de obras no Polígono das Secas), a Lei 4.132/62 (Dispõe sobre a Desapropriação por interesse social), o Decreto-lei 1.075/70 (Regula a imissão de posse, *initio litis*, em imóveis residenciais urbanos) e a Lei Complementar 76/93 (Regula a Desapropriação para fins de reforma agrária). Tratam-se todas elas de normas federais, vez que conforme anunciado no art. 22, inciso II da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre desapropriação.

7.1 CONCEITO

¹⁶⁰Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm – acesso em 13/02/2011.

¹⁶¹ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, t.III, Buenos Aires, La Ley, 1964, pp.439-440, nota 17, *apud* FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.330.

Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.¹⁶²

Conceitua Odete Medauar o instituto da seguinte forma:

Desapropriação é a figura jurídica pela qual o poder público, necessitando de um bem para fins de interesse público, retira-o do patrimônio do proprietário, mediante prévia e justa indenização.” Acrescenta a autora: “A desapropriação atinge o caráter perpétuo do direito de propriedade, pois extingue o vínculo entre proprietário e bem, substituindo-o por uma indenização.”¹⁶³

José Afonso da Silva se pronuncia no seguinte sentido:

[...] é limitação que afeta o caráter perpétuo da propriedade, porque é meio pelo qual o Poder Público determina a transferência compulsória da propriedade particular, especialmente para o seu patrimônio ou de seus delegados, o que só pode verificar-se por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na Constituição Federal, que são as desapropriações-sanção por não estar a propriedade urbana ou rural cumprindo sua função social, quando, então, a indenização se fará mediante título da dívida pública ou da dívida agrária (arts. 182 e 184).¹⁶⁴

Citamos também, o Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, que assim define a desapropriação:

¹⁶²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 159.

¹⁶³MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 358.

¹⁶⁴SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 280.

À luz do Direito Positivo brasileiro, desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um certo bem, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real.¹⁶⁵

A precitada autora Odete Medauar ainda nos traz uma visão atual da desapropriação, quando assim se pronuncia:

Sob o ângulo do direito privado, a desapropriação representa um modo de perda da propriedade. Sob o enfoque do direito público, configura um meio de aquisição de bem público ou um instrumento de realização de atividades de interesse público, inclusive no tocante a mais justa distribuição da propriedade¹⁶⁶.

Entendemos que os conceitos tal como construídos por José Afonso da Silva e Celso Antonio Bandeira de Mello são os que mais se aproximam do instituto jurídico da desapropriação. Merece ressaltar, entretanto, que nenhum dos autores veio a incluir no conceito, que a indenização não ocorrerá quando a perda da propriedade em favor do Poder Público se der em razão de ter sido aquela meio de cultivo ilegal de plantas psicotrópicas, o que previsto expressamente no art. 243 da Constituição Federal.

Registre-se que Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁶⁷, seguido de boa parte da doutrina, explica que não considera o procedimento autorizado pelo artigo 243 da Constituição Federal como desapropriação, mas sim como confisco de bens

¹⁶⁵MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp. 865/866.

¹⁶⁶MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 359.

¹⁶⁷MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.* p. 873 (nota de rodapé).

utilizados para a prática de crime, instituto expressamente autorizado pelo art. 5º, inciso XV¹⁶⁸.

7.2 PRESSUPOSTOS

Uma vez que a desapropriação depende da declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, constituem-se referidas justificativas dos pressupostos para sua legitimidade.

A Lei 4.132 em seu artigo 2º ¹⁶⁹, expressamente elencou as hipóteses que constituem interesse social, para fins de desapropriação, tais como a construção de casas populares, utilização de áreas, locais ou bens para o desenvolvimento de atividades turísticas etc.

As situações de utilidade pública, foram arroladas no art. 5º do Decreto-lei 3365/41¹⁷⁰ de forma não taxativa, vez que na alínea “p” do aludido

¹⁶⁸ Corrija-se que o perdimento de bens está previsto no inciso XLVI, alínea “b” do artigo 5º da Constituição Federal.

¹⁶⁹BRASIL. Lei 4.132 de 10 de setembro de 1962

Art. 2º Considera-se de interesse social:

I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;

III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V - a construção de casa populares;

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas. (Incluído pela Lei nº 6.513, de 20.12.77)

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4132.htm. Acesso: 02 fev. 2011.

¹⁷⁰BRASIL. Decreto-lei 3.365 de 21 de junho de 1941.

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

a) a segurança nacional;

dispositivo legal, há previsão de ampliação do rol, mediante leis especiais.

Quanto aos casos de necessidade pública, por não ter expressa previsão legal de sua conceituação, entende a doutrina que foram fundidos nos de utilidade pública, abarcados, portanto, também pelo art. 5º do Decreto-lei 3365/41.

Em que pese a definição dada pela lei aos pressupostos da desapropriação, entendemos que a distinção entre os institutos, tal como efetuada por Seabra Fagundes¹⁷¹, citado por Odete Medauar, é de obrigatória transcrição:

A necessidade pública aparece quando a administração se encontra diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido nem procrastinado e para cuja solução é indispensável incorporar no domínio do Estado o bem particular. A utilidade pública aparece quando a utilização

-
- b) a defesa do Estado;
 - c) o socorro público em caso de calamidade;
 - d) a salubridade pública;
 - e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
 - f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
 - g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
 - h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
 - 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; (Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999)
 - j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
 - k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
 - l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;
 - m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;
 - n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;
 - o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
 - p) os demais casos previstos por leis especiais.
- Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3365.htm>.

Acesso: 03 fev. 2011.

¹⁷¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. Da desapropriação no direito constitucional brasileiro, RDA 14.p.3-4, 1948-apud, MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 13ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pp.367-368.

da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui imperativo irremovível. Haverá motivo de interesse social quando a expropriação se destine a solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes mais pobres, aos trabalhadores, à massa do povo pela melhoria nas condições de vida, pela mais equitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais.

7.3 OBJETO

Embora o presente trabalho reclame o estudo da desapropriação, como forma de intervenção na propriedade privada de imóvel, entendemos oportuno citar que a desapropriação pode incidir também sobre bens móveis, corpóreos ou incorpóreo e, públicos.

A desapropriação de propriedade é a regra, mas posse legítima ou de boa fé também é expropriável, por ter valor econômico.

Isto posto, com base no disposto expressamente no Decreto-lei 3.365/41 em seu artigo 2º.¹⁷²

No parágrafo 2º¹⁷³ do artigo 2º, do Decreto-lei 3.365/41, temos a previsão expressa da impossibilidade da expropriação de bens da União por Estados e Municípios e também de bens dos Estados por ato dos Municípios, o que

¹⁷²BRASIL. Decreto-lei 3365/41

Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3365.htm>. Acesso: 03 fev. 2011.

¹⁷³ BRASIL. Decreto-lei 3365/41

Art. 2º ...

(...)

§ 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.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3365.htm>. Acesso: 03 fev. 2011.

leva-nos a questionar a constitucionalidade do referido dispositivo, que num primeiro momento, fere a autonomia dos Estados e Municípios, ao passo que Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende a redação do dispositivo legal, assim se pronunciando:

[...]trata-se de um poder inerente à própria idéia de soberania e não poderia ser obstado por um poder de igual natureza exercido pelos Estados e Municípios dentro de suas respectivas áreas geográficas, mesmo porque tais entidades não detêm soberania, mas apenas autonomia nos termos defendidos pela Constituição [...] Os interesses definidos pela União são de abrangência muito maior, dizendo respeito a toda a nação, tendo que prevalecer sobre os interesses regionais.¹⁷⁴

Ressalte-se que a desapropriação quando envolver bem público, demandará autorização legislativa, como expressamente dispõe o supra citado enunciado.

7.4 CARACTERÍSTICAS

Trata-se a desapropriação de forma originária de aquisição da propriedade, vez que independe da vontade do seu proprietário para se concretizar, sendo que uma vez concretizada, seja judicialmente ou administrativamente, eventuais ônus reais que incidiam sobre o imóvel extinguem-se, vez que ficam sub-rogados no preço.

O instituto da desapropriação constitui-se por um procedimento administrativo de duas fases, quais sejam: a) fase declaratória (decreto), pela qual se indica a necessidade ou utilidade pública ou o interesse social e; b) fase executória, pela qual se fixa a justa indenização e transfere o bem expropriado.

A fase inicial, que se dá com a declaração da necessidade, utilidade ou interesse público do bem, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou

¹⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.171.

aos Municípios, por ato do Chefe do Executivo (Presidente da República, Governador ou Prefeito). Somente estes poderão emitir o decreto expropriatório.

No que se refere à segunda fase, onde são executadas as medidas para efetivar-se a transferência do bem ao Poder Público, a competência será além da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que autorizado por lei ou contrato, extensiva às autarquias, aos concessionários de serviço público e aos que exerçam funções delegadas, conforme se extrai do art. 3º do Dec.-Lei 3.365/41.

Outra característica da desapropriação, é a indenização, pois exceto a hipótese prevista no artigo 243 da Constituição Federal, como desapropriação sanção e sem indenização, todas as demais formas de desapropriação, seja por utilidade ou necessidade públicas, por interesse social, ou para que o imóvel venha a cumprir sua função social, são indenizáveis, embora não de forma uniforme.

Daí a razão da posição doutrinária já exposta neste trabalho, no sentido de que a medida prevista no dispositivo constitucional em questão (art. 243), não trata-se de desapropriação, vez que é característico do instituto, a indenização.

No que se refere à forma de indenização, temos que ela deve ser justa e prévia, por imposição da Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXIV e, em dinheiro, exceto nas hipóteses dos arts. 182, §4º, inciso III e 184, quando se dará mediante títulos da dívida pública, resgatáveis em até 10 e 20 anos, respectivamente.

A indenização quando se der através de processo judicial, é composta pelos seguintes elementos: a) valor do bem expropriado, com todas as suas benfeitorias; b) lucros cessantes e danos emergentes; c) juros compensatórios, em caso de ter sido ocorrido imissão provisória na posse; d) juros moratórios; e) honorários advocatícios, a serem fixados pelo Juízo sobre a diferença entre o valor ofertado pelo expropriante e o valor da indenização, acrescido dos juros moratórios e compensatórios; f) custas e despesas processuais despendidas pelo expropriado; g) correção monetária a incidir a partir do laudo de avaliação e; h)

despesa prevista no Dec. Lei 3.365/41, art. 25, parágrafo único, para o desmonte e transporte de maquinismos instalados e em funcionamento no bem desapropriado.

Já a indenização que formalizada em procedimento administrativo, e, portanto, por acordo entre as partes (conforme autoriza o art. 10 do Dec.-lei 3365/41), deverá ser apurada mediante avaliação do bem pelo Expropriante, com todas as cautelas que a utilização do erário público requer, rechaçando-se qualquer medida que venha a supervalorizar o bem.

Será a indenização prévia, quando o depósito do dinheiro ou dos títulos da dívida pública, forem efetuados antes da imissão do Poder Público (diretamente ou indiretamente – através das concessionárias, autarquias...) no bem desapropriado.

A possibilidade de imissão provisória na posse do bem objeto da declaração expropriatória, mediante alegação de urgência, é também característica da desapropriação.

Na definição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Imissão provisória de posse é a transferência da posse do bem objeto da expropriação para o expropriante, já no início da lide, concedida pelo juiz, se o Poder Público declarar urgência e depositar em juízo, em favor do proprietário, importância fixada segundo critério previsto em lei.¹⁷⁵

Alegada a urgência, terá o expropriante o prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias, para requerer a imissão provisória no bem.

O Decreto-lei 3.365/41 em seu art. 15, §1º dispõe sobre o cálculo do depósito prévio para fins da imissão provisória da posse, nas desapropriações a ele submetidas e, o Decreto-lei 1.075/70, por sua vez, em seus arts. 1º a 4º, prevê procedimento próprio, qual seja: tratando-se o bem a ser desapropriado por

¹⁷⁵MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2010, p. 882.

utilidade pública de imóvel urbano residencial, habitado pelo proprietário ou compromissário comprador, efetuado o depósito da oferta do expropriante, será o expropriado intimado para que em cinco dias impugne-a, sendo que sua omissão, ensejará a imissão provisória na posse do bem ao Poder Público. Diante de impugnação, o juiz determinará a confecção de avaliação, por perito e, do valor apurado no laudo, deverá ser depositado nos autos ao menos 50% (entre a oferta e a complementação), limitado o valor do depósito a 2.300 salários mínimos, para que se dê a imissão provisória na posse.

Odete Medauar , após apontar o que diz a legislação infra-constitucional acerca do depósito necessário à imissão provisória na posse, esclarece-nos :

No entanto, vem sendo contestada, em decisões judiciais, a constitucionalidade desses critérios, após a Constituição Federal de 1988, considerando-se que o Poder Público deverá depositar o valor apurado em avaliação prévia, ainda que se faça avaliação definitiva no decorrer do processo (STJ, REsp 33.387-1/SP, 2ª T., j. 19.04.1993).¹⁷⁶

Acrescenta Autora, lhe parecer este o melhor entendimento: “[...] assegurando-se contraditório ao expropriado, para impugnação do valor depositado ou proposto – com isso, impede-se o pagamento do preço irrisório e vil, insuficiente para ressarcir a perda da posse, que em geral, representa verdadeira perda fática da propriedade.”¹⁷⁷

7.5 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE EXPROPRIAÇÃO

Declarada a expropriação tem início a contagem do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, quando fundamentada em necessidade ou utilidade pública (art. 10 do Dec.Lei 3365/41) e 02 anos quando fundamentada em interesse social (art. 3º da Lei 4.132/62), para a propositura da ação de desapropriação ou

¹⁷⁶MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13ª ed. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.369.

¹⁷⁷ MEDAUAR, Odete. *loc. cit.*

para a efetivação da desapropriação mediante acordo, no âmbito administrativo. A caducidade da medida no que se refere à desapropriação do Decreto-Lei 3365/41, determina ao Poder Público que somente após decorrido o prazo de 01 (um) ano, venha a efetuar nova declaração expropriatória da mesma área (segunda parte do art. 10 supra mencionado).

Outro efeito da declaração expropriatória, este, porém sobre o proprietário, é que uma vez declarada a utilidade, necessidade ou interesse público do bem, as benfeitorias realizadas no bem somente serão indenizáveis se necessárias ou no caso de úteis, desde que tenha sido autorizado pelo expropriante, consoante redação do art. 26, §1º do Dec.-lei 3365/41.

7.6 DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Verifica-se a Desapropriação Indireta quando o Poder Público assume a posse do bem, sem que tenha ingressado com ação de desapropriação, ou mesmo obtido a desapropriação através de procedimento administrativo.

Na grande maioria das vezes, a Desapropriação Indireta ocorre sem que tenha sido sequer expedida a declaração da necessidade, utilidade ou interesse público do bem, pelo Poder Público, tratando-se de verdadeiro esbulho possessório.

Para obter a indenização do bem no qual se apossou o Poder Público, deverá o expropriado valer-se de ação de indenização, na qual deverá comprovar ser o proprietário do imóvel ou seu compromissário comprador.

O prazo para persecução do direito de indenização, no caso da desapropriação indireta, mediante ação judicial, é objeto de súmula do STJ, a de nº 119, que o fixou em 20 (vinte) anos, a partir do apossamento.

O parágrafo único do art. 10 do Decreto-lei 3.365/41, por sua vez, reza expressamente que o prazo é de 5 anos.

7.7 DESAPROPRIAÇÃO DO ART. 182, § 4º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Trata-se a desapropriação prevista no artigo 182, §4º, II da Constituição Federal, de instrumento conferido ao Poder Público não para uso do bem, mas sim como meio de fazer com que o imóvel urbano que não cumpre sua função social, venha a satisfazê-la.

