

O DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE CORRESPETIVO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE E O DEVER ESTATAL DE INDENIZAR QUANDO A INTERVENÇÃO POR LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE¹

Elisa Helena Lesqueves Galante²

Adriano Sant'Ana Pedra³

Fecha de publicación: 01/04/2014

Sumário: 1 Introdução – 2 A relação recíproca entre o direito de propriedade e o dever de que esta cumpra a função social – 3 O dever fundamental de suportar a limitação administrativa para a defesa e preservação do meio ambiente correspectivo ao direito fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado – 3.1 A limitação administrativa à propriedade como instrumento de preservação do meio ambiente – 3.2 A doutrina e sua concepção de que a limitação administrativa, dada a sua natureza de restrição geral, não gera direito à indenização – 4 O

¹ Artigo apresentado ao Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV –, coordenado pelos professores Doutores Daury César Fabríz e Adriano Sant’Ana Pedra.

² Doutoranda em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais (FDV); Mestre em Direito/ Políticas Públicas e Processo (FDC); membro do grupo de pesquisa “Efetivação dos Direitos Fundamentais pelo Estado” (FDV); Pós-graduada em Direito Público (FCM); Professora Titular da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI); Procuradora Municipal. Advogada.

³ Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Procurador Federal.

direito à indenização, quando a restrição estatal afeta o conteúdo econômico da propriedade – 4.1 Limitação administrativa: a evolução do conceito e os pressupostos para que seja indenizável – 5 Conclusão – Referências.

Resumo:

No artigo, enfrenta-se o tema da realização do dever fundamental de proteção ao meio ambiente e o direito de ser indenizado quando a intervenção afetar o caráter econômico da propriedade, a partir dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Proporciona-se, a partir deste estudo, uma análise dos conceitos tradicionais de limitação administrativa, instituto utilizado para a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conclamando pela construção de um novo conceito, a partir da indenizabilidade edificada pelos precedentes jurisprudenciais.

Palavras-chave: dever fundamental; direito de propriedade; preservação ambiental; limitação administrativa; indenização.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, o direito de propriedade foi exercido de forma absoluta, exclusiva e perpétua como forma de limitar a ação do Estado contra o interesse econômico. No entanto, a nova ordem social que plasmou pelo mundo, impôs limitações ao direito de propriedade, subordinando-o às exigências do bem comum, de tal modo que a nova realidade jurídica do direito de propriedade impôs ao proprietário o dever jurídico de atender de dar-lhe uma função social.

Neste aspecto, o Estado instrumentaliza formas de intervenção na propriedade como mecanismo de proteção ao meio ambiente, afetando, cada uma, um aspecto do direito de propriedade. Neste artigo, investiga-se a limitação administrativa como meio para consolidação do dever fundamental de proteção ao meio ambiente, e sua afinidade com a não extinção do exercício do direito de propriedade, posto que a restrição deva ser geral, ou seja, sobre a propriedade indeterminada, ainda que seja determinável. No entanto, surge um conflito que será investigado, e quando a limitação administrativa ultrapassar o limite razoável e afetar o conteúdo econômico da propriedade?

Busca-se, portanto, a compreensão da limitação administrativa como instrumento estatal de preservação do meio ambiente, a partir dos

precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. E, finalmente, enfrentar o tema da realização do dever fundamental de proteção ao meio ambiente e o direito de ser indenizado quando a intervenção afetar o caráter econômico da propriedade.

2 A RELAÇÃO RECÍPROCA ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DEVER DE QUE ESTA CUMPRA A FUNÇÃO SOCIAL

O direito de propriedade é um importante direito subjetivo material que encontra seu fundamento legal no inciso XXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. A Carta Magna também enfatizou, no inciso XXIII do mesmo dispositivo, a moderna concepção do direito de propriedade, configurando um novo regime fundamental em “que a propriedade não se concebe senão como função social” (SILVA, 2012, p. 273).

A propriedade, como interpretada no atual estágio da democracia brasileira, decorre da evolução da concepção de domínio a partir da segunda metade do século XIX, partindo de um modelo individualista para uma concepção funcionalista voltada à finalidade social. Como consequência, o princípio da função social passou a autorizar “não apenas a imposição de obrigações de não fazer, como também as de deixar de fazer”, e do mesmo modo, “a obrigação de fazer” (DI PIETRO, 2008, p. 114), o que nos leva ao indelével saber de Harada (2009, p. 2), segundo o qual, “a idéia de uso antissocial do domínio é simplesmente incogitável nos dias atuais”.

