

3

As colisões entre o direito de propriedade e o meio ambiente urbano

3.1

Conceito de restrição no direito constitucional

A determinação de um conceito de restrição aos direitos fundamentais, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, caracteriza-se como uma das tarefas mais controvertidas e complexas da teoria dos direitos fundamentais. Em se tratando desse tema, as diferentes conceitualizações elaboradas pela doutrina não trazem apenas diferenças de ordem etimológica, mas explicitam — muitas vezes de maneira camuflada — diferentes concepções de Estado, o que reflete, necessariamente, uma prevalência de determinados bens constitucionais.

Embora seja permanente a revisão de conceitos, estruturas e funções realizada pelas teorias dos direitos fundamentais, podemos encontrar nas teorias externa e interna uma densificação suficientemente desenvolvida, a ponto de ainda ser utilizada como referência para os intérpretes dos direitos fundamentais. De acordo com a teoria externa, parte-se do pressuposto de que os direitos fundamentais — sobretudo os direitos de liberdade — são em princípio ilimitados, sendo que qualquer intervenção na liberdade é considerada medida limitada, excepcional, e, por isso, carente de justificação e controle¹. Se a regra é a não intervenção do Estado, entende-se como “restrição” toda e qualquer afetação estatal desvantajosa que elimine ou reduza a fruição de um direito fundamental².

Por sua vez, na teoria interna há um sistema de equilíbrio e um condicionamento recíproco entre os bens jurídicos constitucionais³, impedindo que um bem jurídico seja “absolutizado” a custa de outro, pois com a lesão de

¹ Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 190.

² Cf. *Ibid.*, p. 157.

³ Desse modo, ao mesmo tempo que os direitos fundamentais são bens jurídicos necessários para a existência da comunidade, eles são condicionados pela existência da comunidade. Cf. HABERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 14.

uma parte seria lesionado o conjunto da Constituição⁴. Para que isso ocorra, aposta-se no comprometimento do legislador em realizar uma interpretação do texto constitucional como um todo, de maneira que o direito por ele criado se caracterize como sendo o equilíbrio e a união entre os interesses públicos e privados⁵. Portanto, os direitos fundamentais já estariam sempre imanentemente limitados e conformados por uma espécie de cláusula de comunidade⁶, que excluiria o caráter restritivo, tal como entendido pela teoria externa⁷.

Anota-se que a adoção de qualquer das teorias acima citadas não está isenta de dificuldades. Por um lado, a teoria interna privilegia excessivamente a “generosidade” dos poderes constituídos em “revelar” a vontade do legislador constituinte, o que pode trazer prejuízos quanto à justificação e ao controle das medidas “conformadoras” ao conteúdo dos direitos fundamentais⁸. Embora esteja assentada a ideia de que os atos normativos tenham presunção de constitucionalidade, o que pressupõe estar o legislador comprometido com o respeito à ordem constitucional, não há como vislumbrar que essa situação ideal possa sempre corresponder à realidade, ainda mais em se tratando de Estados em que a cultura dos direitos fundamentais se encontra em construção⁹.

Por outro lado, são nítidas as dificuldades quanto à delimitação do que seja uma norma restritiva, pois nem toda regulação normativa de um conteúdo de direito fundamental possui caráter restritivo. É o caso das chamadas normas legais conformadoras, as quais, ao invés de ocasionarem uma afetação desvantajosa ao titular do direito, têm a função de definir o conteúdo de um direito fundamental¹⁰. Em outras palavras, essas normas — igualmente denominadas por “conformação em sentido estrito”, “regulamentação”, “concretização”, “normas de desenvolvimento” ou “configuração” — conferem exeqüibilidade ou aplicabilidade prática aos preceitos constitucionais, seja regulando os

⁴ Cf. HABERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 41.

⁵ *Ibid.*, p. 26.

⁶ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1280.

⁷ Cf. HÄBERLE, P., *op.cit.*, p. 215.

⁸ Para uma crítica contundente ver, NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 156, nota 262. Ver também CANOTILHO, J. J. G. *loc. cit.*

⁹ Sobre o contexto cultural constitucional, ver FERNÁNDEZ SEGADO, F. *Estudio preliminar. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo*, p. LX. Ressalta-se que o normal funcionamento das instituições democráticas não obstaculiza que sejam recorrentes as violações de direitos fundamentais, inclusive pelo legislador.

¹⁰ Esse é o sentido dado por HÄBERLE, P., *op. cit.*, p. 168 e 174.

requisitos e os contornos jurídicos do conteúdo de cada direito, seja detalhando os pormenores de execução que contribuem para a sua plena operatividade¹¹.

Como explicita Reis Novais, embora seja possível classificar as diferentes modalidades de intervenção nos direitos fundamentais, em termos práticos é muito difícil encontrar critérios sólidos de distinção entre uma norma de desenvolvimento e uma norma restritiva¹². Tal problema se acentua quando a norma em questão, ao mesmo tempo em que estabelece limites ao exercício de determinado direito, igualmente corrobora para a sua concretização. Por exemplo, nas cidades de hoje, a liberdade de deslocamento seria praticamente impossível sem o estabelecimento de regras de circulação impostas a todos, ou seja, a criação e a aplicação dessa norma é uma condição da liberdade de circulação¹³. O mesmo raciocínio pode ser feito em relação à obrigação do proprietário proteger a vegetação natural existente na beira dos rios, na medida em que o desmatamento dessas áreas ocasiona danos à própria propriedade¹⁴.

Em última análise, não há como desconsiderar a existência de um condicionamento recíproco entre os bens jurídico-constitucionais, já que os direitos fundamentais são bens jurídicos necessários para a existência da comunidade, da mesma forma que os direitos fundamentais são condicionados pela existência da comunidade¹⁵. Assim, se no Estado Social¹⁶ as condições fáticas da vida dependem da existência de um número cada vez maior de regulações estatais, o conceito de restrição não pode mais se assentar na ideia de compressão de uma posição jurídica subjetiva típica do Estado liberal, devendo igualmente levar em conta a sua dimensão objetiva¹⁷.

É possível notar que as dificuldades até aqui apresentadas não se referem propriamente ao conceito de restrição em si, mas à configuração ou não de uma

¹¹ Para um maior detalhamento desses conceitos, cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 172-183.

¹² Nesse sentido, ver o exemplo dado pelo autor para regulamentar o direito de manifestação em via pública. Cf. *Ibid.*, p. 176-177.

¹³ *Ibid.*, p. 178.

¹⁴ Cf. MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*, 1982, p. 237.