Reza o referido dispositivo constitucional:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Verifica-se que a desapropriação de imóvel urbano que não atenda sua função social, não tem como pressuposto a utilidade pública, a necessidade pública e nem tampouco o interesse social, mas sim medida sancionatória extrema ao proprietário que quedou-se inerte na adequada utilização do imóvel, conforme normatizado pelo Plano Diretor do Município.

Diz-se ser extrema a medida, porque conforme expressamente consta no §4º do artigo 182, da Constituição Federal, supra transcrito, a desapropriação será a última medida a ser adotada, após as sucessivas de parcelamento ou edificação compulsórios e IPTU progressivo. E, por força do

disposto no art. 8º, da Lei 10.257/01¹⁷⁸, somente após cinco exercícios de progressividade na alíquota do IPTU, é que estará o imóvel suscetível à desapropriação por desatendimento da função social.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁷⁹ ressalta que será muito difícil que ocorra hipótese ensejadora desta desapropriação, pois não é de crer que o proprietário, alertado pelas medidas prévias que têm de anteceder-lá, ainda assim se mantenha inerte.

Merece destacar-se também, que referida desapropriação não enseja a obrigatória utilização direta ou indireta do bem pelo poder Público, que poderá vir até mesmo a aliená-lo, conforme disposto no artigo 8º, §5º da Lei 10.257/01, ficando sub-rogadas ao adquirente as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização do imóvel, na forma do parágrafo subsequente.

O processo judicial se processará na forma do disposto no Dec.-lei 3365/41 e, quanto à indenização, temos que embora seja medida sancionatória,

¹⁷⁸ BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001

(...)

Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

§ 2º O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

§ 3º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

§ 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

§ 5º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

§ 6º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10257.htm.

Acesso: 04 fev. 2001

¹⁷⁹ MELLO. Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.866.

referida desapropriação não exime o Poder Público de indenizar o expropriado, conforme expressamente disposto no mesmo art. 182, §4º, inciso III, supra transcrito.

7.8 DESAPROPRIAÇÃO DO ART. 184 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A desapropriação do artigo 184 da Constituição Federal, embora tenha cunho sancionatório, a incidir sobre o imóvel rural que não esteja atendendo sua função social, não deixa de ter como pressuposto a utilização do bem pelo Poder Público, movido por interesse social. Interesse esse que expressamente declarado pela própria norma que o institui, qual seja, para fins de reforma agrária.

Transcrevemos o dispositivo citado:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

A Constituição além de expressamente declarar o interesse social a ser satisfeito com a utilização da desapropriação do imóvel rural que não cumpra sua função social, ou seja, de que sirva o mesmo para a reforma agrária, expressamente conceituou a função social do imóvel rural, conforme abordamos no capítulo I, 4.3.2, deste trabalho.

O processo judicial de desapropriação segue rito próprio, estabelecido pela Lei Complementar nº 76 de 6 de julho de 1993, que permite ao expropriado contestar além do valor ofertado pelo expropriado, a razão que levou seu imóvel à desapropriação, ou seja, contestar que seu imóvel cumpre sua função social. O que a Lei expressamente menciona é que o interesse social não será objeto de apreciação judicial, conforme disposto em seu artigo 9º e portanto, qualquer contestação nesse sentido será inócua.

Quanto à indenização, a Constituição Federal expressamente garantiu tal direito ao expropriado, conforme redação do artigo 184, com pagamento mediante títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos.

Cumprido ressaltar que no artigo 185 da Constituição Federal foi expressamente declarado que a referida desapropriação não poderá incidir sobre a pequena e média propriedade rural, desde que seu proprietário não possua outra e nem sobre a propriedade produtiva, sendo que a Lei Federal 8.629/93, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, expressamente tratou dos conceitos das referidas propriedades.¹⁸⁰

¹⁸⁰ BRASIL. Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.

(...)

Art. 4º Para os efeitos desta lei, conceituam-se:

I - Imóvel Rural - o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial;

II - Pequena Propriedade - o imóvel rural:

a) de área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais;

b) (Vetado)

c) (Vetado)

III - Média Propriedade - o imóvel rural:

a) de área superior a 4 (quatro) e até 15 (quinze) módulos fiscais;

b) (Vetado)

(...)

Art. 6º Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.

§ 1º O grau de utilização da terra, para efeito do caput deste artigo, deverá ser igual ou superior a 80% (oitenta por cento), calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel.

§ 2º O grau de eficiência na exploração da terra deverá ser igual ou superior a 100% (cem por cento), e será obtido de acordo com a seguinte sistemática:

I - para os produtos vegetais, divide-se a quantidade colhida de cada produto pelos respectivos índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

II - para a exploração pecuária, divide-se o número total de Unidades Animais (UA) do rebanho, pelo índice de lotação estabelecido pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

III - a soma dos resultados obtidos na forma dos incisos I e II deste artigo, dividida pela área efetivamente utilizada e multiplicada por 100 (cem), determina o grau de eficiência na exploração.

§ 3º Considera-se efetivamente utilizadas:

I - as áreas plantadas com produtos vegetais;

II - as áreas de pastagens nativas e plantadas, observado o índice de lotação por zona de pecuária, fixado pelo Poder Executivo;

III - as áreas de exploração extrativa vegetal ou florestal, observados os índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea, e a legislação ambiental;

IV - as áreas de exploração de florestas nativas, de acordo com plano de exploração e nas condições estabelecidas pelo órgão federal competente;

V - as áreas sob processos técnicos de formação ou recuperação de

7.9 EXPROPRIAÇÃO PREVISTA PELO ART. 243 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A expropriação prevista no artigo 243 da Constituição Federal não exige qualquer indenização e o proprietário fica sujeito às penalidades previstas em lei.

O interesse do Poder Público nessa expropriação nasce do próprio texto constitucional, não conferindo ao Estado o exercício do poder discricionário para sua efetivação, vez que o interesse público e a destinação do imóvel são regradas pela própria Carta Magna que assim dispõe:

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.

Note-se, que não é o cultivo de qualquer planta psicotrópica que enseja a aludida desapropriação, mas apenas das que são consideradas ilícitas, ou seja, aquelas cujo plantio não é autorizado pelo Poder Público ou incluídas no rol do Ministério da Saúde, como de cultivo proibido.

pastagens ou de culturas permanentes, tecnicamente conduzidas e devidamente comprovadas, mediante documentação e Anotação de Responsabilidade Técnica. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

§ 4º No caso de consórcio ou intercalação de culturas, considera-se efetivamente utilizada a área total do consórcio ou intercalação.

§ 5º No caso de mais de um cultivo no ano, com um ou mais produtos, no mesmo espaço, considera-se efetivamente utilizada a maior área usada no ano considerado.

§ 6º Para os produtos que não tenham índices de rendimentos fixados, adotar-se-á a área utilizada com esses produtos, com resultado do cálculo previsto no inciso I do § 2º deste artigo.

§ 7º Não perderá a qualificação de propriedade produtiva o imóvel que, por razões de força maior, caso fortuito ou de renovação de pastagens tecnicamente conduzida, devidamente comprovados pelo órgão competente, deixar de apresentar, no ano respectivo, os graus de eficiência na exploração, exigidos para a espécie.

§ 8º São garantidos os incentivos fiscais referentes ao Imposto Territorial Rural relacionados com os graus de utilização e de eficiência na exploração, conforme o disposto no art. 49 da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8629.htm. Acesso em: 06 fev. 2011.

Ocorre que nem sempre a área integral do imóvel é utilizada para o cultivo da plantação, o que faz surgir a indagação: referida expropriação deve incidir sobre a área integral do imóvel ou somente na parte em que houve o cultivo do produto ilícito?

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 543974 / MG, ocorrido em 26/03/2009 decidiu pelo pleno, que a expropriação deverá abranger o imóvel por inteiro, conforme ementa abaixo transcrita:

RECTE.(S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RECDO.(A/S): OLIVINHO FORTUNATO DA SILVA

ADV.(A/S): TARCISIO FLORES PEREIRA

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EXPROPRIAÇÃO. GLEBAS. CULTURAS ILEGAIS. PLANTAS PSICOTRÓPICAS. ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO. LINGUAGEM DO DIREITO. LINGUAGEM JURÍDICA. ARTIGO 5º, LIV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O CHAMADO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. 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. 2. A gleba expropriada será destinada ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. 3. A linguagem jurídica corresponde à linguagem natural, de modo que é nesta, linguagem natural, que se há de buscar o significado das palavras e expressões que se compõem naquela. Cada vocábulo nela assume significado no contexto no qual inserido. O sentido de cada palavra há de ser discernido em cada caso. No seu contexto e em face das circunstâncias do caso. Não se pode atribuir à palavra qualquer sentido distinto do que ela tem em estado de dicionário, ainda que não baste a consulta aos dicionários, ignorando-se o contexto no qual ela é usada, para que esse sentido seja em cada caso discernido. A interpretação/aplicação do direito se faz não apenas a partir de elementos colhidos do texto normativo [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade [mundo do ser]. 4. O direito, qual ensinou CARLOS MAXIMILIANO, deve ser interpretado "inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva

inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis". 5. O entendimento sufragado no acórdão recorrido não pode ser acolhido, conduzindo ao absurdo de expropriar-se 150 m2 de terra rural para nesses mesmos 150 m2 assentar-se colonos, tendo em vista o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. 6. Não violação do preceito veiculado pelo artigo 5º, LIV da Constituição do Brasil e do chamado "princípio" da proporcionalidade. Ausência de "desvio de poder legislativo" Recurso extraordinário a que se dá provimento. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário. Plenário, 26.03.2009.¹⁸¹

CAPÍTULO IV

A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA INSTITUIÇÃO DE APP ADMINISTRATIVA

1 COMPETÊNCIA

Na definição de Celso Antonio Bandeira de Mello, "competência é o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos".¹⁸²

As competências fixadas pela Constituição são as atribuições de poder conferidas aos entes federados, órgãos, entidades ou agentes, para possibilitar a realização das tarefas e funções que lhes são inerentes.

O autor José Afonso da Silva sintetiza claramente a distribuição efetuada pela Constituição Federal aos entes federados da seguinte forma:

¹⁸¹ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE++543974+&base=baseAco rdaos>. Acesso: 13 fev. 2011.

¹⁸² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 144.

[...]Temos então: 1) a competência material: a) exclusiva: da União (art. 21), dos Estados, que se extrai de seus poderes remanescentes do art. 25, §1º, e dos Municípios (art. 30, III a VIII); b) comum: da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23); 2) a competência legislativa: a) privativa ou exclusiva: da União (art. 22), dos Estados (art. 25, §§ 1º e 2º) e dos Municípios (art. 30, I); b) concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24), onde a legislação da União é de normas gerais e a dos Estados e Distrito Federal de normas suplementares; c) também está prevista a legislação suplementar dos Municípios (art. 30, II).¹⁸³

A Constituição Federal repartiu competências em matéria ambiental, entre todos os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em termos gerais, União, Estados e Municípios estão, cumulativamente, autorizados a velar pelo cumprimento das normas de proteção florística, atuando nos campos da fiscalização e proteção, no pleno exercício da competência comum, estabelecida pela Constituição Federal, em seu art. 23, incisos III, VI, VII.

O Código Florestal, porém, em seu art. 22 estabelece que a competência para fiscalização da aplicação das normas nele inseridas é da União, diretamente, através do órgão executivo específico, ou em convênio com os Estados e Municípios. Entretanto, nas áreas urbanas, o poder de polícia da União é supletivo, competindo ao município exercê-lo primariamente, por força do parágrafo único do artigo supra-citado.

No que diz respeito à competência para legislar sobre matéria ambiental, citamos Fernanda Dias Menezes de Almeida, a qual aponta-nos os assuntos que somente com a vigente Constituição foram objeto de atribuição pela Carta Magna como de competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal:

¹⁸³SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional, 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.72.

[...]São eles: Direito Penitenciário; Direito Econômico; Direito Urbanístico; conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; assistência jurídica e defensoria pública.¹⁸⁴

Acrescenta a autora que o fato de não haver menção expressa aos Municípios no “*caput*” do artigo 24 da Constituição Federal, não significa que estes entes federativos estejam excluídos da partilha de competências constitucionais, assim averbando:

[...] Cabe, a propósito, interpretação sistemática com outros dispositivos do mesmo texto constitucional, dentre os quais cabe ressaltar previsões de competência legislativa em matéria de interesse local e, de competência suplementar à legislação federal e estadual, no que couber, conforme dispõe o artigo 30, incisos I e II, respectivamente.¹⁸⁵

Atentemos para o disposto no texto constitucional, em seu art. 24, inciso VI:

Art. 24 - Compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

Mais adiante, reza a Carta Magna sobre a competência dos Municípios:

Art. 30 - Compete aos municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local

¹⁸⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988, 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 125.

¹⁸⁵ *Ibidem*. p. 141

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

Verifica-se, portanto, que leis acerca do meio ambiente são de competência concorrente, o que nos leva a concluir que regras gerais serão impostas pela União, competindo aos Estados e Distrito Federal, legislar especificamente sobre aspectos que se lhe apresentem relevantes, como de interesse regional, e, aos Municípios, legislar de modo suplementar, com observância ao disposto na legislação federal e estadual.

Paulo de Bessa Antunes¹⁸⁶ traz à tona a questão da ‘prevalência da norma mais restritiva’, que considera ser “ um dos temas mais presentes e debatidos quando se trata de repartição de competências em matéria ambiental”.

Pelo instituto, quando houver conflito positivo de normas, deve aplicar-se aquela considerada mais restritiva, que sinaliza uma maior proteção ao meio ambiente.

Novamente citamos Paulo de Bessa Antunes, que, com muita propriedade, chama a atenção que o critério do mais restritivo não deve ser desassociado do legítimo, assim se pronunciando: “Pouco importa que uma lei seja mais restritiva e, apenas para argumentar, seja mais benéfica para o meio ambiente, se o ente político que a produziu não é dotado de competência para produzi-la”¹⁸⁷.

Assiste razão ao autor, pois em que pese o mandamento constitucional para que proceda o Estado a defesa e a preservação do meio ambiente, conduzir-nos ao entendimento de que a norma mais restritiva é aquela que privilegia a maior proteção ao meio ambiente, e assim, num primeiro olhar, deva prevalecer, não podemos jamais distanciarmo-nos das regras de competência impostas pela Constituição Federal.

No que se refere à APP *ope legis*, temos que a União através da

¹⁸⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006., p.88

¹⁸⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *loc. cit.*

Lei Federal que constitui o Código Florestal, em seu artigo 2º especificou as áreas mínimas a serem protegidas, em todo o território nacional¹⁸⁸.

O parágrafo único do artigo 2º (do Código Florestal), entretanto, dispôs que nas áreas urbanas (frise-se, não as de expansão urbana) e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere o artigo.

Vejamos o que diz a doutrina pátria sobre a matéria.