É interessante lembrar, como ensinado por Di Pietro (2008, p. 119) e Silva (2012, p. 283), que a inspiração no princípio da função social da propriedade decorreu das Encíclicas *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII, de 1961, e *Centesimus Cennus*, de 1991, de João Paulo II, que relacionaram a propriedade à função de servir de instrumento para a criação de bens necessários à subsistência de toda a humanidade, e, assim, por “sobre toda propriedade particular pesa uma hipoteca social”, pois, “a terra, sem dúvida, fornece ao homem com abundância as coisas necessárias para a conservação da sua vida e ainda para o seu aperfeiçoamento, mas não poderia fornecê-las sem a cultura e sem os cuidados do homem” (PIO XXIII, 2004, p. 15).

Muitos são os instrumentos de restrição ao direito de propriedade para a satisfação do bem comum. Para o objeto em estudo, destaca-se que, para a defesa do meio ambiente, o direito de propriedade está intrinsecamente vinculado ao dever fundamental de dar-lhe, também, uma destinação

social, exigindo do proprietário o cumprimento das normas de direito ambiental. Somente assim, haverá uma adequada compatibilização entre o direito de usar e gozar, e o dever de preservação dos bens ambientais, surtindo este como mera limitação administrativa.

Sob a ótica do direito/dever ambiental leciona Campos Júnior (2004, p. 139):

O princípio da função social exerce um papel preponderante na conciliação do direito de propriedade à proteção ambiental. A nossa Constituição explica esta relação quando cuida da propriedade rural, ao estabelecer que a função social só é cumprida se há preservação do meio ambiente. Os princípios (função social e preservação do meio ambiente) são autônomos, mas profundamente interligados.

A pedra angular do dever fundamental de proteção do meio ambiente está expressa no art. 225, *caput*, da Constituição de 1988, sendo uma responsabilidade do Estado tanto quanto é de toda a sociedade.

3 O DEVER FUNDAMENTAL DE SUPORTAR A LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA PARA A DEFESA E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE CORRESPECTIVO AO DIREITO FUNDAMENTAL DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais.⁴

Para Peces-Barba Martínez (1987, p. 336), os deveres fundamentais são:

[...] aquellos deberes jurídicos que se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia, a la satisfacción de necesidades básicas o que afectan a sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de las públicas, o al ejercicio

⁴ Conceito construído coletivamente pelos membros do grupo de pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, no 1º semestre de 2013, coordenado pelos professores Dr. Daury Cesar Fabriz e Dr. Adriano Sant’Ana Pedra, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

de derechos fundamentales, generalmente en el ámbito constitucional.⁵

Importa realçar que os deveres fundamentais, como uma categoria de dever jurídico, alçam o *status* constitucional, na lição de Abreu (2013, p. 5), “quando são imprescindíveis à convivência da coletividade, tratando de temáticas relevantes para a organização do Estado e efetivo funcionamento da máquina pública e para o exercício dos direitos fundamentais”.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental. Daí, como preservá-lo, sem exigir de poucos um sacrifício muito maior para a satisfação de muitos, ou seja, sem violar o pacto no qual vige o equilíbrio da solidariedade social?

A solidariedade, como elemento do dever fundamental, tem como objeto pacificar as relações sociais, de modo a reduzir as desigualdades, “implicando directamente com o comportamento de todos os indivíduos duma colectividade e sendo exercidos num quadro de reciprocidade e de solidariedade,” (NABAIS, 2007, p. 320) para o atingimento do interesse de todos.

O dever fundamental de proteção ao meio ambiente é exercido através de instrumentos de intervenção do Estado na propriedade. Dentre eles, para cotejamento com o objeto de estudo, destaca-se a **limitação administrativa**. Esta, quando destinada à preservação ambiental, está em perfeita sintonia com o princípio da função social da propriedade, pois veda o uso predatório da propriedade e preserva as matas e as florestas para a geração futura.