¹⁵ Cf. HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 14. Como acentua Peter Häberle, "(...) a liberdade individual se revela assim como uma liberdade vinculada desde o primeiro momento a estas relações vitais". Cf. *Ibid.*, p. 101.

¹⁶ *Ibid.*, p. 19. A importância das prestações estatais para assegurar a liberdade fática (real) é analisada por ALEXÝ, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 503-511.

¹⁷ Cf. NOVAIS, J. R., *op. cit.*, p. 57 et. seq. Para uma diferenciação entre a dimensão subjetiva e objetiva ver: CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1256-1257.

medida como restritiva. Nesse sentido, é necessário verificar como cada conteúdo de direito fundamental foi delimitado constitucionalmente em relação ao seu âmbito de proteção, para, em seguida, analisar se os atos realizados pelos poderes constituídos (Legislativo e Executivo) ocasionam efetivamente uma afetação desvantajosa ao titular do direito fundamental.

Portanto, ainda que o conteúdo dos direitos fundamentais seja inicialmente configurado pela totalidade das normas constitucionais, o que será em outro momento analisado, interessa aqui identificar o tema das restrições no plano infraconstitucional, sendo necessário distinguir a restrição em sentido estrito, da intervenção restritiva. Com efeito, enquanto a restrição em sentido estrito possui uma vocação normativa geral e abstrata, ocasionando uma alteração objetiva no conteúdo do direito fundamental¹⁸, a intervenção restritiva afeta o conteúdo do direito de maneira individualizada, restando inalterado o conteúdo objetivo da norma jusfundamental¹⁹.

Embora se trate de distintas modalidades restritivas, há, em geral, uma relação de condicionamento entre elas, pois a legislação infraconstitucional, além de estabelecer as regras de composição dos direitos fundamentais, também funciona como fundamento, critério e justificação para a adoção das intervenções restritivas pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário²⁰. Assim, se uma dada medida restritiva lesiona a garantia do conteúdo essencial²¹ dos direitos fundamentais ou o princípio da proporcionalidade, torna-se indispensável verificar se as referidas violações são decorrentes da lei que autorizou a prática de intervenções restritivas, ou se da própria intervenção restritiva²².

¹⁸ Ressalta-se que esta qualificação pode, no plano concreto, transformar-se em uma intervenção restritiva. Tal situação é passível de ocorrer naquelas hipóteses em que o ato normativo pretende, efetivamente, é ocasionar uma afetação desvantajosa em relação a determinadas pessoas, perdendo assim, a sua característica de abstração e generalidade.

¹⁹ Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 193-194. Anota-se que essa classificação, embora com denominações diversas (servidões administrativas e limitações ou restrições em sentido estrito), é reproduzida pela doutrina tradicional no que se refere às intervenções estatais ao direito de propriedade, como será visto a seguir.

²⁰ *Ibid.*, p. 199. Embora necessária a previsão constitucional ou legal que autorize as restrições (em sentido lato) aos direitos fundamentais, há determinadas situações em que os poderes constituídos — sobretudo a Administração Pública — se vêem obrigados a afetar negativamente um bem jurídico constitucionalmente protegido, independentemente de regulação normativa anterior. Cf. *Ibid.*, p. 200.

²¹ Cabe esclarecer que esse trabalho utiliza as expressões conteúdo essencial e conteúdo mínimo como equivalentes.

²² *Ibid.*, p. 205.

É necessário ressaltar que as restrições em sentido estrito também podem afetar desvantajosamente o conteúdo dos direitos fundamentais, independentemente de posteriores intervenções restritivas. Embora essa situação não seja comum entre os direitos de liberdade fundamentais²³, o direito de propriedade recebe um elevado número de medidas restritivas diretamente pelos atos normativos.

Assentadas as dificuldades em distinguir as medidas que efetivamente ocasionam uma redução ou eliminação da esfera de liberdade dos direitos fundamentais, opta-se neste momento por um conceito amplo de regulação, de maneira a abranger toda e qualquer atuação estatal, por ação ou por omissão, que incida sobre o domínio dos direitos fundamentais, independentemente do seu caráter restritivo. Dessa feita, garante-se que, — a priori —, não seja excluída a possibilidade de realizar o controle (como o princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade e a garantia do conteúdo essencial) de quaisquer medidas que, de alguma maneira, afetam o conteúdo dos direitos fundamentais.

Ressalta-se que a necessidade de estabelecer um amplo controle das restrições não significa excluir o importante aporte teórico desenvolvido pela teoria interna, notadamente no que se refere à justificação das regulações que têm caráter de conformação. Com efeito, a delimitação do âmbito de proteção da garantia constitucional do direito fundamental será realizada posteriormente em relação ao direito de propriedade.

Outro aspecto relacionado ao tema diz respeito à possibilidade de determinar de maneira subjetiva o conceito de restrição. Embora seja adequado analisar em sede judicial as diferentes circunstâncias concretas relacionadas com a restrição a um direito fundamental, parece mais acertado, sempre que possível, delimitar objetivamente a existência dos prejuízos sofridos decorrentes do ato estatal questionado. Nesse sentido, haveria restrição sempre que uma imposição estatal impossibilitar o particular de desenvolver um comportamento abrangido pelo âmbito de proteção de um direito fundamental²⁴.

Feitas essas considerações acerca das restrições aos direitos fundamentais, é necessário apresentar um panorama geral sobre as vinculações

²³ Nesse sentido, ver NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 241.

²⁴ Cf. *Ibid.*, p. 249-250.

infraconstitucionais urbanísticas e ambientais ao conteúdo do direito de propriedade.

3.2

As vinculações urbanísticas e ambientais no direito brasileiro

A amplitude e a multiplicidade de possíveis enfoques sobre esse tema exige que preliminarmente seja delimitado o objeto da presente investigação. Em suma, interessa neste momento apresentar um panorama geral acerca das vinculações infraconstitucionais ao conteúdo da propriedade urbana, o que inclui os atos normativos e administrativos editados pelos três entes federativos brasileiros (União, estados-membros e municípios)²⁵.

Cabe destacar que a Constituição de 1988 estabeleceu regimes jurídicos específicos, sendo que cada tipo de propriedade passou a depender de uma pluralidade de leis ordinárias que fixam conteúdos diversos e impõem limites de várias ordens²⁶. É, pois, o conjunto dessas leis especiais que definirá o conteúdo da propriedade — e não mais o que antes se considerava, ou seja, as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar previstas pela codificação civil²⁷.