Hely Lopes Meirelles assim se pronuncia:

Pela primeira vez em nossa história política, a Constituição de 1988 contemplou o meio ambiente em capítulo próprio, considerando-o como *bem de uso comum do povo* e essencial à qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo e defendê-lo, para as gerações presentes e futuras (art. 225). Referindo-se a poder Público, a competência abrange os três níveis de Governo, mas a Carta distinguiu a *competência executiva comum*, que cabe a todas as entidades estatais (art. 23, VI), da *competência legislativa concorrente*, que é restrita à União, aos estados e ao Distrito Federal (art. 24, VI e VII). Aos Municípios cabe apenas suplementar a legislação federal e estadual 'no que couber' (art. 30, II), o que significa que só podem fazê-lo nos assuntos de predominante interesse local.¹⁸⁹

No dizer de Vladimir Passos Freitas:

[...] a legislação municipal que regula o uso do solo urbano deve, da mesma forma, ater-se às prescrições gerais da União, na esfera de sua competência. Por exemplo, se norma geral da União, como é o caso do Código Florestal, disciplina determinada matéria, não pode o

¹⁸⁸ Dispositivo legal transcrito no presente trabalho, Título II, 5.2.1.

¹⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 592.

Município, alegando autonomia, legislar diminuindo a restrição geral. Pode, até criar novas restrições na proteção do meio ambiente, porém não afastar as existentes na lei geral.¹⁹⁰

Celso Ribeiro Bastos assim se pronuncia:

A União fica adstrita à edição de normas gerais, embora nem sempre seja claro em que se distinguem as normas gerais das não gerais. Essa legislação da União não exclui o poder dos Estados e do Distrito Federal, suplementarmente, de disporem sobre a mesma matéria. Deve-se entender por suplementarmente o seguinte: na inexistência de lei federal os Estados e o Distrito Federal legislarão livremente, sem restrições. A sobrevinda, contudo, ou a preexistência de uma lei federal sobre a matéria só tornam válidas as disposições que não contrariem as normas gerais da União.¹⁹¹

Por fim, trazemos o pensamento de Luis Carlos Silva de Moraes:

Também por autorização constitucional, certas regras GERAIS da área urbana serão determinadas pela União, como verdadeira limitação ao conteúdo da lei municipal sobre a ordenação do solo urbano, em razão da redação do art. 21, incisos IX e XX, CF/88. Ambos os dispositivos dão um sentido de homogeneidade do desenvolvimento urbano, ou seja, atua a União na 'limitação à matéria da legislação municipal'.¹⁹²

Vejamos como a matéria tem sido tratada na jurisprudência:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AI 147111 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO - AG.REG.NO AGR. DE INSTRUMENTO. ¹⁹³

¹⁹⁰ FREITAS, Vladimir Passos de. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 70.

¹⁹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 306.

¹⁹² MORAES, Luís Carlos Silva de. Código Florestal Comentado. 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2000. p. 46

¹⁹³ Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=compet%Eancia+legislar+mat%E9ria+ambiental&base=baseAcordaos> / Acesso: 10 jan.2011

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 22/06/1993 Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Publicação DJ 13-08-1993 – PP-15678 - EMENT VOL-01712-02 PP-00253

Ementa : CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO AMBIENTAL E CONTROLE DE POLUIÇÃO. LEGISLAÇÃO CONCORRENTE: UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL. C.F., ART. 24, VI E XII. CF/67, ART. 8., XVII, "C". I. - O ART. 8., XVII, "C", CF/67, CONFERIA A UNIÃO COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE DEFESA E PROTEÇÃO DA SAÚDE, ESTABELECE O PARAGRAFO ÚNICO DO MESMO ARTIGO QUE A COMPETÊNCIA DA UNIÃO NÃO EXCLUÍA A DOS ESTADOS PARA LEGISLAR SUPLETIVAMENTE SOBRE A MATÉRIA. A CF/88 CONFERIU AOS ESTADOS E AO DISTRITO FEDERAL COMPETÊNCIA CONCORRENTE NA MATÉRIA (CF/88, ART. 24, VI E XII). II. - INOCORRENCIA DE OFENSA A CONSTITUIÇÃO PELO FATO DE O ESTADO TER EXERCIDO A SUA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SUPLETIVA. A ALEGAÇÃO NO SENTIDO DE QUE A LEGISLAÇÃO ESTADUAL TERIA ENTRADO EM TESTILHAS COM A LEI FEDERAL, LEI 6.938/81, NÃO É PROPRIA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, ESGOTANDO-SE NO ÂMBITO DO CONTENCIOSO INFRACONSTITUCIONAL, PRÓPRIO DO RECURSO ESPECIAL (CF, ART. 105, III, "B"). III. - R.E. INADMITIDO. AGRAVO IMPROVIDO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Apelação Cível n. 2001.000831-4, de Joaçaba¹⁹⁴

Relator: Volnei Carlin

Juiz Prolator: José Francio

Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Público

Data: 11/04/2002

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE - CONFLITO ENTRE LEI FEDERAL E MUNICIPAL - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONSTITUCIONAL CONCORRENTE - LEI MUNICIPAL DE CARÁTER SUPLETIVO. O Município, através de seus órgãos ambientais responsáveis, terá competência supletiva para estabelecer normas e procedimentos com vistas a adequá-los às peculiaridades locais. Ademais, qualquer ato da Administração Pública não pode ter o condão de permitir dano ao meio ambiente, que goza de proteção constitucional.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

¹⁹⁴ Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa/pesquisar.action>. Acesso : 20 jan 2011.

VOTO: 15.785

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N°. 994.09.001612-2¹⁹⁵

COMARCA: SÃO PAULO

RECTES: SINDICATO INDÚSTRIA FABRICAÇÃO ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO (SIFAESP) E OUTRO

RECDOS: PREFEITURA MUNICIPAL DE UCHOA E OUTRO

RELATOR DESIGNADO CAUDURO PADIN

JULG: 03/11/2010

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar Municipal. Proibição de queimada de cana-de-açúcar. Inconstitucionalidade. Ofensa à legislação estadual. Repartição de competência. Competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal. Atuação supletiva do Município. Excesso. Questão que não se restringe a assunto de interesse local. Ação julgada procedente.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE

VOTO N° 11.965.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 994.09.261648-7 (958.775-5/5-00) ¹⁹⁶ – SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - JUÍZA: TATIANA PEREIRA VIANA SANTOS.

AGRAVANTE: TNL PCS S/A OI.

AGRAVADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

RELATORA REGINA CAPISTRANO

JULG: 24/06/2010

EMENTA:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MEIO AMBIENTE - OBRIGAÇÃO DE FAZER – Falta de alvará de instalação e funcionamento de antena de ERB e respectiva torre, embora instada a interessada na prestação do serviço a regularizar sua atividade de forma compatível com as posturas municipais - Competência do município para legislar a respeito de assuntos de evidente interesse local - Autorizações da ANATEL que não inviabilizam a exigência de alvarás e autorizações municipais. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO MANTIDA.

Não há como negar-se a importância a que elevou a Constituição Federal, a gestão unificada ou conjunta da coisa pública, mais precisamente do

¹⁹⁵Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> / acesso em 20/01/2011

¹⁹⁶Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> . Acesso em 21/01/2011.

meio ambiente, resguardando a superlativa competência da União e protegendo-a para que as normas gerais, por ela postas e disciplinadas, em termos de parâmetros constitucionais, não fossem maculadas pelas legislações concorrente dos Estados e dos Municípios.

Quanto à APP administrativa, tal como previsto no artigo 3º do Código Florestal¹⁹⁷, incumbe ao Poder Público declará-la.

Assim, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no exercício da competência material, comum, fixada pelo art. 23, III, VI e VII da Constituição Federal, são legitimados à instituí-la.

2 FORMA

Segundo a doutrina de Paulo Afonso Leme Machado “não há um ato expressamente previsto para sua instituição, podendo ser utilizados a lei ou decreto, conforme for o tipo da área”.¹⁹⁸

Paulo de Bessa Antunes¹⁹⁹, conforme abordagem efetuada no capítulo II, item 5.2.2 deste trabalho, prevê a edição de decreto declaratório da área de preservação permanente, opinião também compartilhada por Luis Carlos Silva de Moraes, que assim sustenta:

[...]se o art. 3º faz referência ao poder Público de forma genérica, tanto o art. 49 do Código Florestal, como o art. 7º da Lei 6.938/81 indicam para a direção do Poder Executivo e seu chefe: o Presidente da República, o Governador ou o Prefeito, sendo para estes o decreto o instrumento de atuação, conforme art. 84, IV, da CF/88.²⁰⁰

Trazemos à colação lei do Município de Niterói-RJ e decreto do

¹⁹⁷ Vide Capítulo II, 5.2.2.

¹⁹⁸ MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 16ª ed. São Paulo:Malheiros Editores,2008. p. 739

¹⁹⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 9ª ed.Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006, p. 527

²⁰⁰ MORAES, Luís Carlos Silva de. Código Florestal Comentado. 2ª ed. São Paulo:Editora Atlas,2000. p.51

Município de Vitória - ES, que ilustram a diversidade com que a matéria é tratada.

Lei Orgânica do Município de Niterói - RJ²⁰¹

Art. 323 - São declaradas áreas de preservação permanente a serem definidas por lei, como de uso comum do povo de Niterói:

I - a Serra da Tiririca;

II - as serras Grande, do Malheiro e do Cantagalo;

III - as Praias de Adão e Eva e do Sossego;

IV - a laguna de Piratininga, com alinhamento de orla estabelecido pelo Decreto Estadual nº 7.5657 de 19 de setembro de 1984, e respectivo sistema fluvial contribuinte;

V - a laguna de Itaipu, com alinhamento de orla estabelecida em Lei, e respectivo sistema fluvial contribuinte;

VI - a Ilha da Boa Viagem;

VII - a Duna Grande de Itapu;

VIII - a Estação ecológica Parque da Cidade e o Morro da Viração;

IX - o Morro das Andorinhas;

X - outras que assim vierem a ser declaradas pelo Poder Público.

Decreto 9017/93 do Município de Vitória – ES²⁰²

Art. 1º. Fica declarada de preservação permanente a vegetação natural soituada no imóvel de propriedade de S.A. Curtume Capixaba, situado na Avenida Fernando Ferrari, 1358 – Goiabeiras, ocupado uma área de 2.489,00 m², tendo início a sua demarcação (...).

Art. 2º. Fica proibida a supressão total ou parcial da vegetação desta área, cabendo à Prefeitura Municipal de Vitória zelar pela fiel execução deste Decreto, dentro dos limites de sua competência.

A redação do artigo 3º da Lei 4.771/65 é a nosso ver, indicadora da necessidade de edição de decreto declaratório, que venha pormenorizar e individualizar a área sobre a qual incidirá a extensão da APP.

²⁰¹Disponível em:

<http://urbanismo.niteroi.rj.gov.br/legis/LinkedDocuments/LEI%20ORGANICA%20%20NITEROI%20atualizada%20em%202005.pdf> . Acesso: 20 fev. 2011

²⁰²Disponível em: <http://sistemas.vitoria.es.gov.br/webleis/resultado.cfm> . Acesso em 20 fev.2011.

3 NATUREZA JURÍDICA

A identificação da natureza jurídica da APP instituída por ato do Poder Público é imprescindível para o alcance do tema de fundo deste trabalho, pois uma vez identificado o instituto jurídico proveniente do ato do Estado, passa-se à análise das suas características e sua real compatibilidade ou não, com a indenização.

3.1 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Para José Afonso da Silva, “A natureza jurídica da área de preservação permanente não é de simples restrição imposta pelo Poder Público, mas decorre de sua própria situação, de sua própria qualificação natural.”²⁰³

Acrescenta ainda o autor, que a qualifica como restrição co-natural à existência da floresta:

A retenção das árvores por acidente físico do terreno não é uma servidão, com o são, por exemplo, as servidões de caminho. Não é uma restrição subjetiva, criada pelo Homem, ao direito de propriedade, como as servidões jurídicas. É uma interdição natural do solo, como é a interdição de plantar em penhascos, de utilizar área alagadiça.²⁰⁴

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Osny Duarte Pereira, citado por José Afonso da Silva defende:

As restrições impostas pelo Código Florestal, relativas ao corte de árvores, consideradas necessárias ou intangíveis, não constituem ofensa ao direito de propriedade. Quem compra um terreno à margem de cursos d'água, nas nascentes, nas margens de estradas e onde mais existam matas protetoras já o adquiriu com aquela

²⁰³ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.174

²⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *loc. cit.*

restrição, porque ao adquirir já ali estavam as montanhas e demais acidentes da natureza que exigiam a complementação de permanência da floresta.²⁰⁵

Uma vez que defendemos tratar-se APP instituída por ato do Poder Público, reflexo do exercício de sua competência discricionária, não compactuamos com a doutrina de José Afonso da Silva e Osny Duarte Ferreira, que vêem sua instituição como consequência natural. É inegável que ao instituí-la cria o Estado relação jurídica, quando intervém na propriedade privada e não simplesmente oficializa situação pretérita.

Guilherme José Purvin de Figueiredo identifica a APP como limitação administrativa, a qual consiste em sua imodificabilidade²⁰⁶, não dispensando tratamento diferente entre a natureza jurídica da APP *ope legis* e a APP aqui tratada.

No mesmo sentido, Paulo Affonso Leme Machado, que assim se pronuncia:

Os Estados brasileiros, na sua expressiva maioria, optaram por apontar claramente em suas respectivas constituições, espaços territoriais e seus componentes que denominam “áreas de preservação permanente”. Esses espaços podem estar no domínio público ou no domínio privado. Limitam constitucionalmente o direito de propriedade (art. 170, VI da CF). Assim, não há necessidade de ser desapropriada a área de preservação permanente, pois a mesma não inviabiliza totalmente o exercício do direito de propriedade.²⁰⁷

Paulo de Bessa Antunes defende que a instituição da referida APP trata-se de ato administrativo, que não estabelece novas áreas de preservação permanente, vez que as áreas suscetíveis da declaração, já são consideradas

²⁰⁵PEREIRA, Osny Duarte. In, RDA 64/184 *apud* SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional, 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.174

²⁰⁶FIGUEIREDO, José Guilherme Purvin de. A Propriedade no Direito Ambiental. 1ª ed., Rio de Janeiro: ADCOAS, 2004. p.214

²⁰⁷MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 16ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.735.

protegidas desde a edição do Código Florestal, limitando-se o Poder Público a identificá-la, demarcá-la e protegê-la, afirmando o autor: “ao Poder Público não restará outra alternativa diferente da de expedir o decreto declaratório da área de preservação permanente (...) Não há, portanto, a constituição de nenhum direito *ex-novo*.”²⁰⁸

O entendimento do autor acompanha a maioria da doutrina no sentido de tratar-se a APP em questão, de limitação administrativa, merecendo destaque que a seu ver a limitação foi imposta pelo próprio Código Florestal, competindo ao Poder Público a mera individualização da área.

A posição de Luís Carlos Silva de Moraes²⁰⁹, é no sentido de que se tratam de limitações administrativas, assim como as previstas no art. 2º da Lei (as APPs *ope legis*), apontando que a diferença entre as previsões daquele (art. 2º) e deste artigo (3º) concentra-se, basicamente, na forma de se encontrar onde sejam aplicáveis, assim enquanto que nas APPs *ope legis* a estrutura geológica e vegetal faz presumir a prevenção à erosão e à desertificação, nas APPs por ato do Poder Público é necessária a expedição de ato do Poder Público, mas pelos mesmos motivos fáticos.

Entretanto, o autor ao comentar as APPs instituídas por força do disposto nas alíneas “c” *usque* “h”, as vê como restrições administrativas absolutas, assim se pronunciando:

Se o que se quer proteger é a flora ameaçada de extinção, bem como sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico, não sendo possível a compatibilização com atividades econômicas dentro da área, o caminho correto do Poder Público seria a desapropriação ou tombamento, conforme o caso concreto, por colidir com princípios constitucionais, tais como propriedade, função social e livre iniciativa que, na forma da lei, limitam o poder de

²⁰⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental, 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. pp. 526-527.