3.1 A limitação administrativa à propriedade como instrumento de preservação do meio ambiente

A limitação administrativa constitui-se em manifestação do Poder Público que limita o exercício de direito individual em favor do interesse público, exercendo esta prerrogativa através da materialização do poder de polícia. É um instrumento de intervenção do Estado para satisfação do interesse coletivo que se caracteriza por decorrer de normas gerais,

⁵ “[...] aqueles deveres jurídicos que se referem a dimensões básicas da vida do homem em sociedade, a bens de primordial importância, a satisfação de necessidades básicas ou que afetam setores especialmente importantes para a organização e funcionamento das Instituições públicas, ou ao exercício de direitos fundamentais, geralmente em âmbito constitucional”. (tradução nossa)

indeterminada – mas, determinável –, e que não gera o direito à indenização, pois o proprietário conserva o domínio, obrigando-se a suportar, em decorrência daquele, as normas que regulamentam (e restringem) o exercício do direito.

Na lição de Di Pietro (2008, p 123), a limitação administrativa é a forma pela qual o Estado intervém na propriedade privada, constituindo-se de “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”. Para Meirelles (2004, p. 609), é quando “o Poder Público atua na defesa dos interesses coletivos, restringindo direitos individuais como condição ao exercício da propriedade privada e, para consecução, regulamenta, policiando tudo que possa refletir no bem estar geral”, sem afetar os direitos inerentes ao domínio que permanece nas mãos do proprietário.

Seguindo a ordem jurídica, a limitação administrativa se apresenta como um instrumento do direito público, mais precisamente do direito administrativo, utilizado pelo Estado para exigir, dentre outros interesses coletivos, a preservação do meio ambiente. É irrefutável a inteligência de que a limitação administrativa ao direito de propriedade deve ser proporcional entre o interesse público e o privado. Bielsa (1923, p. 68) ensina que *la restricción sólo conforma y nunca desintegra ni disminuye el derecho de propiedad, y obedece a una solidariedad de intereses: el público y el privado*.⁶ Desta compreensão é que se destaca a lição doutrinária de que, por ser uma restrição geral voltada ao interesse coletivo, a limitação administrativa não gera direito à indenização.

3.2 A doutrina e sua concepção de que a limitação administrativa, dada a sua natureza de restrição geral, não gera direito à indenização

A doutrina assenta-se no sentido da não possibilidade de indenização em razão do caráter genérico (não individual) da limitação administrativa. Diógenes Gasparini (2001, p. 603, grifo nosso) leciona que a limitação administrativa é “toda imposição do Estado, de caráter geral, que condiciona direitos dominiais do proprietário, **independentemente de qualquer indenização**”. Na mesma esteira, Hely Lopes Meirelles (2004, p.

⁶ “A restrição somente confirma e nunca extrai, nem diminui o direito de propriedade e obedece a uma solidariedade de interesses: o público e o privado.” (tradução nossa)

607, grifo nosso) arrazoa que limitação administrativa é “toda imposição geral, **gratuita**, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências de bem-estar social”.

Di Pietro (2008, p. 123) argumenta que não há direito à indenização na limitação administrativa, vez “que só é cabível quando o proprietário se vê privado, em favor do Estado ou do público em geral, de alguns ou todos os poderes inerentes ao domínio, como ocorre, respectivamente, na servidão administrativa e na desapropriação”. Os fundamentos de Di Pietro sustentam-se nas lições de Rafael Bielsa (1965, t 4:376), para quem não há direito à indenização na limitação administrativa, por ser esta uma condição geral inerente ao direito de propriedade.

Diante dessas construções doutrinárias, indaga-se: é devida indenização quando a limitação administrativa afeta o caráter econômico da propriedade? Ao indenizar, desnatura o poder de polícia administrativo? Ou nasce a conversão do instrumento utilizado pela Administração em servidão administrativa ou, quiçá, em apossamento administrativo? É o que se pretende responder no próximo capítulo.

4 O DIREITO À INDENIZAÇÃO, QUANDO A RESTRIÇÃO ESTATAL AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE

No capítulo anterior, vimos que é indubitável que a limitação administrativa como instrumento de garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado se apresente como um direito e também como um dever fundamental. Mas, quando essa afeta o conteúdo econômico da propriedade, será possível indenizar?