Assinala-se que será dada prioridade ao arcabouço legislativo federal — embora não se tenha a pretensão de esgotá-lo —, sendo que os atos estaduais e

²⁵ Considera-se superado o posicionamento doutrinário, muito típico antes da Constituição de 1988, que entendia ser monopólio da União a competência para legislar sobre o conteúdo do direito de propriedade. Interessante observar que José Afonso da Silva, ao mesmo tempo em que chegou a sufragar a tese do monopólio, defendia que “o direito civil não disciplina a propriedade, mas tão-somente regula as relações civis a ela pertinentes”. Cf. SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 1981, p. 80 e 91. Essa contradição foi dirimida na reedição da obra pós-88, a qual já não fazia menção ao monopólio. Cf. Id., *Direito urbanístico brasileiro*, 1995, p. 56 et. seq. Assinala-se que Dalmo Dallari já tinha afirmado que, antes do Código Civil de 1916, o município já detinha competência para fixar normas restritivas do direito de construir. Nesse sentido, ver DALLARI, D. A. *Legislação municipal e direito de construir*.

²⁶ A Constituição brasileira consagra a tese que se desenvolveu especialmente na doutrina italiana, segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, que mantêm correlação com os diversos tipos de bens e de titulares. Cf. TEPEDINO, G. *Contornos constitucionais da propriedade privada*, p. 318; e MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*, p. 465.

²⁷ Cf. PERLINGIERI, P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 436. De uma maneira em geral, resta ao Código Civil a função de definir as relações civis entre proprietários. Cf. SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 2008, p. 80. Exceção a essa afirmação são as normas de vizinhança previstas pela codificação civil, pois ainda que se refiram expressamente a relações entre particulares, acabam por abranger a coletividade como um todo, visto que impõem obrigações relacionadas à saúde e ao meio ambiente. Cf. FACHIN, L. E. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das coisas*, p. 61.

municipais serão, via de regra, explicitados de maneira abstrata²⁸. Restam, pois, excluídas as restrições decorrentes de negócios jurídicos celebrados entre particulares — como é o caso do direito real de servidão²⁹ —, bem como as relações possessórias e de vizinhança³⁰, concessões e demais formas contratuais³¹. Além disso, igualmente não será objeto de análise os atos estatais que afetam a exclusividade do direito de propriedade, os quais impõem, necessariamente, o dever de indenizar³².

No que se refere às normas constitucionais, apesar de igualmente conformarem e/ou restringirem o conteúdo dos direitos fundamentais, a sua análise requer uma abordagem específica³³ tendo em vista a necessidade de se considerar a totalidade do ordenamento constitucional, o que inclui a delimitação do âmbito de proteção de cada direito fundamental, além do condicionamento recíproco entre os direitos fundamentais.

Anota-se que do ponto de vista das vinculações urbanísticas e ambientais, é indiferente se a titularidade das propriedades imobiliárias urbanas é privada ou pública, já que em ambas as situações presume-se existirem razões de interesse público suficientemente densas para justificar tais restrições³⁴. Desse modo, desde que respeitado o sistema constitucional de repartição de competências (administrativa e legislativa), sujeitam-se os bens públicos às restrições exigidas

²⁸ Nesse caso, a autonomia constitucional conferida aos estados-membros e aos municípios proporciona a estes uma ampla margem de conformação legislativa e administrativa, e mesmo naquelas situações em que a lei federal disciplina preliminarmente determinadas matérias — como é o caso do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) —, o conteúdo do plano diretor é, em grande medida, “decidido” no âmbito municipal. Por conseqüência, a análise das vinculações urbanísticas estaduais e municipais não será realizada a partir de legislações já editadas, mas em face dos seus conteúdos em potencial.

²⁹ Cf. FACHIN, L. E. *Direitos de vizinhança e o novo Código Civil brasileiro*, p. 63-64.

³⁰ Mesmo não sendo objeto do presente trabalho, observa-se que existe um amplo campo de investigação para o problema dos impactos ocasionados pela concessão de licenças urbanísticas e ambientais em propriedades “vizinhas”. Acerca desse tema, ver SILVA, V. P. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 255-281.

³¹ Aqui se inclui a servidão ambiental. Cf. o art. 9º-A da Lei 6.938/81, acrescentado pelo art. 84 da Lei 11.284/06. Como não são obrigatórios, também não se caracterizam como restrições estatais ao direito de propriedade os seguintes instrumentos previstos pelo Estatuto da Cidade: direito de superfície; outorga onerosa do direito de construir; operações urbanas consorciadas; e transferência do direito de construir. Cf. os arts. 21 a 35 da Lei 10.257/01.

³² Conforme explicitado no item 3.3, esse é o requisito essencial para uma medida ser configurada como servidão administrativa.

³³ Registra-se que essa temática será desenvolvida no capítulo 4.

³⁴ Em se tratando de espaços ambientalmente protegidos, José Afonso da Silva assinala que: “Quer constituam bens de propriedade privada, quer bens de domínio público, ficam eles sujeitos a um regime jurídico de interesse público, pela relevância dos atributos naturais de que se revestem, postulando proteção especial”. Cf. SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*, p. 230.

pelos demais entes federativos, além das que são impostas pelo próprio ente estatal³⁵.

Em relação à repartição de competências, a partir da Constituição Federal de 1988, é notória a dificuldade em definir com precisão os limites atribuídos a cada ente federativo³⁶, principalmente em decorrência da inclusão dos municípios na estrutura político-administrativa da Federação brasileira, os quais passaram a compartilhar com a União, Distrito Federal e Estados-membros a competência para legislar sobre meio ambiente e direito urbanístico.

Embora a ideia matriz da federação se caracterize pela autonomia e igualdade entre as entidades políticas, a Carta constitucional vigente não rompeu com a tradição constitucional brasileira em assegurar a supremacia legislativa à União, pois, além de atribuir a esta a competência privativa em inúmeras matérias, estabeleceu que na competência legislativa concorrente (incluindo meio ambiente e direito urbanístico), cabe aos estados e municípios suplementar as normas federais gerais; não podendo, portanto, contrariá-las³⁷.

Embora prevalecente a regra da hierarquia normativa, vê-se que a ausência de critérios objetivos acerca dos limites das normas gerais comumente desencadeia conflitos entre estas e as normas especiais dos demais entes federados, ocasionando, em determinadas situações, uma diminuição na proteção ambiental³⁸. Nesse caso, é possível se deparar com situações contraditórias, pois, ao invalidar atos normativos que alargam o âmbito de proteção de um direito fundamental, privilegia-se uma interpretação que desconsidera a principal tarefa de nossa Constituição: a busca permanente e incessante pela máxima efetividade dos direitos fundamentais³⁹.