²⁰⁹ MORAES, Luís Carlos Silva de. Código Florestal Comentado. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p.50.

polícia.²¹⁰

Não concordamos com os posicionamentos no sentido de constituir a APP por ato do Poder Público mera limitação administrativa, pela simples razão de que não há compatibilidade entre uma e outra. Isto posto vez que declarada a APP, não é conferido ao particular a utilização da área preservada, segundo delimitação do perfil da propriedade, regradada pelo Poder Público em caráter geral. É de fato e de direito, lhe extraído o direito de utilização da referida área para qualquer fim, que não seja o singelo acesso para obtenção de água, conforme expressamente reza o §7º, do art. 4º da Lei 4.771/65.

Quanto à questão proposta por Luís Carlos Silva Moraes, ao considerar determinadas APPs instituídas por ato do Poder Público como restrições absolutas ao exercício do direito de propriedade, e apontar outros instrumentos jurídicos para o alcance da preservação do meio ambiente, temos que referido posicionamento só vem a reforçar nosso entendimento de constituir-se a sua instituição ato discricionário, sendo que diante da extensão que se pretende dar à preservação, pode revelar-se mais apropriada não a declaração da APP, mas a desapropriação da área, assumindo o Estado não só o direito de uso da área, mas, também, seu domínio.

Hely Lopes Meirelles em análise de fato concreto, que registra a intervenção do Poder Público sobre a propriedade particular, para o fim de preservação do meio ambiente, assim manifestou-se:

Vê-se, portanto, que só são limitações gratuitas as de ordem geral, que não impedem a utilização da coisa segundo a sua destinação natural, nem aniquilam a propriedade. No caso em exame, a proibição de desmatamento total imposto à propriedade do consulente não é geral (só atinge determinadas propriedades do Vale do Paraíba), impede a utilização natural das matas (corte, extração da madeira) e despe a propriedade de seu valor

²¹⁰MORAES, Luís Carlos Silva de. Código Florestal Comentado. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p.57.

econômico, transformando-a em coisa fora do comércio. Restrição dessa ordem, sem indenização, não é mera limitação administrativa, é interdição da propriedade, equivalente a confisco, vedado pela Constituição da República (art. 153, §11).²¹¹

Ao abordarmos as formas de intervenção do Estado sobre a propriedade privada, no Capítulo III do presente trabalho, destacamos especificamente no item 3.3 a distinção entre a servidão administrativa e a limitação administrativa, citando na ocasião os ensinamentos do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, que elucida-nos ser ponto forte da diferenciação entre uma e outra, que: “enquanto por meio das limitações, o uso da propriedade ou da liberdade é condicionado pela Administração para que se mantenha dentro da esfera correspondente ao desenho legal do direito, na servidão há um verdadeiro sacrifício, conquanto parcial, do direito”.²¹²

Nosso entendimento acerca da natureza jurídica da APP foi construído sob considerável influência dos dois autores supra citados.

Defendemos assim, tratar-se a APP administrativa de servidão administrativa, vez que advém de ato discricionário do Poder Público, que individualiza o bem, causando sacrifício ao direito de propriedade, vez que extrai do proprietário, o direito de uso da referida área, em nome do interesse público.

É incontestável que a área atingida por uma APP não mais se presta para utilização pelo proprietário, sendo que quem passa a usá-la, gozando do seu proveito é a sociedade em geral, para os seguintes fins: para que seja atenuada a erosão das terras, para que dunas não sejam dissolvidas, para que se formem faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias, para que se utilize da área como defesa do território nacional, para que sejam protegidos sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico, para que sejam asilados exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção – assegurando o conhecimento das espécies pela geração vindoura –, para que seja mantido

²¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Estudos e Pareceres de Direito Público, v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. pp 166-167

²¹² Vide nota 125.

ambiente necessário à vida das populações silvícolas e, para assegurar-se condições de bem-estar público.

Retira-se do particular o direito de usar seu patrimônio, sem, contudo, retirar-lhe o domínio, para que a sociedade em geral, por sua vez, usufrua dos benefícios decorrentes da inutilização pelo particular, promovendo com isso a preservação da área, que é a real finalidade pública perseguida.

3.2 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência dominante é no sentido de que a Área de Preservação Permanente constitui-se limitação administrativa, o que podemos verificar no teor dos acórdãos trazidos à colação, no intuito de ilustrar o posicionamento da jurisprudência no tocante à indenização da APP, tema a seguir estudado, para cuja leitura remetemos.

4. DIREITO À INDENIZAÇÃO

4.1 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Da doutrina de José Afonso da Silva e Osny Duarte Pereira²¹³, segundo os quais a instituição da APP administrativa é consequência da natureza e não criação do Homem, não é possível extrair-se qualquer direito à indenização.

Osny Duarte Pereira, citado por José Afonso da Silva, averba:

Não há, pois, o que indenizar. Indeniza-se um prejuízo, um corte injusto num direito legítimo. Uma restrição imposta pelo Estado, em favor de terceiros. Exigir reparação civil, por manutenção de matas evidentemente protetoras, é o mesmo que pedir ao Poder Público recompensa pelas áreas perdidas com montes inaproveitáveis, lagoas e banhados, areais, pedreiras etc.²¹⁴

²¹³ Vide notas 203 e 205.

²¹⁴ PEREIRA, Osny Duarte. In, RDA 64/184 apud, SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.174.

Paulo de Bessa Antunes²¹⁵ ao defender que a instituição da APP aqui tratada não constitui nenhum direito “ex novo”, vez que não cria limitação maior do que a já implantada pelo Código Florestal, limitando-se o Poder Público a tão somente identificá-las e demarcá-las, faz transparecer seu entendimento no sentido de que não decorre da referida limitação direito de indenização.

Guilherme José Purvin Figueiredo, embora defensor de que a APP em questão trate-se de limitação administrativa, no que se refere à possibilidade de indenização, faz citação à autora Márcia Dieguez Leuzinger de quem compartilha a opinião, no seguinte sentido :

[...] atos de criação de unidades de conservação ‘em que existe uma total interdição de utilização da área pelo proprietário, constituiriam a imposição de limites externos ao direito, sendo devida a respectiva indenização em virtude do esvaziamento completo de seu conteúdo mínimo’. O direito à indenização, aqui, não decorre de suposto afastamento do princípio da função social da propriedade, mas do fato de estarmos diante de hipótese de intervenção do Poder Público na propriedade com intensidade tamanha que só pode realizar-se mediante desapropriação do bem.²¹⁶

Acrescenta ainda o autor que, “imposições legais de caráter ambiental ou urbanístico que não resultem em vedação de acesso ao imóvel ou obriguem o proprietário a, por exemplo, suportar visita pública em sua propriedade, não são indenizáveis, eis que não aniquilam por completo o direito de propriedade”.²¹⁷

Luís Carlos de Moraes segue a mesma linha de Guilherme José Purvin de Figueiredo, no que tange à indenizabilidade da limitação administrativa

²¹⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental, 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. pp. 526-527.

²¹⁶ LEUZINGER, Márcia Dieguez. Meio Ambiente: propriedade e repartição constitucional de competências. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002, p.79, apud, FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin, A Propriedade no Direito Ambiental, 1ª ed., ADCOAS, 2004, p. 102.

²¹⁷ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A Propriedade no Direito Ambiental. 1ª ed. Rio de Janeiro: ADCOAS, 2004. p. 102.

promovida pela APP, admitindo-a nos seguintes termos: “Se, no exercício da soberania, é necessário bem do particular, possível e legal obtê-lo. Contudo, a apreciação patrimonial deste não pode ser lesada, posto que tal apreciação constitui patrimônio, ou seja propriedade privada.”²¹⁸

Paulo Afonso Leme Machado, também defensor da natureza jurídica da APP como própria de limitação administrativa, não vê, por sua vez, a indenizabilidade como consequência do ato, assim se pronunciando:

É um ônus social a restrição de ser conservado esse ou aquele bem (por exemplo: uma duna, uma restinga etc.), limitando-se, por exemplo, o direito de construir. Mas outros direitos (por exemplo, o de colher os frutos) persistem. De outro lado, diante da generalidade da limitação ao direito de propriedade, a mesma não é indenizável, sendo, portanto, gratuita.²¹⁹

É consequência do nosso posicionamento, no sentido de atribuir à APP instituída por ato do Poder Público natureza jurídica de servidão administrativa, a compatibilidade do instituto com a indenização.

Consignamos ter influenciado nosso posicionamento o ensinamento do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, registrado neste trabalho quando do estudo das servidões administrativas (capítulo IV, item 3.5), que ao citar exemplo prático acerca do tema “servidão administrativa e o direito à indenização”, destacou:

Suponha-se que alguém adquira uma fazenda e intente fornecer madeira, ou aproveitá-la industrialmente, dada a existência de numerosas árvores. Se as florestas em questão vierem a ser declaradas reservas do Estado, há um agravamento manifesto na esfera patrimonial do proprietário atingido. Em nome do princípio da “igualdade dos ônus dos administrados em face do Estado”, cabe indenização. A entender-se de outro modo, alguns seriam forçados

²¹⁸ MORAES, Luís Carlos de. Código Florestal Comentado. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p.35.

²¹⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. p.735.

a suportar desproporcionalmente ônus estabelecidos em nome do interesse de todos, no que estaria ferido o princípio constitucional da isonomia.²²⁰

Defendemos assim, que o dever imposto ao proprietário de suportar a serviniência de seu patrimônio ao interesse público, através da instituição da APP administrativa, em detrimento de seu interesse individual, por si só torna legítima a necessidade da contraprestação pelo Estado, garantindo-se o princípio constitucional da supremacia do interesse público, sem contudo, sacrificar o direito fundamental constitucional, da propriedade.

Não rechaçamos, entretanto, situações que ensejarão indenizações ínfimas, considerando-se a pequena proporção de área atingida pelo ato da declaração, e até mesmo a real condição física da área atingida, mas isso é questão a ser resolvida por vezes amigavelmente, entre o Poder Público e o particular, de acordo com o direito administrativo e sempre judicialmente, por força do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

E por fim, fazendo-se necessária a postulação em juízo do direito de indenização, decorrente da instituição da servidão administrativa mediante a declaração da APP pelo Poder Público, o prazo prescricional para a ação será o mesmo atribuído à ação indenizatória por desapropriação indireta, que segundo redação da Súmula 119 do Superior Tribunal de Justiça, é de 20 (vinte) anos.

Firmamos entendimento nesse sentido, pela análise do contido no Dec.-Lei 3.365/41, que em seu art. 40 expressamente impõe a aplicação da Lei de desapropriação para os casos de servidão administrativa.

Se o próprio legislador reconheceu a igualdade de tratamento que deverá ser dado aos institutos da desapropriação e servidão, no que se refere à declaração, processamento e indenização, que se aplique sobre ambos os institutos a mesma regra quanto ao prazo prescricional, para persecução dos direitos.

²²⁰Vide nota 131.

Decisão recente do STJ corrobora nosso entendimento, mais precisamente o Resp. 1.079.308-RS, conforme abaixo transcrito:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.079.308 - RS (2008/0171887-4)²²¹

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE : RIO GRANDE ENERGIA S/A

RECORRIDO : JOÃO JOSÉ KLIDZIO E OUTRO

DECISÃO: 13/05/2010

DECISÃO: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, A DA CF/1988. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. SERVIDÃO DE PASSAGEM DE ELETRODUTO. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. SÚMULA 119/STJ. DANO CONFIGURADO. OFENSA DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. "As servidões administrativas, em regra, decorrem diretamente da lei (independentemente de qualquer ato jurídico, unilateral ou bilateral) ou constituem-se por acordo (precedido de ato declaratório de utilidade pública) ou por sentença judicial (quando não haja acordo ou quando adquiridas por usucapião). Não observadas as formalidades necessárias à implementação da servidão administrativa (Decreto de declaração de utilidade pública) , em atenção ao princípio da eficiência e da continuidade do serviço público, deve ser mantida a servidão, com a indenização correspondente à justa reparação dos prejuízos e das restrições ao uso do imóvel, como ocorre com a desapropriação indireta"(REsp 857.596/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/05/2008, DJe 19/05/2008). 2. Dessa sorte, o prazo prescricional na hipótese *sub examine* é vintenário, não se aplicando o lapso quinquenal estabelecido pelo Decreto nº 20.910 de 06 de janeiro de 1932. Aplicação do Enunciado n.º 119, da Súmula do STJ, *verbis*: "A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos". Precedente: REsp 264.001/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 05/09/2000, DJ 16/10/2000 p. 294. 3. Sob esse enfoque, concluiu com acerto o aresto hostilizado ao assentar que *"a inicial aponta o ano de 1984 como aquele em que ocorreu o desapossamento, afirmação não refutada nas contestações da apelante e da CEEE, excluída da lide, ausente, do mesmo modo, prova em sentido contrário. De outra banda, não se cogita de desapropriação direta, pelo que irrelevante a data em que expedido o decreto que instituiu a servidão administrativa. Da mesma forma, sem nenhum fomento jurídico a alegação de que*

²²¹ Disponível em:

ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON%3Fseq%3D10011016%26formato%3DPDF+RE+1.079.308+RS&hl / Acesso em 10/02/2011.

não há dano a ser indenizado, considerando que a instituição de servidão administrativa implica, sabidamente, restrição ao direito de propriedade, e que deve ser reparado"(fls. 672). 4. Inexiste ofensa do artigo 535, do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, mercê de o magistrado não estar obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 5. Recurso Especial a que se nega provimento (CPC, art. 557, caput).

4.2 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 1995, por decisão exarada no Recurso Extraordinário 134297-8, posicionou-se no sentido de que o proprietário que teve seu terreno atingido por alguma limitação administrativa de cunho ambiental, a qual veio a impedir-lhe e dificultar-lhe a exploração econômica de sua propriedade, deve sim ser indenizado pelo Poder Público.

RE 134297-8 / SP - SÃO PAULO²²²

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 13/06/1995 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação DJ 22-09-1995 PP-30597

RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDOS: PAULO FERREIRA RAMOS E CONJUGE

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ESTAÇÃO ECOLÓGICA - RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR - PATRIMÔNIO NACIONAL (CF, ART. 225, PAR.4.) - **LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - DIREITO DO PROPRIETÁRIO A INDENIZAÇÃO** - DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR - RE NÃO CONHECIDO. - Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos

²²² Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=esta%E7%E3o+ecologica&base=baseAcordaos>. Acesso: 20 fev.2011

imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública. - A proteção jurídica dispensada as coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o *dominus* venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público.**

Precedentes. - A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si - considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade -, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário. - A norma inscrita no ART.225, PAR.4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5., XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente a compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis a atividade estatal. O preceito consubstanciado no ART.225, PAR. 4., da Carta da Republica, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias a preservação ambiental. - A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5., XXII). **Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus*, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, PAR. 4., da Constituição.** - Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico

direito de terceira geração (CF, art. 225, caput).(g.n.)

Em que pese versar a decisão sobre a indenizabilidade de uma Estação Ecológica, e não propriamente de uma APP, entendemos que seu fundamento é composto por argumentos proveitosos ao presente trabalho, vez que demonstram o posicionamento do STF no sentido de que é dever do Estado a indenização quando o atingimento do bem do particular – ainda que assentado no dever do Estado de assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – se der no conteúdo econômico.

Já no Julgamento do AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.220.762 - RJ (2009/0114595-4), do Superior Tribunal de Justiça, a questão da APP foi especificamente abordada.