Antes da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal já havia pacificado o entendimento de que “as matas de preservação permanente são indenizáveis, visto que, embora proibida a derrubada pelo proprietário, persiste o seu valor econômico e ecológico”, no RE 100717/SP.

Novamente, em 1991, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 140224/SP⁷, manteve a decisão do juiz singular

⁷ O objeto da ação era o Decreto nº 10.251, de 30.8.77, que criou a reserva florestal “Parque Nacional da Serra do Mar” e regulamentou a área como patrimônio nacional conforme descrito no § 4º do art. 225 da Constituição Federal, ao lado da Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira. (STF, RE 140224/SP, Rel. Min. Carlos Veloso, Julgamento: 17/09/1991, DJ 18/10/1991.)

e reconheceu o direito do proprietário de ser indenizado em razão do ato estatal ter inviabilizado a exploração econômica da área remanescente. Nesta hipótese, como bem explorado pelo Magistrado, foi reconhecido o apossamento administrativo, na medida em que os proprietários recebiam resposta negativa do Estado para explorar a parte não atingida pelo ato estatal declaratório.

Nos precedentes apresentados, a construção foi no sentido de erigir o direito à indenização por ocorrência do apossamento administrativo, o que, em consequência, ocasiona a desapropriação indireta.

É comum, e até natural que, em regra, o Estado aduza que a indenização não é devida, pois o ato público destinado à preservação ambiental não gera apossamento físico da área, mas, apenas, mera restrição administrativa. Entretanto, em 1995, a partir da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 134297/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, uma nova compreensão foi originada sobre as intervenções estatais realizadas para preservação do meio ambiente através da limitação administrativa. O precedente reconheceu que a restrição ao direito de propriedade imposta pelo Poder Público, em virtude de criação de reservas florestais, não exonera o Estado de indenizar o proprietário do imóvel e reafirma que:

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 imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.

Verifica-se que a obrigação de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado é dever constitucional do Estado, e também um dever fundamental do cidadão, entretanto, a proteção imposta pelo Poder Público não pode impedir o adequado e racional aproveitamento econômico da propriedade, tal como reafirma o precedente citado:

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. (grifo nosso)

Observa-se que, não só o apossamento gera o direito à compensação financeira, mas, também a mera restrição administrativa, tal como ocorre na limitação administrativa, pois os atos declaratórios que objetivam a preservação ambiental, ponderado e harmonizado com o direito fundamental de propriedade preconizado na Constituição Federal, segundo o mesmo precedente, não autorizam:

[...] 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. [...] O preceito consubstanciado no art. 225, par. 4º, da Carta da República, 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 às prescrições legais e respeitadas as condições necessárias a preservação ambiental. (grifo nosso)

O citado acórdão da Suprema Corte vige como precedente básico sobre o tema da limitação administrativa para preservação do meio ambiente, em especial, quando esta intervenção estatal afeta a exploração econômica da propriedade. Apregoa, portanto, o Supremo Tribunal Federal, acompanhado pelos demais Tribunais brasileiros, não só a indenizabilidade da propriedade que sofre o apossamento administrativo, mas, também a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas, objeto de restrições administrativas impostas pelo Poder Público.

Após o referido precedente, foi realizadas alterações no Decreto-lei nº 3.365, de 1941, por meio da Medida Provisória nº 2.183, de 24.8.2001, pacificando o direito de ser indenizado quando o cumprimento do dever fundamental de preservar o meio ambiente ocasionar o esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade:

Art. 15-A. [...]

§ 3º O disposto no **caput** deste artigo aplica-se também às ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, **bem assim às ações que visem a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental**, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença. (grifo nosso)

Pela mesma medida provisória, foi incluído o parágrafo único ao art. 10, sob o qual, também se definiu que se extingue em cinco anos o direito de propor ação que vise à indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público.

A alteração legislativa só veio a confirmar os precedentes firmados pelo STF e STJ, para os quais, por não se tratar a imposição de limitação administrativa de ação real, incidiria o Decreto nº 20.910/32, o qual dispõe que todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública prescreve em cinco anos.