³⁵ Adotam esse entendimento: MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*, p. 542; e CUSTÓDIO, H. B. *Diretrizes da legislação ambiental para a preservação das áreas verdes urbanas*, p. 128.

³⁶ Cf. MOREIRA NETO, D. F. *Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais*, p. 127-162; FIGUEIREDO, L. V. *Discriminação constitucional das competências ambientais*. Aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais, p. 13-28; e FARIAS, P. J. L. *Competência federativa e proteção ambiental*.

³⁷ Cf. a CF/1934 (art. 5º, § 3º), a CF/1937 (art. 18, caput), a CF/1946 (art. 6º, caput), a CF/1967 (art. 8º, § 2º) e a CF/1988 (art. 24, §§ 1º e 2º; e art. 30, II).

³⁸ É o caso do amianto, em que legislações estaduais mais restritivas que a normativa federal foram invalidadas pelo Supremo Tribunal Federal. Cf. STF. ADI 2.396. Pleno. Unanimidade. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 08 maio 2003. Publicado em 01 ago. 2003; e ADI 2.656. Pleno. Unanimidade Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em 08 maio 2003. Publicado em 01 ago. 2003.

³⁹ Não é por outro motivo que a Carta de 1988 estabeleceu competência administrativa e legislativa a todos os membros federativos em matéria ambiental (cf. art. 23, VI; art. 24, §§ 1º e 2º; e art. 30, II).

Desse modo, ao invés do julgamento se basear em discutíveis critérios formais de competência⁴⁰, tem-se como mais adequado dar prevalência à norma que melhor defenda o bem fundamental tutelado⁴¹. Anota-se que esse entendimento não esgota a possibilidade de conflito, pois a proteção do meio ambiente pode colidir com outros valores constitucionalmente garantidos⁴², restando nessa hipótese realizar o processo de ponderação constitucional.

Outro controverso tema diz respeito ao conflito entre a competência urbanística municipal e a competência federal e estadual para proteger o meio ambiente. O problema se coloca porque, além da autorização para suplementar a legislação federal e estadual em matéria urbanística⁴³, a Constituição Federal atribuiu aos municípios um campo de competência própria⁴⁴ para legislar sobre o ordenamento territorial — o que inclui a qualificação urbanística das propriedades urbanas. Entretanto, no caso de existir legislação ambiental federal ou estadual que justificadamente restrinja as condições de aproveitamento urbanístico de parte ou da totalidade do território municipal, a competência do ente local passa a ser suplementar àquelas⁴⁵. Ademais, como já visto no capítulo antecedente, em virtude da incorporação da temática ambiental na política urbana, torna-se impossível tratar o direito urbanístico sem considerar a sua dimensão ambiental, especialmente no que concerne à paisagem.

⁴⁰ O primeiro passo para superar essa questão é admitir a possibilidade de confronto entre valores constitucionais (a proteção ao meio ambiente como direito fundamental) e valores institucionais (como é o caso da repartição de competência federativa). Apresentando perspectiva análoga, ver SILVA, J. A. *Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente*, p. 57.

⁴¹ Cf. FARIAS, P. J. L., loc. cit., p. 356. No mesmo sentido ver: FREITAS, V. P. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*, p. 92. Nesse sentido, recentemente o Supremo Tribunal Federal, declarou a constitucionalidade da lei estadual que estabeleceu um grau maior de exigência que a lei federal para o beneficiamento do leite de cabra. Vê-se, nesse caso, a prevalência da norma que melhor concretizava o direito fundamental à saúde. Cf. STF. ADI 1.278-9. Pleno. Unanimidade. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 16 maio 2007. Publicado em 01 jun. 2007. Interessante observar que, em última análise, o critério da prevalência do direito fundamental reforça o princípio da autonomia federativa, visto que, embora seja vedado legislar de maneira a reduzir a concretização de um direito fundamental que esteja regulamentado em lei, subsiste a possibilidade de ampliar a incidência de tal proteção. O que não é possível se aplicado o critério da hierarquia normativa de maneira absoluta.

⁴² Citam-se, dentre outros, o caso do emprego (art. 6º, CF), da livre iniciativa (art. 170, caput, CF), do direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF), e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF).

⁴³ Cf. art. 30, II, CF.

⁴⁴ Cf. art. 30, incisos I e VIII; e art. 182, § 1º, ambos da CF. Anota-se que, na esteira de SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 2008, p. 65, evita-se denominar tal competência como privativa pelas razões a seguir expostas.

⁴⁵ Nesse sentido, ver *Ibid.*, p. 65. Cf. julgado do Superior Tribunal de Justiça, o qual decidiu que a legislação municipal de Guaratuba-PR não pode contrariar a legislação do Estado do Paraná, que estabeleceu normas urbanísticas para o seu litoral visando proteger a paisagem e demais recursos ambientais (STJ. 1ª Seção. Maioria. Ação Rescisória 756. Julgado em 27 fev. 2008. Publicado em 14 abr. 2008).

3.2.1

Os espaços territoriais urbanos ambientalmente protegidos

Os espaços territoriais ambientalmente protegidos são áreas geográficas — independentemente da extensão ou titularidade — dotadas de atributos ambientais que justificam sua sujeição a um regime jurídico especial⁴⁶. De maneira acertada, o texto constitucional estabelece um amplo campo de conformação às unidades da federação para definir os bens ambientais, inclusive no que se refere à classificação e o modo de preservação⁴⁷.

Desses bens, será aqui priorizada a análise das vinculações ambientais que incidem em áreas urbanas, que, por sua relevância e ou intensidade restritiva, justificam uma apreciação específica⁴⁸, como é o caso das seguintes modalidades: a) unidades de conservação; b) áreas de preservação permanente; c) Mata Atlântica; d) tombamento; e) zoneamento ambiental.

Unidades de conservação

Desde o Brasil-Colônia existem registros de criação de jardins botânicos⁴⁹, os quais serviam para adaptar ao clima da terra alguns dos tesouros vegetais que fizeram a fortuna do comércio lusitano⁵⁰. Mas a primeira norma legal conservacionista de caráter individualizado referente à vegetação nativa foi editada em 1817 pelo Príncipe Regente D. João, proibindo o corte de árvores em torno das nascentes dos rios Carioca e Paineiras, nas matas do Silvestre e ao longo do aqueduto até o Convento de Santa Tereza⁵¹. Anota-se que o decreto mandava

⁴⁶ Esse regime jurídico especial confere aos espaços protegidos regras específicas quanto a sua modificabilidade e fruição. Cf. SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*, p. 229-230.