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.220.762 - RJ (2009/0114595-4)²²³

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE CABO FRIO

AGRAVADO : MARIO LOURENÇO PORTUGAL – ESPÓLIO REPR. POR : MARITA ALVERDE FERREIRA PORTUGAL – INVENTARIANTE

JULG.: 17/08/2010

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. **ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE**. Esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade. Limitações administrativas específicas mais amplas que as de caráter geral. Matéria pacificada no âmbito da primeira seção. Decisão monocrática fundamentada em jurisprudência do STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte Superior entende que é indevida qualquer indenização em favor dos proprietários dos terrenos em área de preservação permanente, salvo se comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes. 2. In casu, o Tribunal a quo fixou expressamente que foram os decretos municipais os atos que realmente esvaziaram o conteúdo econômico da propriedade. Portanto, comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes, cabe a indenização em favor dos proprietários dos terrenos em área de preservação permanente. 3. A decisão

²²³Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901145954&dt_publicacao=20/09/2010. Acesso em 21/02/2011.

monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma. 4. Agravo regimental não provido.

(...)

Trata-se de agravo regimental (fls. 456/459) interposto contra decisão monocrática (fls.444/448) assim ementada: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ESVAZIAMENTO DO CONTEÚDO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS ESPECÍFICAS MAIS AMPLAS QUE AS DE CARÁTER GERAL. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DA PRIMEIRA SEÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO. A parte agravante insiste na tese de que é indevida qualquer indenização em favor dos proprietários de área de preservação permanente e que não há necessidade de reexame de prova, no deslinde da questão. É o relatório. VOTO. O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Não assiste razão à parte agravante. A decisão agravada encontra-se de acordo com a orientação desta Superior Corte a respeito da controvérsia, devendo, por isso, ser mantida. E, para melhor entendimento da discussão, transcrevo os termos em que foi prolatada: Trata-se de agravo de instrumento, com fulcro nos arts. 544 e seguintes do CPC, contra decisão que negou seguimento ao recurso especial (fls. 431/433). O Tribunal a quo prolatou acórdão, nos seguintes termos (fl. 367/382): Administrativo. Ambiental. Município de Cabo Frio. Localidade com presença de dunas e vegetação fixadora. Área de Preservação Permanente, conforme legislação federal e local. Cláusula “non aedificandi” instituída por decreto municipal. Criação, também, de Parque Municipal sem a devida desapropriação, em desconformidade com a Lei 9.985/2000. Alegada “desapropriação indireta”. Mero dever de indenizar decorrente de limitação administrativa que esvazia a propriedade. Discussão terminológica irrelevante na espécie. Embora não tenha se caracterizado, propriamente, a desapropriação indireta, tal qual concebida pela jurisprudência, se a limitação administrativa e a criação do “Parque Municipal das Dunas” esvaziam por completo o conteúdo econômico do imóvel, cabe à municipalidade indenizar o proprietário pelo prejuízo suportado. Recurso desprovido. Sentença mantida em reexame necessário. Área de Preservação Permanente prévia e genericamente considerada pela legislação federal (dunas e vegetação fixadora). Alegação de que o ato municipal apenas ratificara disposições ambientais anteriores. Improcedência do argumento. **A APP não colide, de forma automática e absoluta, com a exploração econômica do imóvel nela inserida, o que pode incluir até mesmo o direito de construir, desde que respeitados os regulamentos competentes.** Espécie em que a municipalidade, concretamente, impediu qualquer construção e, à revelia da lei

federal de regência, criou Parque Municipal sem o devido procedimento expropriatório. Contra tal ato decisório foram opostos embargos de declaração, rejeitados em decisão com ementa a seguir transcrita (fls. 390/393): Embargos de Declaração. Inexistindo no acórdão omissão, impõe-se o improvemento dos embargos. A parte agravante, em sede de recurso especial (fls. 407/415), indicou violação dos arts. 165, 458, II, 437 e 535, II, do CPC; art. 3º da Lei n. 4.771/65; art. 3º da Lei n. 7.661/88; arts. 2º e 4º da Lei n. 7.803/89; e art. 103, § 2º, do Decreto-Lei n. 9.760/46. Argumenta que, por ser a área expropriada caracterizada como de proteção permanente (dunas e vegetação fixadora), não poderia incidir indenização. É o relatório. Passo a decidir. Não prospera o agravo de instrumento. Esta Corte Superior entende que é indevida qualquer indenização em favor dos proprietários dos terrenos em área de preservação permanente, salvo se comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes. **Nesse sentido: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DECRETO ESTADUAL 10.251/77. CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. Esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade. Indenização indevida. Limitações administrativas de caráter geral. Matéria pacificada no âmbito da primeira seção.** 1. Para que fique caracterizada a desapropriação indireta, exige-se que o Estado assuma a posse efetiva de determinando bem, destinando-o à utilização pública, o que não ocorreu na hipótese dos autos, visto que a posse dos autores permaneceu íntegra, mesmo após a edição do Decreto Estadual 10.251/77, que criou o Parque Estadual da Serra do Mar. 2. A criação do Parque Estadual da Serra do Mar, por intermédio do Decreto Estadual 10.251/77, do Estado de São Paulo, não acrescentou nenhuma limitação às previamente estabelecidas em outros atos normativos (Código Florestal, Lei do Parcelamento do Solo Urbano etc), os quais, à época da edição do referido decreto, já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade. Precedentes. 3. Daí se conclui que é indevida qualquer indenização em favor dos proprietários dos terrenos atingidos pelo ato administrativo em questão, salvo se comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes. 4. Ademais, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos REsp 254.246/SP (Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJ de 12.3.2007), firmou o entendimento de que: (a) "se, quando da realização do negócio jurídico relativo a compra e venda de imóvel, já incidiam restrições administrativas decorrentes dos Decretos ns. 10.251/77 e 19.448/82, editados pelo Estado de São Paulo, subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame"; (b) "não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a

parte, conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido imóvel que sabidamente deveria ser utilizado com respeito às restrições anteriormente impostas pela legislação estadual". 5. Na hipótese, conforme consta dos autos, os autores adquiriram a propriedade do imóvel em data posterior à limitação administrativa. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 769405/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16.4.2010) PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. COBERTURA FLORÍSTICA. RESERVA LEGAL OU PRESERVAÇÃO PERMANENTE. OBSCURIDADE QUANTO À CLASSIFICAÇÃO DA ÁREA INDENIZADA. 1. Hipótese em que o juiz de primeira instância, apesar de inexistir exploração da área, resolveu fixar indenização por "lucros cessantes" no que se refere à cobertura florística. Diante da divergência sobre o valor das matas localizadas em Área de Preservação Permanente e Reserva Legal, o magistrado decidiu pela metade da indenização (50% do valor que as matas teriam sem as restrições legais). 2. O acórdão recorrido manteve a sentença de maneira obscura, pois confundiu os conceitos de Área de Preservação Permanente e de Reserva Legal. Referiu-se àquela como a correspondente a 20% da área total do imóvel, nos termos do art. 16 do Código Florestal. 3. O Estado, em seus aclaratórios, apontou a obscuridade, pois o mencionado dispositivo legal veda expressamente a exploração das Áreas de Preservação Permanente. Ademais, os 20% referem-se à Reserva Legal (e não à Área de Preservação Permanente), na redação do dispositivo anterior à MP 2.166-67/2001. **4. É firme a jurisprudência do STJ sobre a inindenizabilidade, como regra, das Áreas de Preservação Permanente, já que não passíveis de exploração econômica direta.** Por sua vez, a Reserva Legal, onde se encontra vedado o corte raso da vegetação nativa, não pode ser indenizada como se fosse terra de livre exploração econômica. Cabe, nesse caso, ao proprietário provar o uso lícito. 5. O esclarecimento é essencial para a pretensão do Estado, pois não há como compreender a que se refere a indenização das florestas (Área de Preservação Permanente ou de Reserva Legal), considerando que o montante indenizatório fixado pelo juiz de origem e mantido pelo TJ é composto de 96% pelo valor da cobertura florística. Ofensa ao art. 535 do CPC. 6. Romano Guerra e outros também opuseram aclaratórios e pediram esclarecimento a respeito da mesma questão (os 50% indenizatórios sobre as florestas), ainda que sua pretensão seja oposta (majoração da indenização). 7. Recursos Especiais do Estado de São Paulo e de Romano Guerra e outros providos. Recurso Especial do Clube de Campo Caça e Pesca do Guaraú prejudicado. (REsp 146.356/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 15.12.2009) DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. IMÓVEL SITUADO NA ESTAÇÃO ECOLÓGICA JURÉIA-ITATINS. INDENIZAÇÃO PELA COBERTURA

FLORÍSTICA. IMPOSSIBILIDADE. **ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. IMPOSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA** ANTERIOR AO DECRETO EXPROPRIATÓRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PREMATURO. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. 1. A indenização pela cobertura vegetal de imóvel desapropriado revela-se indevida quando, anteriormente à mencionada desapropriação, sua exploração econômica já se encontrava impossibilitada, salvo comprovação pelo proprietário, mediante o ajuizamento de ação própria, no sentido de que o mencionado decreto acarretou limitação administrativa mais extensa do que aquelas já existentes à época da sua edição. 2. A criação da "Estação Ecológica Juréia-Itatins", por intermédio de decreto estadual, segundo orientação firmada por esta e. Corte, não acrescentou qualquer limitação àquelas preexistentes, engendradas em outros atos normativos (Código Florestal, Lei do Parcelamento do Solo Urbano), que já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade. Precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp 784.106/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 22/03/2007; REsp 503.418/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 07/03/2007; REsp 595.748/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJ 17/08/2006) 3. Restou assentado no v. aresto hostilizado que: Mesmo antes da implantação da Estação Ecológica de Juréia-Itatins, os expropriados, por força do Código Florestal, já não podiam usufruir em sua integralidade da área objeto da ação, posto que considerada de preservação permanente. De fato, as florestas e demais formas de vegetação natural, localizadas ao longo dos cursos e reservatórios de água, nas elevações, nas encostas, nas restingas, nas bordas de tabuleiros ou chapadas, nas altitudes acima de 1.800 metros, encontram-se protegidas e não podem ser utilizadas, porque submetidas a regime de preservação, conforme art. 2º, do Código Florestal (Lei n. 4.771/65), em seu art. 2. **Isso equivale a dizer que já existia, anteriormente, por introdução do Código Florestal, clara limitação administrativa (...)**" (fls. 1.983). 4. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC. 5. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 6. O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo Tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal. Precedente da Corte Especial: REsp 776265/SC, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, julgado em 18.04.2007, DJ 06.08.2007. 7.

In casu, o recurso especial interposto pelo recorrente Estadual revela-se extemporâneo, vez que o acórdão dos embargos de declaração opostos pela ora recorrida foi publicado em 09.11.2004 (fl.2000) e o Recurso Especial protocolizado em 05.07.2004 (fl. 2014), sem que houvesse reiteração após a publicação do acórdão. 8. Agravos regimentais desprovidos. (AgRg no REsp 873.179/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29.6.2009). O Tribunal a quo fixou expressamente que foram os decretos municipais os atos que realmente esvaziaram o conteúdo econômico da propriedade. Vejam-se trechos do acórdão recorrido (fls. 372/373): Diante dessas considerações, exsurge a indagação que consubstancia a tese de defesa: os decretos municipais foram determinantes para o esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade dos autores ou apenas reiteraram comandos normativos anteriores, inclusive federais? E a conclusão a que se chega, observando-se a legislação específica, é a de que foram efetivamente os atos municipais os causadores dos prejuízos suportados pelo autor, senão vejamos. (...) O Decreto nº 1.890/93, da Prefeitura Municipal, considerou Área de Preservação Permanente diversos lotes – dentre eles o do autor – e, no mesmo ato, criou o “Parque das Dunas”, correspondendo àquela área; depois, o Decreto nº 1.902/93 declarou-a non aedificandi. Não prospera o argumento fazendário de que a limitação administrativa imposta nada mais fez que reiterar comandos federais que até eram anteriores. **Primeiramente, saliente-se que a Área de Preservação Permanente não colide, de forma automática e absoluta, com a exploração econômica do imóvel nela inserido, o que pode incluir até mesmo o direito de construir, desde que respeitados os regulamentos competentes.** Portanto, comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes, cabe a indenização em favor dos proprietários dos terrenos em área de preservação permanente. E, nesse ponto, não há o que se reformar na decisão agravada do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Dessa forma, NEGOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento. Publique-se. Intimem-se. Em suma, invocando-se os precedentes citados na decisão agravada, esta Corte Superior entende que é indevida qualquer indenização em favor dos proprietários dos terrenos em área de preservação permanente, salvo se comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes. In casu, o Tribunal a quo fixou expressamente que foram os decretos municipais os atos que realmente esvaziaram o conteúdo econômico da propriedade. Portanto, comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes, cabe a indenização em favor dos proprietários dos terrenos em área de preservação permanente. Assim, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos, pois embasada em jurisprudência deste Superior Tribunal, razão porque NEGOU PROVIMENTO ao agravo regimental. É como voto.

ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins. Brasília (DF), 17 de agosto de 2010. (g.n.)

No julgado, pronuncia-se expressamente o Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser a APP limitação administrativa, que impõe a impossibilidade da exploração econômica direta, não, porém, de forma automática e absoluta, vez que de acordo com o regulamento competente, poderá ser viabilizado até mesmo o direito de construir.

Conflita a possibilidade de utilização da APP tal como revelada no julgado, com o disposto expressamente na Lei 4.771/65 em seu artigo 4º, §7º, do qual se extrai como característica própria da APP sua intangibilidade e, por consequência, a afastabilidade da sua exploração pelo proprietário de forma automática e, a nosso ver, absoluta, por constituir-se o disposto no referido diploma legal, regra geral.

Do julgado a seguir, também do Superior Tribunal de Justiça, cuja matéria versa sobre a ocorrência de desapropriação indireta decorrente de declaração de utilidade pública para criação de parque ecológico, extraímos posicionamento do respeitável Tribunal, acerca da possibilidade de indenização do ato do Poder Público que a pretexto de preservação do meio ambiente, configurar limitação administrativa ou **servidão**, das quais decorram prejuízos regularmente comprovados.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 191.656 - SP (2009/0199684-7)²²⁴

RELATOR : MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO

EMBARGANTE : COMPANHIA DE MINERAÇÃO IPORANGA

EMBARGADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

²²⁴ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901996847&dt_publicacao=02/08/2010 - Acesso em 20.02.2011

JULG.: 23/06/2010

EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA PARA CRIAÇÃO DE PARQUE ECOLÓGICO. CADUCIDADE. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. REQUISITOS. INCABIMENTO. REDUÇÃO DO DOMÍNIO ÚTIL E DO VALOR ECONÔMICO. INOCORRÊNCIA. LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO CÓDIGO FLORESTAL. 1. Passado o prazo de cinco anos sem que o Poder Público tenha efetivado o ato expropriatório ou praticado qualquer esbulho possessório, resulta inequivocamente caduco o ato declaratório de utilidade pública por força do artigo 10 do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. 2. A limitação ao direito de propriedade decorrente da declaração de utilidade pública de imóvel, para o fim de criação de parque estadual, não gera direito à indenização por desapropriação indireta quando não ultimado o desapossamento pelo Poder Público, tampouco indenização a outro título quando não comprovada a existência de prejuízo. 3. Precedentes da Primeira Seção. 4. Embargos conhecidos e rejeitados.

ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, conhecer dos embargos, mas lhes negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Luiz Fux (voto-vista), Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 23 de junho de 2010.

(...)