Seguindo, o pressuposto para configurar o apossamento administrativo é a ocupação do bem pelo Poder Público, de modo que afete o caráter perpétuo da propriedade, impedindo que o proprietário nela permaneça. É o que o §3º do art. 15, do Decreto-lei nº 3.365, de 21.6.1941, define como desapropriação indireta e, claramente o diferencia de “ações que visem à indenização por restrições”, ressaltando que, “em especial, aqueles destinados à proteção ambiental”. Este dispositivo foi inserido por medida provisória, e dele destaca-se a intenção do legislador em diferenciar o apossamento administrativo das ações estatais que restringem direitos de propriedade para preservação ambiental. A propriedade, objeto de limitação administrativa, não é convertida em bem público; sobre aquela permanece o domínio do proprietário, seguramente, com as restrições decorrentes da satisfação do bem comum. Assim, se para a satisfação do bem comum, a restrição não for solidariamente equânime, vislumbra-se a necessidade de dividir o custo do prejuízo. A felicidade para o bem comum gera bônus e ônus.

Este entendimento foi reforçado pelo STF, em 2003, na decisão proferida em embargos de declaração em recurso extraordinário de Relatoria do Ministro Maurício Correa:

A propriedade particular situada nas florestas e matas mencionadas no artigo 225, § 4º, da Constituição Federal permanece como bem privado, devendo o Estado em que essa estiver localizada responder pela restrição que a ela impuser, visto que a expressão patrimônio nacional contida na norma constitucional não as converteu em bens públicos da União. (STF, EMB.DECL.no AG.REG. no RE 259267, Rel. Min. Maurício Correa, Segunda Turma, Julgamento: 18/03/2003, DJ 25/04/2003)

A proteção indispensável para preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado não pode impedir que os proprietários venham a realizar o adequado e racional aproveitamento econômico, observadas,

logicamente, as restrições impostas para a concretização do bem comum. Este ponto já se encontra pacificado no Supremo Tribunal Federal, mas, uma nova questão surge que merece ser analisada: quando uma restrição estatal ao uso da propriedade é indenizável?

O Superior Tribunal de Justiça, em 2010, por sua Primeira Turma, realçou o tema ao concluir que “as limitações administrativas **preexistentes** à aquisição do imóvel não geram indenização pelo esvaziamento do direito de propriedade” (grifo nosso)⁸, em especial e principalmente, quando a restrição antecede a aquisição. Todavia, reafirma o entendimento de que, se comprovado que o ato normativo restritivo é posterior à aquisição, gerará, em favor dos proprietários de imóvel atingido, o direito à indenização desde que, também, devidamente comprovada a afetação do conteúdo econômico da propriedade.

O direito de propriedade encontra-se preservado, a partir dos precedentes judiciais, desde que a restrição imposta pelo Poder Público tenha ocorrido posteriormente à aquisição; afete a válida exploração econômica ou gere o esvaziamento do conteúdo econômico e este, seja comprovado pelo reexame do contexto fático-probatório, conforme ressaltou o precedente relatado pelo Ministro Luiz Fux:

[...] porquanto entendimento diverso do adotado pelo Tribunal *a quo* como deseja o recorrente quanto ao alegado esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade a ensejar a referida indenização, implicaria a análise da legislação infraconstitucional que disciplina a espécie (Decreto n. 10.251/77 e 4.771/65), bem como o reexame do contexto fático-probatório engendrado nos autos [...]. (STF, RE 677582/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Julgamento: 28/06/2012, DJe-150 31/07/2012).

Resta, portanto, que dúvida não há de que o direito de ser indenizado deve ser garantido quando a restrição sobre a propriedade afeta o conteúdo econômico. Este fundamento já se encontra pacificado nos precedentes judiciais. A grande *vexata quaestio* é definir qual é o real instrumento de pacificação das relações sociais que, de um lado, garanta o direito de propriedade e, de outro, solidifique o dever fundamental de preservar o meio ambiente.

⁸ STJ. REsp 1.168.632/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17/6/2010. Precedentes que fundamentou o voto: AgRg no REsp 769.405/SP, DJe 16/4/2010; EAgr 404.715/SP, DJ 27/6/2005, e EREsp 254.246/SP, DJ 12/3/2007,

4.1 Limitação administrativa: a evolução do conceito e os pressupostos para que seja indenizável

Contrariando os renomados mestres administrativistas que amparam a doutrina base desta pesquisa, aparentemente apegados ao conceito e requisitos tradicionais dos instrumentos de intervenção do Estado na propriedade, verifica-se que a consolidação do precedente sobre a possibilidade de indenização na restrição decorrente de ato do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, geraram outra controvérsia: qual é o instrumento de intervenção estatal adotado neste caso? Desapropriação indireta decorrente de apossamento administrativo? Servidão administrativa? Ou, enfim, é mesmo a mera limitação administrativa numa nova conjectura, desta feita, indenizável?

A preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como já estudado no capítulo três, se apresenta como um dever positivo geral que “requer um sacrifício trivial” (GARZÓN VALDÉS, p.17). Por esta razão, não há como pactuar a desapropriação indireta, que retira o direito de propriedade, com o dever fundamental de preservá-la.

A servidão administrativa é um ônus real sobre determinada propriedade que “assujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força do qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso ou gozo” (MELLO, 2011, p. 923), proporcionando o desfrute direto pela Administração. A característica que emerge da servidão pública para o estudo que ora se faz, é que esta, se causar prejuízo, provoca o direito à indenização. Contudo, é pacífico que, se teoricamente é profunda a distinção entre servidão e limitação de natureza pública, na prática a fronteira entre ambas é tormentosa.

Esclarece Mello (2001, p. 701) que “as limitações à liberdade e propriedade em que se expressa o poder de polícia de modo algum se confundem com os sacrifícios de direitos”. Para o Administrativista, na primeira o Poder Público “condiciona”, enquanto na segunda há um “verdadeiro sacrifício de direito de um indivíduo em proveito da coletividade”. Como instrumentos que geram o sacrifício de direito menciona a desapropriação e a servidão administrativa, concluindo que:

[...] sempre que seja necessário um ato específico da Administração *impondo um gravame*, por conseguinte criando uma situação nova, atingiu-se o próprio direito é, pois, a hipótese de servidão. Por este motivo entendemos que tanto o tombamento pelo Patrimônio Histórico quanto a declaração de que determinada área particular é de reserva florestal são casos

de servidão e não de limitação administrativa, como normalmente se afirma. (MELLO, 2001, p. 703)

Para Mello (2011, p. 924), há uma distinção básica entre servidão e limitação administrativa, para o qual na servidão “há um *pati*, isto é, uma obrigação de suportar, enquanto nas limitações há um *non facere*, isto é, uma obrigação de não fazer”. Entretanto, a conceituação da limitação administrativa como única obrigação de não fazer, já se encontra superada no direito administrativo, visto que, no concreto, a Administração pode impor obrigação aos particulares de ordem negativa, permissiva e, inclusive, positiva. E é neste vão que clareia Meirelles:

As limitações administrativas são preceitos de ordem pública. Derivam, comumente, do poder de polícia inerente e indissociável da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar de fazer). No primeiro caso, o particular fica obrigado a realizar o que a Administração lhe impõe; no segundo, deve abster-se do que lhe é vedado; no terceiro, deve permitir algo em sua propriedade. (MEIRELLES, 2012, p. 708)

Embora seja mais comum a limitação administrativa como obrigação negativa, esta não é a lição que prevalece, pois, como doutrina Di Pietro (2008, p. 122), há também obrigação positiva na limitação, mencionando os exemplos da obrigatoriedade de adotar medidas de segurança contra incêndio e a de demolir prédio em ruínas. De igual forma, Alexandrino (2013, p. 1015) a conceitua como “obrigações de fazer (obrigações “positivas”), ou obrigações de deixar de fazer alguma coisa (obrigações “negativas”, ou de “não fazer” ou de “permitir”).

Analisando o dever fundamental de preservar o meio ambiente, Canotilho (2007, p. 847) o sintoniza com esse contemporâneo conceito de limitação administrativa, ao dizer que se constituem em três vertentes: (i) o dever de abstenção de práticas nocivas ao ambiente; (ii) a obrigação de ação para a efetiva preservação do ambiente; (iii) a obrigação de impedir terceiros que danifiquem o meio ambiente.

Há, também, outras distinções entre a limitação e a servidão administrativa, dentre elas, destaca-se que, enquanto a primeira é auto-executável, pois emana de ato legislativo geral e abstrato, a segunda carece da observância do procedimento especial idêntico ao da desapropriação. Observa-se, ainda, que o que também distingue um instituto do outro, é que na limitação administrativa, a propriedade não é afetada no seu caráter de exclusividade, inexistindo a coisa dominante, diante do fato de que a

restrição é imposta em benefício do interesse coletivo, de forma abstrata, enquanto na servidão o ato estatal interventivo incide sobre o bem determinado e para atendimento à finalidade específica e de utilidade pública.