⁴⁷ Ver art. 225, § 1º, III; e art. 216, § 1º da CF.

⁴⁸ Anota-se que não se pretende neste capítulo esgotar o assunto, mas apresentar os contornos gerais das principais vinculações ambientais e urbanísticas ao conteúdo do direito de propriedade. Ademais, embora apontadas algumas questões sobre a problemática indenizatória, lembra-se que o tema será pormenorizadamente apreciado na parte final do trabalho.

⁴⁹ Cabe aqui considerar que a primeira unidade de conservação brasileira teria sido o Jardim Botânico de Belém (1796), o qual foi efetivamente concluído em 1798. Cf. SEGAWA, H. *Ao amor do público: jardins no Brasil*, p. 113-114. Entendendo que a unidade precursora foi o Jardim Botânico do Rio de Janeiro (1811), ver SILVA, J. A., op. cit., p. 234.

⁵⁰ Cf. CEZAR, P. B.; OLIVEIRA, R. R. *A Floresta da Tijuca e a cidade do Rio de Janeiro*, p. 26.

⁵¹ *Ibid.*, p. 34. Registra-se que essas localidades se situavam no município do Rio de Janeiro.

também que se avaliassem e indenizassem os sítios instalados no interior das matas preservadas⁵².

A partir do século 20, após serem instituídos hortos florestais e parques nacionais⁵³, iniciou-se um processo de diversificação de unidades de conservação (UCs) — embora à época ainda não se utilizasse essa denominação⁵⁴ —, no qual cada tipo de UC passou a ter um regime jurídico específico⁵⁵, restando ao Poder Público identificar as áreas que correspondessem aos atributos pré-estabelecidos. A ampliação e a categorização das unidades de conservação se justificaram pela mudança de percepção quanto às funções por elas desempenhadas. Partindo-se de uma preocupação com a beleza cênica e bucólica, surgiram novos objetivos, tais como: manejo de recursos naturais, manutenção do equilíbrio climático e desenvolvimento de pesquisas científicas⁵⁶.

Tais avanços não foram sentidos na mesma proporção no que se refere à elaboração de um conceito de sustentabilidade econômico-ambiental, o que certamente colaboraria na identificação dos vínculos com relevância indenizatória. De qualquer maneira, elogia-se o fato de ter sido instituído um Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC)⁵⁷, pois, além dessa proposta diminuir a confusão até então existente em relação à denominação e ao regime jurídico das UCs, corroborou para excluir do “campo da sustentabilidade” as áreas que são manifestamente incompatíveis com o domínio particular (unidades de conservação de proteção integral). Para essa categoria de bens, torna-se desnecessário problematizar acerca da intensidade restritiva, já que a solução adequada consiste em desapropriar as áreas particulares⁵⁸.

⁵² Cf. CEZAR, P. B.; OLIVEIRA, R. R. *A Floresta da Tijuca e a cidade do Rio de Janeiro*, p. 34.

⁵³ Cf. SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*, p. 234.

⁵⁴ A atribuição dessas áreas como UC somente veio a ocorrer com o advento da Resolução n° 11/88 do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), sendo mantida com a legislação que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) - Lei 9.985/00.

⁵⁵ É o caso dos monumentos naturais (Constituições de 1934, 1946 e 1967); dos Parques Públicos (Decreto 23.793/34 e Lei 4.771/65), das Reservas Biológicas, Florestas Públicas e Reservas Particulares do Patrimônio Natural (Lei 4.771/65); das Estações Ecológicas e das Áreas de Proteção Ambiental – APA’s (Lei 6.902/81); da Reserva Ecológica, Áreas de Relevante Interesse Ecológico – ARIE’s (Lei 6.938/81); e dos Jardins Zoológicos (Lei 7.173/83).

⁵⁶ Cf. MILANO, M. S. *Por que existem as unidades de conservação*, p. 197.

⁵⁷ Ver o art. 3° da Lei 9.985/00. Entretanto, nem todas as UCs foram incluídas no SNUC, como é o caso dos Jardins Botânicos, Hortos Florestais, e Jardins Zoológicos. Para essas e outras UCs, sobretudo as estaduais e municipais, embora a legislação tenha previsto o seu enquadramento no prazo de dois anos (Lei 9.985/00, art. 55), a reavaliação em geral, não tem acontecido.

⁵⁸ Cf. os art. 7°, § 1°; e arts. 8° ao 13 da Lei 9.985/00. Destas áreas, permite-se, excepcionalmente, que as unidades de conservação Monumento Natural e Refúgios de Vida Silvestre sejam particulares (arts. 12 e 13, §§ 1° e 2°), o que desobrigaria a realização da desapropriação.

Em relação às unidades de conservação sustentável⁵⁹, a tarefa para conciliar a preservação ambiental e o aproveitamento econômico cabe a um plano de manejo⁶⁰ específico para cada área, o qual estabelecerá o zoneamento, o uso e o manejo dos recursos naturais. Portanto, tendo em vista o grau de generalidade atribuído pela legislação às UCs, a avaliação acerca do vínculo indenizatório dependerá da análise de cada situação em concreto⁶¹, ou seja, do conteúdo do plano de manejo ou mesmo de sua inexistência⁶².

Quanto às zonas de amortecimento e os corredores ecológicos de que tratam a Lei⁶³, enquanto as mesmas não forem efetivamente instituídas, não há como falar em restrições ao conteúdo do direito de propriedade, pois resta inconclusa a definição do novo regime jurídico, bem como a sua delimitação geográfica. Entretanto, mesmo que não haja alteração objetiva das condições de aproveitamento urbanístico, as propriedades situadas no entorno de uma UC estão sujeitas a regras especiais, como a proibição de supressão de vegetação do bioma⁶⁴ Mata Atlântica⁶⁵ ou a sujeição ao licenciamento ambiental⁶⁶.

Ainda em relação às unidades de conservação, existem duas características específicas que merecem destaque: a primeira delas consiste no fato da UC — ao contrário das chamadas “limitações gerais” — incidir sobre uma propriedade individualizada⁶⁷; além disso, são recorrentes as situações em que as restrições existentes em uma UC já preexistiam a sua criação — como é o caso das áreas de

Entretanto, desde o início ou a qualquer momento, cabe ao Poder Público a decisão final acerca da titularidade do bem ambiental. Na mesma direção: FIGUEIREDO, G. J. P.; LEUZINGER, M. D. *Desapropriações ambientais na Lei nº 9.985/2000*, p. 481-482.