Embargos de divergência interpostos pela Companhia de Mineração Iporanga contra acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. 1. Tendo a Corte Regional fundamentado sua decisão em base jurídica adequada e suficiente ao desate da lide, não há por que reexaminar a matéria conforme a tese defendida pelo recorrente. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. 2. Inviabiliza-se o conhecimento de recurso especial fundado na alínea "a" do permissivo constitucional na hipótese em que o acórdão impugnado decide a lide sem emitir juízo, ainda que implícito, que devesse guardar conformidade com os comandos legais tidos por violados. 3. Descabe ao Superior Tribunal de Justiça intervir em matéria de competência do STF, tampouco para prequestionar questão constitucional, sob pena

de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Lei Maior. 4. A hipótese de desapropriação indireta pressupõe (i) que o Estado tome posse do imóvel declarado de utilidade pública, independentemente do processo de desapropriação, (ii) que seja dada ao respectivo bem a utilidade pública indicada pelo poder público, (iii) que seja irreversível a situação fática resultante do apossamento do bem e sua afetação. 5. O esbulho possessório por parte do Estado pressupõe a prática de atos materiais, não existindo apenas no plano normativo, tal como a edição de decreto de declaração de utilidade pública, mas da qual o Poder Público jamais toma posse ou impede a exploração econômica existente na área. 6. A limitação administrativa, por ser uma restrição geral e de interesse coletivo, não constituindo despojamento da propriedade, não obriga o Poder Público a qualquer indenização. 7. Recurso especial conhecido, mas improvido." (...) Aduz, para tanto, a embargante, em suma, que as limitações ao direito de propriedade, com a redução do seu domínio útil e do seu valor econômico em decorrência da criação de parque ecológico, geram direito à indenização por meio de desapropriação indireta. Os embargos de divergência foram admitidos por haver, em princípio, dissídio jurisprudencial acerca do direito à indenização em decorrência da redução do domínio útil e do valor econômico da propriedade pela criação de parque ecológico. (...) É o relatório. VOTO. O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator): Senhor Presidente, a divergência está em saber se a limitação ao direito de propriedade decorrente da declaração de utilidade pública de imóvel, para o fim de criação de parque estadual, gera direito à indenização por desapropriação indireta, ainda quando não ultimado o desapossamento pelo Poder Público. A desapropriação indireta constitui construção doutrinária e jurisprudencial destinada a regularizar situação de fato decorrente de esbulho possessório de imóvel de particular pelo Poder Público, como se recolhe no magistério de Celso Antonio Bandeira de Melo: "49. Desapropriação indireta é a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua conseqüente integração no patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório. Ocorrida esta, cabe ao lesado recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado, do mesmo modo que o seria caso o Estado houvesse procedido regularmente." (in Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., Malheiros, 2009, fl. 882). E, a propósito do tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se em que, para que reste configurada a desapropriação indireta, é necessário que tenha havido desapossamento do particular e, pois, o bem tenha sido efetivamente incorporado ao patrimônio do Poder Público, destinando-o à utilização pública, e que tal situação fática seja irreversível. Se, por outro lado, o ato do Poder Público não resulta na

perda da posse, mas sim em mera servidão ou limitação administrativa ao exercício do direito de propriedade, não resta caracterizada a desapropriação indireta, de modo a fazer exigível, a este título, o pagamento de indenização ao particular. Tampouco as limitações administrativas e as servidões, em regra, geram obrigação de indenizar pelo Estado, porque decorrentes da supremacia do interesse público sobre o particular. É que o direito de propriedade sujeita-se à função social, vale dizer, à intervenção do Estado na propriedade privada, com vistas ao bem comum, mostrando-se insustentável o caráter absoluto que se lhe quer atribuir. A propósito do tema, colhe-se o seguinte em excerto de voto da Ministra Eliana Calmon: "(...) É consabido que na seara do Direito Constitucional não há mais lugar para falar-se em direito absoluto, já que, segundo o princípio da razoabilidade, os direitos previstos na Carta Magna encontram seu fundamento e seu limite no próprio texto constitucional. Em relação à propriedade não é diferente, visto que a garantia prevista no inciso XXII do art. 5º da Constituição da República encontra-se condicionada ao cumprimento da obrigação prevista no inciso XXIII do citado dispositivo. Assim, observa-se que o direito de propriedade estará garantido, desde que a propriedade cumpra sua função social, definida pelo art. 186 da CF/88 da seguinte forma: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Nota-se que, devido à importância do tema, o legislador constituinte reservou diversos dispositivos do texto constitucional para tratar da devida utilização da propriedade. Dentre outros, confira-se os abaixo arrolados: Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) § 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) .----- 170. A ordem econômica, fundada na valorização do

trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II - propriedade privada; III - função social da propriedade; -----

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. -----

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento) (...) § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. Na seara infraconstitucional, verifica-se que, mesmo antes da promulgação da Constituição vigente, o legislador já cuidava de impor algumas restrições ao uso da propriedade com o escopo de preservar o meio ambiente. Nesse diapasão, o Código Florestal (Lei 4.771/65) prescreve que: Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem. (...) Art. 14. Além dos preceitos gerais a que está sujeita a utilização das florestas, o Poder Público Federal ou Estadual poderá: a) prescrever outras normas que atendam às peculiaridades locais; b) proibir ou limitar o corte das espécies vegetais raras, endêmicas, em perigo ou ameaçadas de extinção,

bem como as espécies necessárias à subsistência das populações extrativistas, delimitando as áreas compreendidas no ato, fazendo depender de licença prévia, nessas áreas, o corte de outras espécies; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001) c) ampliar o registro de pessoas físicas ou jurídicas que se dediquem à extração, indústria e comércio de produtos ou subprodutos florestais. Deflui-se, portanto, que o direito de propriedade convive há décadas com diversas limitações administrativas impostas pelos Poderes Públicos. Para que restasse configurada a desapropriação indireta, seria necessário que, segundo as palavras de José dos Santos Carvalho Filho, o Estado se apropriasse de bem particular, sem a observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia. (...) Constitui fundamento da desapropriação indireta o art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41, que dispõe: 'Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos'. Esse dispositivo cuida da hipótese do denominado fato consumado. Havendo o fato incorporação do bem ao patrimônio público, mesmo se tiver sido nulo o processo de desapropriação não pode pretender o retorno do bem a seu patrimônio. Ora, se o fato ocorre mesmo que o processo seja nulo, pouca ou nenhuma diferença faz que não tenha havido processo. O que importa, nos dizeres da lei, é que tenha havido a incorporação. (grifo nosso) (Manual de Direito Administrativo. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 768/769) (...)" (EREsp 628588/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2008, DJe 09/02/2009). Se, todavia, as limitações administrativas impostas ao exercício do direito de propriedade são de tal maneira que culminam com o completo esvaziamento do seu domínio útil e do seu valor econômico, se subtraem do proprietário utilidade que anteriormente fruía, é possível o pagamento de indenização. Com efeito: "(...) A limitação administrativa não gera direito a indenização porque apenas configura o direito de propriedade. Rigorosamente, não se trata de uma limitação ao direito de propriedade, mas de definição jurídica desse direito. A natureza geral da determinação e seu cunho limitado conduzem à ausência de indenizabilidade em virtude da limitação. (...) No entanto, não é possível excluir a possibilidade de limitações administrativas produzirem efeitos de tamanha extensão que produzam a desnaturação da propriedade provada. Bem por isso, se houver uma situação especial e diferenciada, em que um proprietário seja atingido de modo particularmente nocivo pela determinação, haverá o direito à indenização." (Marçal Justen Filho, in Curso de Direito Administrativo, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, fl. 414). **De todo o exposto, resulta que a mera redução do domínio útil e do valor econômico da**

propriedade, por si só, sem a perda da posse pelo particular, não configura desapropriação indireta, de modo a gerar, a este título, direito à indenização, ressalvado o direito à eventual indenização a título de limitação administrativa ou servidão somente quando existente prejuízo que possa ser regularmente comprovado em ação própria. Não é outra a jurisprudência uniforme do Superior Tribunal de Justiça, valendo conferir, nesse sentido, os seguintes precedentes: "ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DECRETO ESTADUAL 10.251/77. CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. ESAZIAMENTO DO CONTEÚDO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE. INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NÃO CABIMENTO. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE CARÁTER GERAL. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DA PRIMEIRA SEÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 168/STJ. 1. Ao criar o Parque Estadual da Serra do Mar, o Decreto 10.251/77 previu, em seu art. 6º, a ulterior expedição de pelo Parque. Todavia, o Estado de São Paulo não procedeu às transferências de todas as terras para o seu patrimônio mediante a competente ação de desapropriação. Assim, a criação do parque pelo Decreto 10.251/77 não resultou na perda da posse, mas sim em limitação ao uso de propriedade, realizada de forma geral, carente de natureza subjetiva ou individualizada, mas vinculativo a todos os proprietários de imóveis localizados na área abrangida pelo Parque Estadual em referência. Certo é que, tendo ocorrido mera limitação administrativa que afeta, em caráter não substancial, o direito de propriedade, não se justifica a imposição de indenização correspondente ao valor da terra quando o que lhe atinge é apenas limitação de uso, visto que não se concretizou a transferência do imóvel pela desapropriação. Precedentes da Primeira Seção: EAg 407817 / SP, rel. Ministra Denise Arruda, DJe 3/6/2009; EREsp 610158 / SP, rel. Ministro Castro Meira, DJe 22/9/2008. 2. No caso dos autos, o acórdão embargado deixou assentado que o embargante não perdeu a exclusividade dos poderes sobre o imóvel em discussão, não obstante possuir o dever de respeitar as limitações estabelecidas por lei, fato que afasta o cabimento da indenização pela desapropriação indireta. Nada impede, todavia, que se postule indenização em ação própria acaso comprovada a ocorrência de prejuízos ao proprietário decorrente de limitação administrativa mais extensa do que aquelas já existentes à época da edição do Decreto 10.251/77. 3. Agravo regimental não provido." (AgRg nos EREsp 257970/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJe 19/11/2009). "ADMINISTRATIVO – LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA OU DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - PROIBIÇÃO DO CORTE, DA EXPLORAÇÃO E DA SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO PRIMÁRIA OU NOS ESTÁGIOS AVANÇADO E

MÉDIO DE REGENERAÇÃO DA MATA ATLÂNTICA – DECRETO ESTADUAL 750/93

1. A jurisprudência do STJ é unânime, sem divergências, de que as limitações administrativas à propriedade geram obrigação de não fazer ao proprietário, podendo ensejar direito à indenização, o que não se confunde com a desapropriação. 2. A desapropriação indireta exige, para a sua configuração, o desapossamento da propriedade, de forma direta pela perda da posse ou de forma indireta pelo esvaziamento econômico da propriedade. 3. A proibição do corte, da exploração e da supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração da mata atlântica (Decreto 750/93) não significa esvaziar-se o conteúdo econômico. 4. Discussão quanto aos institutos que se mostra imprescindível quando se discute o prazo prescricional. 5. Na limitação administrativa a prescrição da pretensão indenizatória segue o disposto no art. 1º do Dec. 20.910/32, enquanto a desapropriação indireta tem o prazo prescricional de vinte anos. 6. Embargos de divergência não providos." (EResp 901319/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009) (...) Diante do que consta dos autos, a edição do decreto aqui referido não alterou a situação real do imóvel e nem comprometeu a destinação que lhe dava a recorrente, que, na verdade, era nenhuma. O que de fato houve foi a limitação quanto a uma futura e eventual mudança de utilização, dada a criação do Parque de reserva ambiental." Com efeito, as limitações ao exercício do direito de propriedade decorreram exclusivamente do Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934, que contém o Código Florestal, vigente desde o tempo da aquisição do imóvel: "Art. 1º As florestas existentes no território nacional, consideradas em conjunto, constituem bem de interesse comum a todos os habitantes, do país, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que as leis em geral, e especialmente este código, estabelecem ." E, já agora, da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, novo Código Florestal, vigente ao tempo da autuação da embargante pela poda não autorizada de cobertura vegetal, por expressão pura e simples do Poder de Polícia do Estado, que em nada se confunde com pretensão expropriatória. De todo o exposto, resulta que, assentada nos acórdãos do Tribunal de Justiça e desta Corte a caducidade do Decreto de utilidade pública relativamente à área da embargante, jamais objetivado sob qualquer forma fática, a afastar a pretensão expropriatória e respectiva indenização, e, ainda, a inexistência de prova de que as limitações existentes subtraíram da embargante utilidade que anteriormente fruía, importando no esvaziamento do domínio útil e do valor econômico do imóvel, a afastar o cabimento de indenização a qualquer outro título, resta inviável, em sede de embargos de divergência, a pretensão de arrear pressuposto fático que embasou o julgado. Pelo exposto, presente a divergência,

conheço dos embargos, mas os rejeito, mantendo o acórdão embargado. É O VOTO (g.n.)

Do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, colacionamos o seguinte julgado:

Apelação Cível nº 853.337.5/1-00²²⁵

Comarca de Itapeçerica da Serra

Apelante: Sahran Helito e outra

Apelado: Fazenda do Estado de São Paulo

Rel. MAGALHÃES COELHO

Julg: 27/01/2009 v.u.

Ementa: **DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - Resolução nº 40/85 da Secretaria de Cultura do Estado de São Paulo - Tombamento - Pedido de indenização pela limitação do direito de propriedade e pela eventual exploração de madeira e outros recursos - Imposição genérica ou abstrata que implica um dever de abstenção - Hipótese de limitação administrativa e não de apossamento administrativo - Limitação anteriormente imposta pelo Código Florestal - Não indenizável – Sentença de improcedência mantida - Recurso não provido.**

Vistos, etc. I. Trata-se de ação de desapropriação indireta promovida pelos autores em face da Fazenda do Estado de São Paulo, referente a um terreno situado na Estrada do Vargedo, no Município de Juquitiba, Comarca de Itapeçerica da Serra, em razão do tombamento realizado por meio da Resolução nº 40/85 da Secretaria da Cultura do Estado de São Paulo, com finalidade de proteção da Serra do Mar e de Paranapiacaba, **que limitou o direito de uso da propriedade**. II. A ação foi julgada improcedente, verificada a prescrição da pretensão dos autores, condenando-os ao pagamento das despesas processuais e honorários fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa (...) A sentença monocrática, porém, é incensurável. É que não se vislumbra, na hipótese, apossamento administrativo a justificar a pretendida indenização. A edição de decreto que cria parque florestal não é, à evidência, ato possessório, que implica em ação material de esbulho a justificar uma ação com fundamento em apossamento administrativo(...) A hipótese, portanto, é de restrição imposta a propriedade por decreto do Poder Público. **Cuida-se de limitação administração e não de apossamento administrativo. O interesse de se**