Assim, quando a restrição imposta pela Administração impedir o uso da propriedade, de forma a gerar o esvaziamento do conteúdo econômico será a hipótese desapropriação indireta, mas quando reduzir a utilização, de forma significativa e devidamente comprovada, sem que haja o apossamento administrativo, será limitação administrativa, desta feita, indenizável, conforme pacificado:

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 sua configuração, o desapossamento da propriedade, de forma direta pela perda da posse ou da forma indireta pelo esvaziamento econômico da propriedade. (STJ, REsp 901319/SC, Primeira Seção, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgamento 24/06/2009, DJe: 03/08/2009).

Definir a natureza do instituto, a consequente indenização e o prazo prescricional⁹ foram aspectos de uma grande celeuma que se instalou especialmente em razão da preservação ambiental (MARINELA, 2013, p. 892). No entanto, foi a partir dos bramidos que a limitação administrativa evoluiu para uma construção mais moderna, permitindo a plena indenizabilidade, quando o Estado impõe restrições que impeçam o exercício pleno do direito de propriedade ao afetar o conteúdo economicamente utilizável.

⁹ Como relatado anteriormente, o prazo prescricional para pleitear a indenização decorrente de restrição administrativa para preservação ambiental é de 5 anos consoante definido no parágrafo único do art. 10 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.183, de 24.8.2001. Anteriormente, inúmeros precedentes do STJ, por compreender que não se trata de ação real, já sustentavam a prescrição quinquenal a partir do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, para o qual “todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos contados da data do ato formal do qual se originarem”. STJ, REsp 1100563/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgamento 02/06/2009, DJe: 01/07/2009; STJ, REsp 1090622/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento: 25/08/2009, DJe: 31/08/2009; STJ, REsp 901319/SC, STJ, Primeira Seção, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgamento 24/06/2009, DJe: 03/08/2009.

Assim, é possível concluir que as restrições instituídas para preservar o meio ambiente podem gerar dois tipos de intervenção na propriedade privada: a intervenção restritiva utilizando para tanto a limitação administrativa, hipótese em que o Poder Público define o uso sustentável do bem sem impedir o exercício do direito de propriedade, apesar de admitir certa redução de seu valor econômico, o que deve ser indenizado pelo Estado; noutro passo, também, é possível a intervenção supressiva do bem, hipótese em que a atuação estatal impede o uso e gozo do direito de propriedade, caracterizando desapropriação indireta, com indenização. (MARINELA, 2013, p. 893).

Isto porque, **“o direito fundamental à propriedade não pode ser lido em descompasso com o dever fundamental de realização da função social da propriedade, âmbito no qual se insere a proteção ambiental”**

¹⁰. Veste-se, portanto, a limitação administrativa de uma nova concepção, a que lhe aufera a possibilidade de ser indenizável, quando afetar o conteúdo econômico da propriedade, desde que seja posterior à aquisição e devidamente comprovado, modificando toda a formação conceitual a partir dos precedentes estudados.

5 CONCLUSÃO

Constata-se, que, no âmbito doutrinário, permanece a compreensão de que a limitação administrativa, dado o seu caráter genérico e abstrato, não gera direito à indenização e que não há consenso sobre a natureza do instrumento de intervenção na propriedade para preservação ambiental que deve ser utilizado quando esta afeta o conteúdo econômico da propriedade e gera direito à indenização. Entretanto, os tribunais brasileiros, em especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça deram novas vestes a limitação administrativa, em especial, quando esta é utilizada para preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para os homens de toga, o dever fundamental de proteção ao meio ambiente não pode ser mitigado. Nasce então, o dever de indenizar como meio de ratear o sacrifício entre toda a sociedade para a realização do princípio da solidariedade. Dessa forma, estar-se-á preservando o direito de propriedade e garantindo a efetivação do dever fundamental de dar-lhe destinação social, bem como, se for o caso, o dever fundamental de

¹⁰ TRF5. Apelação Cível 405736. Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pere. DJ: 15/04/2008.

preservação do meio ambiente para garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado.