⁵⁹ Cf. os arts. 7º, § 2º; 14 ao 21 da Lei 9.985/00.

⁶⁰ Como prevê o art. 2º, XVII da Lei 9.985/00.

⁶¹ Registra-se que as unidades de conservação de uso sustentável não são necessariamente particulares (conforme § 1º dos arts. 15 e 16 da Lei 9.985/00), inclusive, em alguns casos, o domínio público é obrigatório (conforme § 1º dos arts. 17 a 19 da Lei 9.985/00). Anota-se que não é cabível indenização em relação a UC Reserva Particular do Patrimônio Natural, visto que a sua criação é voluntária, ou seja, depende de requerimento do proprietário (conforme art. 21, § 1º da Lei 9.985/00, c./c. o art. 5º do Decreto 1.922/96).

⁶² Apesar da manifesta relevância da referida regulamentação, é fato recorrente a sua não implementação nas unidades de conservação brasileiras, o que pode gerar demandas indenizatórias, pois o aproveitamento urbanístico-econômico é atribuído pelo plano de manejo. Acerca desse tema, ver GAIO, D. *Unidades de conservação não regulamentadas e o direito de construir*, p. 227-234.

⁶³ Cf. previsão do art. 25 da Lei 9.985/00.

⁶⁴ Pode-se conceituar bioma como uma grande comunidade estável e desenvolvida, adaptada às condições ecológicas de uma certa região, e geralmente caracterizada por um tipo principal de vegetação. Cf. HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*, p. 456.

⁶⁵ Cf. o art. 11, I, “d” da Lei 11.428/06.

⁶⁶ Cf. o art. 27 do Decreto 99.274/90.

⁶⁷ Cf. as teorias do ato individual e do sacrifício especial (item 3.3).

preservação permanente do Código Florestal e dos terrenos alagadiços e inundáveis previstos pela Lei de Parcelamento⁶⁸ —, devendo esse fato excluir ou diminuir eventual concessão indenizatória.

Áreas de preservação permanente

As áreas de preservação permanente (APPs) previstas pelo Código Florestal são outra modalidade de espaço ambiental em zona urbana. Apesar dessas áreas ainda possuírem *deficit* quanto a sua efetividade — inclusive por parte do Poder Público —, desde 1934 o Brasil dispõe de um Código Florestal, o qual, além de servir de base à criação de UCs⁶⁹, já proibia devastar a vegetação das encostas de morros em centros urbanos, ou derrubar determinadas matas situadas às margens dos cursos d'água⁷⁰.

Um conceito mais amplo de APPs foi previsto pela legislação a partir do final do século 20⁷¹, de maneira a abranger florestas e quaisquer formas de vegetação natural, nativas ou não, que tenham a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, o solo, o fluxo gênico de fauna e flora e a biodiversidade. No que se refere ao modo de instituição, manteve-se a tradição do Código de 1934 em atribuir ao Poder Público a criação de espaços ambientais por ato individual — dispositivo este que tende a cair em desuso em virtude da sua semelhança com as UCs⁷².

Desse modo, há especial interesse em relação às APPs que foram criadas diretamente pela Lei (Código Florestal) e que protegem as vegetações situadas ao

⁶⁸ Conforme, respectivamente, o art. 2º da Lei 4.771/65, e art. 3º, I da Lei 6.766/79. Situação análoga ocorreu com a decretação de tombamentos ambientais na Serra do Mar (entre os estados de Paraná e São Paulo). Para outras considerações, ver FIGUEIREDO, G. J. P.; LEUZINGER, M. D. *Desapropriações ambientais na Lei nº 9.985/2000*, p. 485.

⁶⁹ Cf. MACHADO, P. A. L. *Florestas de preservação permanente e o Código Florestal brasileiro*, p. 28; e SOUZA FILHO, C. F. M. *Espaços ambientais protegidos e unidades de conservação*, p. 18.

⁷⁰ Como dispõe o art. 22, alíneas “b” e “h” do Decreto 23.793/34.

⁷¹ Cf. o art. 1º, § 2º, II da Lei 4.771/65, que inicialmente foi acrescentado pela MP 1.956-50, de 26 de maio de 2000, e que teve sua redação mantida pela MP 2.166/01. Ressalta-se que a necessidade de um conceito amplo já tinha sido apontada por MACHADO, P. A. L., *op. cit.*, p. 24.

⁷² Cf. art. 3º da Lei 4.771/65. Em virtude do seu caráter individualizado, Paulo Affonso defende que essa restrição caracteriza-se, a princípio, como indenizável. Cf. *Ibid.*, p. 27.

longo dos rios, nas encostas, nos topos de morros, dentre outras situações⁷³. Interessante observar a imensa importância que essas áreas representam para a proteção da biodiversidade existente nos centros urbanos brasileiros, além de propiciar elevada qualidade de vida e bem-estar em decorrência dos benefícios gerados pelas áreas verdes, tais como ar puro, ventilação, diminuição da temperatura e paisagem aprazível.

Para que não haja dúvidas acerca da incidência das APPs em áreas urbanas, embora desde 1934 haja menções a esse respeito⁷⁴, a redação vigente do Código Florestal expressamente determina que o plano diretor e as demais leis de uso do solo municipais devem respeitar os princípios e os limites estabelecidos pela legislação federal⁷⁵.

No que concerne às vinculações urbanísticas-ambientais, o Código Florestal estabelece como regra a proibição de supressão parcial ou total das APP's, admitindo-se, excepcionalmente, intervenções em caso de interesse público ou social⁷⁶, ou atividades que produzam baixo impacto ambiental⁷⁷. Isso implica dizer que quaisquer outras atividades econômicas e urbanísticas são vedadas, impondo-se ainda a obrigação de reflorestar acaso se constate a inexistência de vegetação natural⁷⁸, inclusive para o novo proprietário que não tenha dado causa à devastação ambiental⁷⁹.

⁷³ Cf. art. 2º da Lei 4.771/65. Anota-se que, desde 1934, o Código de Águas instituiu os “terrenos reservados”, ao estabelecer a proibição de construção na faixa de quinze metros ao longo dos cursos d’água navegáveis (Decreto 24.643/34, art. 14).

⁷⁴ Ver o art. 22, alíneas “b” e “h” do Decreto 23.793/34. Nota-se que a redação original do Código Florestal de 1965 não faz qualquer diferenciação entre zona rural e urbana quanto à aplicabilidade das APPs (art. 2º da Lei 4.771/65), diferentemente da Reserva Legal, que incide apenas sobre as propriedades rurais (ver arts. 16 e 17 da Lei 4.771/65).