²²⁵ Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> . Acesso: 21 fev.2011

promover a distinção entre os institutos não é apenas doutrinário, mas também prático, uma vez que os apossamentos administrativos são em regra indenizáveis, o que nem sempre ocorrem com as limitações. **Se a propriedade for atingida por um ato específico da administração, não há dúvida de que se tratará, conforme o caso, de servidão ou apossamento administrativo.** Se, todavia, tratar-se de uma imposição genérica ou abstrata que implique um dever de abstenção, será a hipótese de limitação. Aliás, examinando doutrinariamente a questão da limitação administrativa decorrente da edição de decreto que cria parques florestais tive a oportunidade de deixar consignado: "Sem embargo dos argumentos daqueles que sustentam, com apoio na doutrina de Hely Lopes Meirelles, que em hipóteses tais assistiria ao proprietário uma indenização, adotamos posicionamento diferente. Na verdade, **em se tratando de limitação administrativa, somente nos casos em que o exercício do direito de propriedade se torne inviável é que estaríamos diante da necessidade de o Poder Público compor indenização ao proprietário (...)** Situação inteiramente diversa seria a do proprietário de terreno em local de proteção de manancial, impedido de realizar qualquer tipo de construção, obstado em seu gozo útil ou exploração econômica. Somente em situações extremas de esvaziamento completo dos poderes inerentes ao domínio é que subsistiria o direito à indenização. Ademais, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, analisando hipótese análoga a dos autos, deixou consignado um voto relatado pelo eminente Des. Ruy Camilo, com votos vencedores dos não menos eminentes Des. Roberto Stucchi e Carvalho Viana: "DESAPROPRIAÇÃO - Indireta - Requisito — Ocupação da área pelo Poder Público - Inocorrência — Hipótese de limitação administrativa, decorrente da criação do Parque Estadual da Serra do Mar - Posterior declaração de utilidade pública que apenas consolidou as restrições já subsistentes – Indenização indevida - Carência da ação por falta de interesse processual — Recursos. ACÓRDÃO. Portanto, a partir da vigência do Código Florestal fixaram-se providos limitações ao direito de propriedade, tendo o Governo do Estado, no uso de suas atribuições legais e com fundamento no referido diploma legal (artigo 5o) criado o Parque Estadual. Por isso mesmo, como realçado em aresto da Egrégia Décima Primeira Câmara Civil deste Tribunal, em que foi Relator o Desembargador Laerte Nordi, se limitações já existiam desde 1965, a pretensão da autora havia de estar circunscrita ao que excedesse às restrições impostas pelo Código Florestal, nunca tão extensiva a ponto de se considerar o apossamento administrativo pelo Estado, para fins de indenização total da área (Apelação Cível nº 168.124-2 — São Sebastião). Na espécie, a petição inicial deveria ter se referido à indenização desse excesso eventual a ser demonstrado. Na verdade,

a declaração de utilidade pública veio apenas a consolidar restrição já subsistente, o que portanto não conduz ao entendimento de que a autora deva ser indenizada. Não se cuida portanto, de apossamento administrativo que pressupõe ocupação pelo Poder Público. Limitação administrativa não se confunde com apossamento administrativo. Assim, decreta-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, por falta de interesse processual, consubstanciado em pretensão inadequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material" (...) Os apelante querem transformar a extração de madeira em indenização, em empreitada sem custos e sobretudo, sem riscos. Ademais, mesmo antes da criação do Parque, os apelantes não tinham direito à exploração de madeira, uma vez que vigente o Código Florestal que anteriormente já criara a limitação. Em arremate, por qualquer ângulo que se analise a questão posta nos autos, a criação do Parque da Serra do Mar não dá ensejo a indenização, seja porque não implicou em desapossamento ou no esvaziamento da propriedade dos apelantes, que podem continuar a usufruí-la e explorá-la como poderiam fazê-lo anteriormente, à vista das limitações impostas pelo Código Florestal, seja porque é possível outras formas de exploração que não a extração de madeiras ou porque, finalmente, não se evidenciou sequer que essa extração de madeira e outros recursos era viável. Nega-se, destarte, provimento ao recurso.(g.n.)

No julgado verifica-se que o Tribunal reconhece que quando a propriedade é atingida por o ato específico – como defendemos tratar-se a APP instituída por ato do Poder Público, na forma do art. 3º da Lei 4.771/65 – estaremos diante, conforme o caso, de servidão ou apossamento administrativo, bem como que, mesmo quando se tratar de limitação administrativa, tornado inviável o exercício do direito de propriedade haverá a necessidade de o Poder Público compor indenização ao proprietário, ressaltando, entretanto, que exigem-se situações extremas de esvaziamento completo dos poderes inerentes ao domínio para que subsista o direito à indenização.

Trazemos à colação outro julgado do mesmo tribunal, conforme segue.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA: CAPÃO BONITO

APELAÇÃO CÍVEL N°. 523.536.5/8-00²²⁶

APELANTES: COMERCIAL E CONSTRUTORA GUITTE

LIMITADA E OUTROS

APELADA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATOR: DES. OSVALDO DE OLIVEIRA

Julg.: 31/10/2010 – v.u.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. 1. Limitação administrativa – Decreto Estadual n°. 22.717/84 - Declaração de Área de Preservação Ambiental (APA) – Parque Estadual da Serra do Mar - Imposição de restrições ao uso e aproveitamento da propriedade - Tombamento - Pedido de indenização - Alegação de esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade imobiliária - Descabimento - Restrições que importam em dever de abstenção - Inexistência de apossamento administrativo ou de ato expropriatório indireto - Administração pública que não praticou nenhum ato de posse sobre a área restrita - **Limitações administrativas atribuídas anteriormente pelo Código Florestal (Lei Federal n°. 4.717/65) - Ato restritivo que não eliminou ou suprimiu a possibilidade de exploração econômica da porção remanescente, especialmente à fração relativa à vegetação em situação de livre disposição e aquela passível de projeto de manejo sustentado** - Ressarcimento indevido - Precedentes parelhos deste E. Tribunal de Justiça e do C. STJ - Improcedência do pedido inicial - Manutenção integral da sentença. 2. Recurso não provido.

Vistos (...) Os autores apelaram (fls. 793/836), alegando, em síntese, que as restrições administrativas da área aniquilaram a possibilidade de sua exploração econômica, de modo que devem ser ressarcidos financeiramente. Os decretos em tela esvaziaram economicamente a propriedade. Deve-se atenção ao direito de propriedade e ao direito à justa indenização. O Código Florestal impunha leves restrições administrativas à área, enquanto que o Decreto n°. 22.717/84 e a Resolução de Tombamento n°. 40/85 esvaziaram economicamente a propriedade. As restrições conduziram a um verdadeiro apossamento administrativo ou a uma desapropriação indireta. A área é rica em madeira e calcário, de modo que poderia ser explorada economicamente. Não houve excessos praticados pela perita judicial. Parte da área existente no imóvel não é intocada, pois é composta de produtos florestais de livre exploração econômica (35 hectares) e de manejo sustentado (225 hectares). A cobertura vegetal é devida em sua integralidade, devendo ser considerada para a composição da justa indenização. A inexistência de apossamento

²²⁶ Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso: 22 fev. 2011.

físico do imóvel não é óbice para o recebimento de indenização. Nenhuma atividade econômica é desenvolvida na área por conta dos atos restritivos. O dano é manifesto, conforme comprovou a prova pericial. A indenização relativa à terra nua deve ser fixada em R\$ 709.970,00 (novembro/2002). Em relação à cobertura vegetal, a indenização alcança a cifra de R\$ 4.815.477,00 (novembro/2002). O valor das jazidas de minérios (calcário) deve integrar a indenização, a qual soma R\$ 1.324.033,43. No total, a indenização deve ser arbitrada em R\$ 6.849.480,00 (novembro/2002), com acréscimo dos encargos legais (...) O recurso desmerece provimento (...) O que sobreleva anotar é que, seja pelo tombamento, seja pela declaração do imóvel como Área de Proteção Ambiental (APA), consoante o Decreto Estadual nº. 22.717/84, não houve ampliação da limitação administrativa que já existia relativamente à sua exploração econômica frente à edição da Lei Federal nº. 4.771/65 (Código Florestal). A declaração contida no Decreto Estadual nº. 22.717/84 apenas cuidou de consolidar as restrições ou limitações administrativas que já subsistiam na vigência de mandamento normativo anterior, preservando o Parque Estadual da Serra do Mar "com a finalidade de assegurar integral proteção à flora, à fauna, às belezas naturais, bem como para garantir sua utilização a objetivos educacionais, recreativos e científicos" (artigo 10). Ora, se as restrições e/ou limitações existiam desde 1965, com o advento do Código Florestal, a pretensão indenizatória só poderia alcançar os limites que as excedessem, sem estender para além das fronteiras que dantes já repercutiam na exploração econômica da área. Não se trata, assim, de apossamento administrativo ou de desapropriação indireta decorrentes de esbulho possessório praticado pela administração pública, mas de limitação administrativa, a qual, porque importa numa restrição geral e de interesse coletivo, não gera o direito de indenização aos proprietários. Veja-se que o pedido indenizatório exsurge, aos olhos dos autores, como se a ré, pelo Decreto Estadual nº.22.717/84, tivesse efetivamente ocupado a área declarada de Área de Proteção Ambiental (APA), invadindo-a e esbulhando-a, mediante despojamento de propriedade particular. Porém, inexistente ato de posse da ré, mas apenas de efetiva consolidação da área como de Proteção Ambiental (APA), na esteira do Código Florestal que já a protegia desde os idos de 1965, ou seja, dez (10) anos antes de sua aquisição pelos autores, o que, segundo a perícia, teria acontecido em 28/agosto/1975 (fls. 526). Confira-se a redação do artigo 10 do Código Florestal: "As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem ". Ainda: Artigo 2º. Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as

florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d'água, em faixa marginal cuja largura mínima será: (...) b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais; c) nas nascentes, mesmo nos chamados "olhos d'água", seja qual for a sua situação topográfica; d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive; f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizador as de mangues; g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas; h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, nos campos naturais ou artificiais, as florestas nativas e as vegetações campestres. **Artigo 3o. Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas: a) a atenuar a erosão das terras; b) a fixar as dunas; c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares; e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; h) a assegurar condições de bem-estar público.** § 1º. A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social - grifo nosso. Não há dúvida, por conseguinte, que o Decreto Estadual nº. 22.717/84 apenas materializou, na circunscrição territorial do Parque Estadual da Serra do Mar, abrangendo a propriedade imobiliária dos autores, os cuidados que dantes inspirou a edição do Código Florestal, segundo preconiza o artigo 4o e seus incisos, in verbis: Artigo 4". Na implantação desta Área de Proteção Ambiental serão aplicadas as medidas previstas na legislação específica, respeitadas as demais normas legais pertinentes, visando coibir o exercício de atividades causadoras de degradação da qualidade ambiental. **Parágrafo único.** Tais medidas terão como finalidade limitar ou proibir: I - A implantação de atividades potencialmente poluidoras capazes de afetar mananciais de águas, o solo e o ar; II — A realização de obras de terraplenagem e a abertura de canais que importem em sensível alteração das condições ecológicas locais; III - O exercício de atividades capazes de provocar acelerada erosão das terras ou acentuado assoreamento nas coleções hídricas; IV — O exercício de atividades que ameaçam extinguir as espécies raras, endêmicas e ameaçadas de extinção da biota local. **Verifica-se, por assim dizer, que o ato normativo hostilizado prestou-se apenas e tão-somente à mesma finalidade da legislação ambiental sobredita, qual seja, preservar a**

biodiversidade existente na área, sem embargo da exploração ínsita ao conteúdo econômico da propriedade, de acordo com a conveniência dos autores, ainda que haja um dever legal de abstenção, de feição geral e abstrata, desde que respeitadas algumas restrições e/ou limitações inerentes à sua natureza, especialidade e especificidade, dado o interesse público que a circunda (...) **“A função social da propriedade, consubstanciada no dever de que a propriedade atenda não apenas aos interesses do proprietário, mas também sirva de instrumento para alcançar o bem-estar da coletividade, opera-se internamente ao direito de propriedade, com um de seus elementos constitutivos, sem o qual não será plenamente garantida, não se confundindo, portanto, com meras limitações administrativas ao exercício do poder de polícia ”.** (AC 341.290.5/8-00 - Comarca de F. D. Vargem Grande Paulista/Cotia - 7a Câmara de Direito Público - Relator: Moacir Peres - julgado em 17/08/09). Frise-se que os princípios elencados no artigo 170 da Constituição Federal também apontam para existência do mesmo balizamento, na medida em que se referem à função social da propriedade e à defesa do meio ambiente. Tudo deve ser interpretado e aplicado à luz do que sagra o artigo 225 da Constituição Federal: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Sobre a matéria debatida nos autos, são os precedentes do E. STJ: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DECRETO ESTADUAL N°. 10.251/77. CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. ESVAZIAMENTO DO CONTEÚDO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. LIMITAÇÕES PREEXISTENTES EM DECORRÊNCIA DE OUTRAS NORMAS. 1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais ditos violados atrai o óbice da Súmula 211/STJ. 2. A criação do Parque Estadual da Serra do Mar, por intermédio do Decreto Estadual n°. 10.251/77, do Estado de São Paulo, não acrescentou qualquer limitação às previamente estabelecidas em outros atos normativos, os quais, à época da edição do referido decreto, já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade. Precedentes. 3. Daí se conclui que é indevida qualquer indenização em favor dos proprietários dos terrenos atingidos pelo ato administrativo em questão, salvo se comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 610158/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 130); ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PARQUE ESTADUAL DA

SERRA DO MAR. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE CARÁTER GERAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. I - O ato administrativo que criou o Parque Estadual da Serra do Mar não impôs aos proprietários outras restrições que não aquelas decorrentes da legislação constitucional e infraconstitucional, sendo certo que essas limitações administrativas, de caráter geral, não constituem direito que ampare qualquer indenização. Precedente: REsp 468.405/SP, Rei Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 19/12/2003. II - "A chamada 'desapropriação indireta' é construção pretoriana criada para dirimir conflitos concretos entre o direito de propriedade e o princípio da função social das propriedades, nas hipóteses em que a Administração ocupa propriedade privada, sem observância de prévio processo de desapropriação, para implantar obra ou serviço público. Para que se tenha por caracterizada situação que imponha ao particular a substituição da prestação específica (restituir a coisa vindicada) por prestação alternativa (indenizá-la em dinheiro), com a conseqüente transferência compulsória do domínio ao Estado, é preciso que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: (a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; (b) a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; e (c) a impossibilidade material da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, a irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação" (REsp 442.774/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZA VASCKI, DJ de 20/06/2005). III - Possibilidade de a autora, em ação própria, requerer contra o Estado de São Paulo indenização em face de eventuais prejuízos decorridos da edição do Decreto n°. 10.251/77. IV - Recurso especial da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO provido e prejudicado o Recurso Especial de DOCAS S/A. (REsp 257970/SP, Rei. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2006, DJ 13/03/2006, p. 185). Este C. Tribunal de Justiça não discrepa desse entendimento, inclusive em precedente paralelo da Comarca de Capão Bonito: DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - Resolução n°. 40/85 da Secretaria de Cultura do Estado de São Paulo - Tombamento - Pedido de indenização pela limitação do direito de propriedade e pela eventual exploração de madeira e outros recursos - Imposição genérica ou abstrata que implica um dever de abstenção - **Hipótese de limitação administrativa e não de apossamento administrativo – Limitação anteriormente imposta pelo Código Florestal - Não indenizável** - Sentença de improcedência mantida - Recurso não provido. (AC 853.337.5/1-00 - Comarca de Itapequerica da Serra - 3a Câmara de Direito Público - Relator: Magalhães Coelho - julgado em 27/01/09); DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - Serra do Mar – Sentença improcedente - Impossibilidade, com base no Decreto n°.