É irretorquível que o sacrifício a ser suportado por um deve estar em sintonia com o mesmo sacrifício suportado por todos, sob pena de violar a dicotomia direito-dever fundamental. A propriedade encontra-se, então, preservada, a partir dos precedentes jurisdicionais, desde que a restrição imposta pelo Poder Público tenha ocorrido posteriormente à aquisição; afete a válida exploração econômica ou gere o esvaziamento parcial do conteúdo econômico e este, seja comprovado pelo reexame do contexto fático-probatório.

Há de se concluir, que o direito de propriedade necessita de conviver em harmonia com o dever fundamental de preservação do meio ambiente. Esta harmonização exige uma distribuição igual e equânime entre todos os beneficiários do custo oriundo da afetação da propriedade em favor da preservação do meio ambiente. Para conquistar esta harmonização, em especial quando esta limitação ultrapassa o limite razoável de intervenção, atingindo o caráter econômico da propriedade, a limitação administrativa deve ser indenizável.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Ivy de Souza. FABRIZ, Daury César. **O dever fundamental de proteção das matas ciliares e das nascentes com base no princípio da proibição do retrocesso: uma análise do código florestal brasileiro.** Derecho y Cambio Social. Lima - Peru, ano X, n. 32, p.1-15, 01 abr. 2013. Disponível em: http://www.derechocambiosocial.com/revista032/o_dever_fundamental_de_protecao.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2013.
- ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado.** 21ª ed. São Paulo: Método, 2013.
- BIELSA, Rafael. Restricciones y servidumbres administrativas. Buenos Aires, 1923.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 901319/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon.** Primeira Seção. Julgamento: 24/06/2009. DJe: 03/08/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=901319+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 20/11/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.168.632/SP**. **Relator: Ministro Luiz Fux**, Data de Julgamento: 17/06/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1168632&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 8/4/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 100717/SP**, **Relator: Francisco Rezek**, Data de Julgamento: 09/12/1983, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 10-02-1984 PP-01019 EMENT VOL-01323-03 PP-00456 RTJ VOL-00108-03 PP-01314. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/909646/recurso-extraordinario-re-100717-sp>> Acesso em: 8/4/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 140224/SP**, **Relator: Min. Carlos Velloso**, Data de Julgamento: 17/09/1991, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 18-10-1991 PP-14551 EMENT VOL-01638-02 PP-00308. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14709855/recurso-extraordinario-re-140224-sp>> Acesso em: 8/4/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 134297/SP**, **Relator: Celso de Mello**, Data de Julgamento: 12/06/1995, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 22-09-1995 PP-30597 EMENT VOL-01801-04 PP-00670 Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745994/recurso-extraordinario-re-134297-sp>> Acesso em: 20/4/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 259267/SP**, **Relator: Min. Maurício Corrêa**, Data de Julgamento: 18/03/2003, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 25-04-2003 PP-00063 EMENT VOL-02107-04 PP-00660. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14745223/embdeclno-agregno-recurso-extraordinario-re-259267-sp>> Acesso em: 20/4/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 677582/SP**, **Relator: Min. Luiz Fux**, Data de Julgamento: 28/06/2012, Data de Publicação: DJe-150, Public 01/08/2012 Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22022452/recurso-extraordinario-re-677582-sp-stf>> Acesso em: 8/4/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 5ª Região. **Apelação Cível 405736. Des. Federal Joana Carolina Lins Pereira** (Substituto). Data de Julgamento: 05/03/2008, Primeira Turma. Data da Publicação: DJ

15/04/2008. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8192966/apelacao-civel-ac-405736-pb-0001572-7720054058200/inteiro-teor-15180371>> Acesso em 7/9/2013.

CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves. **O Conflito Entre o Direito de Propriedade e o Meio Ambiente**. Curitiba: Editora Juruá, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada: artigos 1º. ao 107º*. 4. ed. rev. Coimbra, 2007. v. 1. 2007.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. **Los deberes positivos generales y sua fundamentación**. 1986.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra, Portugal: Coimbra, 2007.

PIO XIII, Papa. **Carta Apostólica Encíclica *Rerum Novarum***. Edições Paulinas, 14ª edição, São Paulo, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.