⁷⁵ Conforme dispõe o artigo 2º, parágrafo único da Lei 4.771/65 (acrescentado pela Lei 7.803/89); e o art. 2º, XIII, da Resolução 303/02 do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA). Nesse sentido, tem se posicionado o STJ. RESP 194.617. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Franciulli Netto. Julgado em 16 abr. 2002. Publicado em 01 jul. 2002; RESP 4.196. 1ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Francisco Falcão. Julgado em 18 mar. 2004. Publicado em 17 maio 2004. Ver também o acórdão do STF. Ação Rescisória 1.303-4. Pleno. Unanimidade. Julgado em 01 jun. 1989. Publicado em 30 jun. 1989, que, ao reconhecer a isenção de tributação de IPTU em áreas de preservação permanente, acaba igualmente por reconhecer a vinculação às normas do Código Florestal. Para outras informações, ver GAIO, D. *A utilização de instrumentos urbanísticos como alternativa à proteção de áreas de preservação permanente urbanas*.

⁷⁶ Ver o art. 4º da Lei 4.771/65.

⁷⁷ Desse modo, o órgão ambiental competente poderá autorizar em qualquer ecossistema a intervenção ou supressão de vegetação, eventual e de baixo impacto ambiental. Cf. os arts. 10 e 11, da Resolução 369/06 – CONAMA.

⁷⁸ Essa determinação legal (art. 18 da Lei 4.771/65) tem sido recepcionada pelos tribunais brasileiros, tanto no que se refere à reserva legal — que é exclusiva para as propriedades rurais — como para a mata ciliar, a qual também abrange os imóveis urbanos. Cf. STJ. RESP 194.617. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Franciulli Netto. Julgado em 16 abr. 2002. Publicado em 01 jul.

Dessa feita, em se tratando de obrigações de natureza ambiental, torna-se insubsistente o argumento de que existe direito adquirido em face de determinadas situações fáticas. Isso significa dizer que a proteção constitucional ao meio ambiente reduz o conceito de propriedade e acaba por retirar do exercício de tal direito um conjunto de condutas, tais como, poluir, desmatar e degradar, submetendo-o aos preceitos materiais retirados da leitura da Constituição⁸⁰. Aliás, o descumprimento da função social da propriedade por si só retira a possibilidade de se invocar direito adquirido⁸¹. Entretanto, existem situações que apresentam um maior grau de complexidade — como é o caso de edificações consolidadas em cidades construídas ao redor de rios —, nas quais recomenda-se sopesar os custos ambientais, econômicos e sociais envolvidos. Com efeito, é necessário analisar se a vantagem da proteção do bem é proporcional à desvantagem do bem atingido, o que nem sempre é uma tarefa simples⁸².

No que se refere ao conteúdo do direito de propriedade, cabe assinalar que o fato das APPs atingirem propriedades indeterminadas e terem como característica a generalidade, exclui, a princípio, a necessidade de conceder indenização⁸³. Embora essa análise não possa menosprezar as situações

2002. No mesmo sentido, a fundamentação elaborada pelo Ministro do STF Carlos Madeira. In: STF. Ação Rescisória 1.303-4. Pleno. Unanimidade. Rel. Min. Carlos Madeira. Julgado em 01 jun. 1989. Publicado em 30 jun. 1989.

⁷⁹ Cf. STJ. RESP 843.036. 1ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. José Delgado. Julgado em 17 out. 2006. Publicado em 09 nov. 2006; RESP 217.858. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Franciulli Netto. Julgado em 04 nov. 2003. Publicado em 19 dez. 2003; EDcl no AgRg no RESP 255.170. 1ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 01 abr. 2003. Publicado em 22 abr. 2003.

⁸⁰ Cf. MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional – direitos fundamentais*, p. 468; e SANTOS, G. F. *Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais*, p. 24-25.

⁸¹ Nesse sentido, ver PACCAGNELLA, L. H. *Função sócioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal*, p. 17; e FRANCO, J. G. *Direito ambiental: matas ciliares*, p. 103.

⁸² Cf. ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 124. Importante lembrar que a tomada de decisão pela manutenção da edificação deve ser considerada como exceção. Veja-se, por exemplo, que a Resolução 369/06 do CONAMA estabelece o total de quinze exigências para que assentamentos de baixa renda situados em faixas de preservação possam ser regularizados. Para um estudo aprofundado sobre o tema, ver: PRESTES, V. B. *A Resolução CONAMA nº 369/06 na perspectiva do direito intertemporal: a hipótese da regularização fundiária sustentável*, p. 391-411. Além disso, o fato de se admitir a permanência de edificações nesses locais não exclui a responsabilidade ambiental pela supressão de vegetação natural. Assim, em não sendo possível recuperar o meio ambiente degradado, subsiste a necessidade de exigir medidas compensatórias, além da possibilidade de aplicar sanções administrativas ambientais (conforme art. 43 do Decreto 6.514/08).

⁸³ Por todos, ver MACHADO, P. A. L. *Florestas de preservação permanente e o Código Florestal brasileiro*, p. 27. A desnecessidade de indenização igualmente atinge os “terrenos reservados”, conforme posicionamento atual do STJ. Cf. RESP 763.591. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 26 ago. 2008. Publicado em 23 out. 2008; e RESP

específicas do caso concreto, há determinados parâmetros que aos poucos vêm sendo construídos pela doutrina e pela jurisprudência, como a necessidade de comprovação da exploração econômica⁸⁴ ou mesmo a impossibilidade das APPs serem exploradas⁸⁵.

Salienta-se que a faixa de APP pode ser considerada para o cálculo do coeficiente de aproveitamento do imóvel⁸⁶, o que atenua consideravelmente a intensidade restritiva. Contudo, tendo em vista que as faixas de proteção das APPs são definidas a partir da largura dos cursos d'água⁸⁷, vislumbram-se situações que podem inviabilizar o aproveitamento econômico-urbanístico das propriedades afetadas, como por exemplo, o não cumprimento dos requisitos construtivos mínimos exigidos pela municipalidade⁸⁸.