22.717, de 21 de setembro de 1984, de indenização da área, e muito menos de sua cobertura arbórea - Fato de haver tombamento não altera questão, pois não impede o particular de exercer os direitos inerentes ao domínio - Restrições que preexistiam ao Tombamento da área. Código Florestal (Lei nº. 4.771/65), que previa limitações administrativas, de caráter geral, e, por isso, não suscetíveis de indenização e muito menos contra o Estado de São Paulo – Ausência de indicação por parte dos autores das restrições impostas em ampliação às que existiam que poderiam justificar a indenização . Código Florestal em vigor quando da aquisição das áreas – Direitos de propriedade dos autores que não foram em nada afetados diretamente pelo Tombamento - Atendimento à função social da propriedade - Autores que não fazem jus a qualquer indenização - Inexistência de apossamento administrativo e desapropriação indireta - Ocorrência de prescrição vintenária, parágrafo único do artigo 10, do Decreto Lei nº. 3.365/41, redação dada pela Medida Provisória nº. 2.109/2001, remunerada para nº. 2.183/2001 - Recurso desprovido. (AC 404.047.5/8-00 - Comarca de Capão Bonito - 2ª Câmara de Direito Público - Relator: Samuel Júnior - julgado em 04/12/07); AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO - SERRA DO JAPI - ÁREAS TOMBADAS PELA RESOLUÇÃO 11, DE 8 DE MARÇO DE 1983, DA SECRETARIA DA CULTURA DO ESTADO DE SÃO PAULO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO VOLUNTÁRIO DA FAZENDA DEVOLVIDOS AO CONHECIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR DECISÃO DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS - RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA QUE NÃO INTRODUZIU NENHUMA NOVA RESTRIÇÃO À ÁREA – NORMAS RESTRITIVAS QUE JÁ ESTAVAM PREVISTAS NO CÓDIGO FLORESTAL - AQUISIÇÃO DO DOMÍNIO OCORRIDO APÓS A EDIÇÃO DO REFERIDO CÓDIGO - RESTRIÇÕES PREVISTAS NA LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO - AQUISIÇÃO DE UMA ÁREA ANTES DA MENCIONADA LEI - IRRELEVÂNCIA - CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS - ÁREA TOMBADA QUE JÁ ESTAVA SUJEITA A RESTRIÇÕES - DIREITO DE PROPRIEDADE QUE DEVE OBSERVAR AS FUNÇÕES SOCIAIS E A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE – PRECEITOS CONSTITUCIONAIS - RECEPÇÃO DO CÓDIGO FLORESTAL - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - DOUTRINA - RESOLUÇÃO QUE PRESERVAVA O DIREITO DOS PROPRIETÁRIOS - IMPOSSIBILIDADE DE SE OBRIGAR O ESTADO A EFETUAR A DESAPROPRIAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE APOSSAMENTO ANTERIOR E CONSEQÜENTE INADEQUAÇÃO DA AÇÃO QUE, QUANDO MUITO, PODERIA BUSCAR INDENIZAÇÃO POR RESTRIÇÕES QUE TIVESSEM ATINGIDO O

DIREITO DE PROPRIEDADE EFETIVAMENTE OCORRIDAS E QUE DECORRESSEM DIRETAMENTE DO TOMBAMENTO – PRESCRIÇÃO INOCORRENTE - AÇÃO IMPROCEDENTE - HONORÁRIOS DE 15% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA, A SER CALCULADO PELA TABELA PRÁTICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CONDENAÇÃO DOS AUTORES NAS CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS, INCLUSIVE SALÁRIOS PERICIAIS FIXADOS - RECURSOS PROVIDOS. (AC 261.366.2/1-00 - Comarca de Jundiaí - Relator: Samuel Júnior - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - julgado em 08/11/07); DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - área de preservação permanente - aquisição de imóvel objeto de processo de tombamento indenização indevida - inoccorrência de dano ou prejuízo a ser recomposto - manutenção da sentença - Recurso não provido. (AC 625.524.5/7-00 - Comarca de Guarujá - 3a Câmara de Direito Público - Relator: Marrey Unt - julgado em 28/08/07); INDENIZATÓRIA - SERRA DO MAR - MATAS PRESERVADAS - LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA - IMPROCEDÊNCIA. A pretensão indenizatória de áreas de preservação, constituída de matas que constituem o complexo da Serra do Mar, não encontra suporte desde a vigência do Código Florestal - Lei nº. 4.771/65 -, enquadrando-se a situação jurídica como de limitação administrativa de caráter geral, não passível de indenização, especialmente pela não demonstração suficiente de aproveitabilidade do local, seja pela topografia, seja pela obrigatória preservação ambiental. Ação improcedente. Recurso negado. (AC 403.441.5/9-00 - Comarca de Santos - 1a Câmara de Direito Público - Relator: Danilo Panizza - julgado em 28/11/06). No primeiro V. Aresto acima citado, fazendo referência ao tombamento da Serra do Mar, o eminente Desembargador Relator Magalhães Coelho deixou assentado que: "Sem embargo dos argumentos daqueles que sustentam, com apoio na doutrina de Hely Lopes Meirelles, que em hipóteses tais assistiria ao proprietário uma indenização, adotamos posicionamento diferente. **Na verdade, em se tratando de limitação administrativa, somente nos casos em que o exercício do direito de propriedade se torne inviável é que estaríamos diante da necessidade de o Poder Público compor indenização ao proprietário. Essa circunstância, evidentemente, terá de ser apurada em cada caso concreto, não havendo possibilidade de se fixar uma posição apriorística. De todo modo a restrição ao direito de propriedade haveria de ser tamanha que resultaria ele, na essência, inteiramente esvaziado.** Isso não ocorre, porém, no exemplo do tombamento da Serra do Mar, uma vez que as propriedades podem ser exploradas economicamente, gozadas e usufruídas pelos titulares do domínio, ainda que com a restrição incidente sobre o imóvel no tocante a reservas florestais (...) Finalizando, mantém-se integralmente o quanto foi decidido pelo culto MM. Juízo a quo

(fls.782/789), sem ressalvas de nenhuma ordem, pois não se entrevê, na hipótese, eventual direito de ressarcimento pela limitação administrativa imposta pela edição do Decreto Estadual nº. 22.717/84, que declarou a área de propriedade dos autores como de preservação ambiental (APA) — Parque Estadual da Serra do Mar. Posto isso, nega-se provimento ao recurso.(g.n.)

No referido julgado, revela o Tribunal posicionamento no sentido de que o fato de a intervenção do Poder Público na propriedade privada dar-se através de limitação administrativa, não constitui sinônimo de indenizabilidade, competindo ao que teve sua propriedade atingida pela mesma comprovar que o exercício de seu direito à propriedade se tornou inviável, para assim apurar-se no caso concreto a real possibilidade ou não de indenização.

Em síntese, extrai-se dos julgados trazidos à colação, que os tribunais citados, embora caracterizem a APP, via de regra, como limitação administrativa, não rechaçam a possibilidade de indenização, sendo que o STF exige no mínimo que haja afetação da potencialidade econômica da área, o STJ que haja a comprovação de efetivo prejuízo ao proprietário e, o TJSP, que reste comprovado que o exercício do direito à propriedade foi inviabilizado.

CONCLUSÕES

Tudo o exposto neste trabalho teve como escopo trazer à reflexão a questão de ser ou não indenizável o ato do Poder Público que faz com que determinada propriedade seja atingida pela instituição de Área de Preservação Permanente.

Elencaremos a seguir, as principais conclusões a que chegamos.

A propriedade privada, direito fundamental individual, é também um direito social, por força do princípio da função social da propriedade, segundo o qual deverá a mesma prestar-se não só à satisfação do particular, mas da sociedade em geral.

Extraír da propriedade sua função social não é sinônimo de aniquilar do particular os direitos que detém sobre a mesma, de uso, gozo e fruição.

É dever do Estado, imposto pela Constituição Federal, a proteção do meio ambiente, não para garantia do princípio da função social da propriedade, mas para satisfazer direito constitucional fundamental, assentado nas idéias de fraternidade e solidariedade, qual seja, o direito da humanidade a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Argumentações no sentido de que a instituição de APP é mera forma de fazer com que a propriedade venha a cumprir sua função social não nos convencem, vez que o princípio da função social estabelece uma harmonia entre o direito individual do proprietário, de usar e gozar de seu bem, e o direito social de que esta propriedade atenda às necessidades da sociedade como um todo, inclusive no plano econômico, sem determinar que para isso se faça necessário impor ao proprietário o não uso do bem.

A Constituição Federal ao estabelecer as situações que ensejam o

cumprimento pela propriedade rural de sua função social, através dos incisos do artigo 186, elucida-nos que não é elemento do princípio da função social, a retirada do proprietário do direito de uso que detém sobre o bem, ao contrário impõe o seu uso responsável.

A função social da propriedade se verifica, portanto, quando ocorre “o exercício do direito de propriedade responsável”, ou seja, quando a propriedade não é utilizada de forma a confrontar ou lesar os direitos da sociedade como um todo.

Por mais que um proprietário zele pelos interesses sociais, pratique o exercício do direito sobre sua propriedade de forma responsável, e em consonância com os princípios constitucionais e regras de direito urbanístico, verificando-se que sua propriedade presta-se ao interesse público, por força do disposto no artigo 3º da Lei 4.771/65 e decidindo o Poder Público que a oportunidade e conveniência reclamam a instituição da APP, haverá a intervenção na propriedade.

A instituição da APP por ato do Poder Público, fundamentada no artigo 3º da Lei 4.771/65, trata-se de exercício de competência discricionária.

As situações arroladas pelo artigo 3º da Lei 4.771/65, por si só, não compelem o Poder Público a instituir a APP, podendo o Estado valer-se de outros meios na busca da preservação do meio ambiente, que não o previsto no referido diploma legal, tais como, a desapropriação e o tombamento, ou seja, poderá expropriar o bem, reclamando a propriedade da área ou mesmo tombá-lo, impondo ao proprietário sua conservação, sem tolher-lhe o direito de uso.

Podemos definir a Área de Preservação Permanente como aquela que assim declarada por força de lei ou ato do Poder Público, para fins de preservação ambiental, tornar-se intocável, não permitindo sua exploração econômica direta.

No que diz respeito ao bem sobre o qual incide, as áreas protegidas

conforme previsão dos artigos 2º e 3º do Código Florestal (Lei 4.771/65), constituirão Área de Preservação Permanente (sentido lato) ou floresta de proteção permanente (no sentido estrito).

A Área de Preservação Permanente instituída por ato do poder público na forma do artigo 3º da Lei 4.771/65, trata-se de servidão administrativa.

A natureza jurídica da referida APP, de acordo com seus efeitos, não pode ser vista como mera limitação à propriedade, pois quando reza a Lei 4.771/65, no §7º do art. 4º, que o acesso de pessoas e animais à APP é excepcionalmente permitido para obtenção de água, traz à tona que dela decorre o tolhimento ao proprietário, de um dos elementos que constituem a propriedade, qual seja, o direito de uso.

É incontestável que a área atingida por uma APP não mais se presta para utilização pelo proprietário, sendo que quem passa a usá-la, gozando do seu proveito é a sociedade em geral, para os seguintes fins: para que seja atenuada a erosão das terras, para que dunas não sejam dissolvidas, para que se formem faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias, para que se utilize da área como defesa do território nacional, para que sejam protegidos sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico, para que sejam asilados exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção – assegurando o conhecimento das espécies pela geração vindoura –, para que seja mantido ambiente necessário à vida das populações silvícolas e, para assegurar-se condições de bem-estar público.

A servidão administrativa decorrente da instituição da APP na forma do art. 3º da Lei 4.771/65, não guarda relação com o instituto da servidão florestal, previsto no mesmo diploma legal, em seu artigo 44A, o qual atinge somente propriedades rurais, e se dá por ato voluntário do proprietário, que mediante renúncia, em caráter permanente ou temporário, a direitos de supressão ou exploração de vegetação nativa, a institui.

Alcançada a natureza jurídica da APP instituída por ato do Poder

Público, no sentido de constituir-se servidão administrativa, chegamos ao cerne da questão proposta neste trabalho, ou seja, de ser a atuação do Poder Público na sua instituição passível de indenização.

A depreciação da área atingida por uma APP não pode ser ignorada, pois como sustentar-se que uma área não suscetível de acesso ao proprietário e terceiros – exceto para obtenção de água –, e nem de manejo, possa manter sua finalidade econômica?

Posicionamento no sentido de que as áreas declaradas como APPs possuem valor econômico imensurável, sob o ponto de vista que asseguram o bem-estar psíquico, moral, espiritual e físico da população, constitui-se a nosso ver discurso ideológico que cede frente ao direito de propriedade, tal como proclamado pela Constituição Federal.

O fato de a propriedade na atualidade obrigatoriamente ser compelida a exercer sua função social, não tolhe do proprietário os direitos que a propriedade lhe confere, pois a própria Constituição Federal quando determina que seja sancionada a propriedade que não respeitou sua função social, com instituto extremo de intervenção do Poder Público sobre a propriedade, qual seja, a desapropriação, nem por isso retirou do proprietário o direito de ser indenizado.

Somados o não uso da propriedade pelo particular, à depreciação do valor econômico da área, ao seu uso pela sociedade em geral – mediante atuação do Poder Público na implantação de uma Área de Proteção Permanente – surge a indenização como medida compensatória e restabelecedora da ordem constitucional.

O prazo prescricional para persecução do direito de indenização pela servidão administrativa decorrente da instituição pelo Poder Público da APP, é o mesmo conferido para a ação de desapropriação indireta, que por força da súmula 119 do STJ, é de 20 (vinte) anos.

Não rechaçamos, entretanto, situações que ensejarão indenizações

ínfimas, considerando-se a pequena proporção de área atingida pelo ato da declaração da Área de Preservação Permanente, e até mesmo a real condição física da área atingida, mas isso é questão a ser resolvida por vezes amigavelmente, entre o Poder Público e o particular, de acordo com o direito administrativo e sempre judicialmente, por força do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David e SERRANO NUNES JUNIOR, Vidal. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, V.2. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

_____. Curso de Direito Constitucional. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BENJAMIN, Antonio Herman V., Revista de Direito Ambiental 14, Ano 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho de 1999.

BEZNOS, Clóvis. Poder de Polícia, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1979.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CRETELLA JUNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo, Vol IV. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966.

DAMIS, Roberta Casali Bahia; ANDRADE, Taís de Souza. A inaplicabilidade do Código Florestal em área urbana. Revista Brasileira de Direito Ambiental. Ano 2 – Volume nº 8, outubro/dezembro/ 2006 .

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . Direito Administrativo. 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

_____. Servidão Administrativa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

FIGUEIREDO, José Guilherme Purvin de. A Propriedade no Direito Ambiental. 1ª ed. Rio de Janeiro. ADCOAS, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2008.

FORTINI, Cristiana. A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade. Revista Brasileira de Direito Municipal, ano 5, n. 12. Belo Horizonte, abril/junho, 2004.

FREITAS, Gilberto Passos de. Ilícito Penal Ambiental e Reparação do Dano. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. e FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes Contra a Natureza, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. 19ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

GUERRA, Sérgio. Direito Administrativo, Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.994.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos vícios do ato administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Estudos e Pareceres de Direito Público, v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público, RDP 84. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Direito do Ambiente – A gestão ambiental em foco. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Tomo XIV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1956.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Editora Dialética, 1999.

MORAES, Luís Carlos Silva de. Código Florestal Comentado. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil, Volume VII. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta . Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

PRADO, Luiz Regis. Crimes contra o Ambiente. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Função Social da Propriedade Pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Instituições de Direito Ambiental. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

SÉGUIN, Elida. O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. Comentário Contextual à Constituição. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Direito Ambiental Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, São Paulo, 2009.

_____. Direito Urbanístico Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. Manual de Direito Ambiental. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

SODERO, Fernando Pereira. Curso de Direito Agrário: 2 – O Estatuto da Terra. Brasília, Fundação Petrônio Portella/Ministério da Justiça, 1982.

SODRÉ, Eurico. A Desapropriação. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TÁCITO, Caio. Poder de Polícia e seus limites, RDA V. 27/1, 1975.

VAZ, Isabel. Direito Econômico das Propriedades. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no Domínio Social. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.