Mata Atlântica

Dentre os espaços ambientais protegidos criados diretamente pela Constituição Federal e que são considerados “patrimônio nacional brasileiro”⁸⁹, o bioma Mata Atlântica é o único que possui parâmetros efetivos de proteção ambiental e aproveitamento econômico⁹⁰, inclusive no que se refere às áreas urbanas. Inicialmente vedados por prazo indeterminado o corte e a respectiva exploração da vegetação nativa da Mata Atlântica⁹¹, com a edição do Decreto 750/93 passa a ser autorizada em áreas urbanas — desde que obedecidos

686.318. 1ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 06 maio 2008. Publicado em 16 jun. 2008.

⁸⁴ Cf. RESP 784.106. 1ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Francisco Falcão. Julgado em 12 dez. 2006. Publicado em 22 mar. 2007; e RESP 636.267. 1ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 19 maio 2005. Publicado em 13 jun. 2005.

⁸⁵ Cf. RESP 503.418. 2ª Turma. Maioria. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgado em 21 nov. 2006. Publicado em mar. 2007; e RESP 403.571. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgado em 04 ago. 2005. Publicado em 29 ago. 2005.

⁸⁶ Cf. SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 1981, p. 322-323.

⁸⁷ Veja-se que, de acordo com o art. 2º da Lei 4.771/65, a faixa de proteção varia de 30 a 500 metros.

⁸⁸ A título de exemplo, cita-se o tamanho mínimo de residência definido pelo Código de Obras e Edificações, e os recuos em relação às divisas do lote.

⁸⁹ Como dispõe o art. 225, § 4º, CF.

⁹⁰ Anota-se que o bioma Zona Costeira, a despeito de possuir legislação recepcionada pela CF de 1988 (Lei 7.661/88) e ato normativo regulamentar (Decreto 5.300/04), tem a sua proteção condicionada à elaboração pelos estados e municípios de planos de gerenciamento costeiro que efetivamente delimitem as áreas e os parâmetros de uso e ocupação.

⁹¹ Cf. o Decreto 99.547/90. Anota-se que alguns meses antes, o Instituto Brasileiro dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) tinha expedido portaria autorizando a exploração da Mata Atlântica, desde que aprovado o plano de manejo (Portaria IBAMA 218/89).

determinados requisitos⁹² — a supressão de vegetação nos estágios avançado e médio de regeneração⁹³.

A proteção desse bioma ganha uma nova dimensão a partir da edição da Lei 11428/06⁹⁴ devido ao significativo aumento de exigências relacionadas ao corte, à supressão e à exploração da vegetação existente. Com efeito, a legislação prevê um escalonamento no rigor protetivo conforme o tipo de vegetação encontrada no local — primária, e secundária nos estágios: avançado, médio e inicial de regeneração⁹⁵ — e a data em que essas áreas são incorporadas aos perímetros urbanos⁹⁶, somando, ao todo, seis configurações legais distintas.

Embora haja grande possibilidade de parte da vegetação de Mata Atlântica já ser protegida por outras legislações ambientais⁹⁷, a Lei 11428/06 estabelece várias hipóteses em que se configura a proibição total de supressão de vegetação⁹⁸. Nas situações restantes, desde que cumpridos os requisitos exigidos⁹⁹, permite-se a retirada parcial da vegetação, variando apenas o percentual mínimo a ser preservado¹⁰⁰.

⁹² Além de ser vedada a supressão em algumas hipóteses, exigia-se que não fossem contrariados o plano diretor municipal e as demais legislações ambientais (como o Código Florestal), sendo ainda necessária a autorização do órgão ambiental estadual, conforme dispõe o art. 5º do Decreto 750/93.

⁹³ Cabe assinalar que a definição de vegetação primária e secundária (estágio avançado ou médio de regeneração) deve ser aprovada pelo CONAMA (art. 6º do Decreto 750/93). Nesse sentido, inicialmente foram estabelecidos os parâmetros básicos de análise (Resolução 10/93 – CONAMA); e, em seguida, foram elaboradas definições individualizadas para cada estado que possuísse vegetação de Mata Atlântica (ver, a título de exemplo, a Resolução 01/94 – CONAMA).

⁹⁴ Ressalta-se que o texto constitucional (art. 225, § 4º, CF) exige que as formas de utilização do patrimônio nacional sejam definidas por lei em sentido formal, o que não tinha sido até então observado, pois o Decreto 750/93 não cumpria tal requisito.

⁹⁵ Entretanto, a Lei 11.428/06 não realiza essa classificação, remetendo ao CONAMA a realização dessa tarefa (art. 4º, § 1º). Este, inicialmente, optou por convalidar as resoluções já anteriormente editadas para cada estado (Resolução 388/07 – CONAMA), o que não impede que as mesmas sejam devidamente atualizadas, como já ocorreu em relação aos estados da Paraíba e de Minas Gerais (Resoluções 391/07 e 392/07 – CONAMA).

⁹⁶ Ver os arts. 30 e 31 da Lei 11.428/06.

⁹⁷ Aliás, o legislador expressamente consignou a necessária observância ao Código Florestal e demais regramentos normativos. Nesse sentido ver os arts. 1º, 30 e 31 da Lei 11.428/06.

⁹⁸ Destacam-se as seguintes situações: vegetação primária; vegetação secundária em estágio avançado de regeneração que se localize em perímetro urbano aprovado após a vigência dessa lei; e vegetações que possuem funções ambientais específicas como, por exemplo, abrigar espécies da flora e da fauna silvestres ameaçadas de extinção. Cf., respectivamente, arts. 30, caput; 30, II; e 11 (Lei 11.428/06).

⁹⁹ De acordo com a Lei 11.428/06, enquanto a supressão de vegetação secundária em estágio inicial de regeneração requer apenas a autorização pelo órgão estadual competente (art. 25), para as demais hipóteses, além da referida autorização, há exigências específicas quanto à localização da supressão (art. 12), e à necessidade de compensação ambiental (art. 17).

¹⁰⁰ O percentual mínimo a ser protegido varia entre 30 e 50% da área total coberta por essa vegetação (conforme arts. 30, I; e 31 da Lei 11.428/06). No caso da vegetação secundária em

Interessante observar que, embora essa legislação tenha se baseado em suportes fáticos distintos, constata-se a existência de apenas dois regimes jurídicos bem definidos: a preservação (proteção integral); e a conservação (uso sustentável). Note-se que essa sistemática já foi adotada pela lei que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação¹⁰¹; porém, no caso da Mata Atlântica é possível subsistir em uma mesma propriedade inúmeras hipóteses distintas. Ademais, ao contrário das UCs, a lei de proteção da vegetação de Mata Atlântica vincula de maneira geral e abstrata todas as propriedades que nela se enquadrem.

Embora se perceba o propósito em garantir ao máximo possível a sustentabilidade econômico-ambiental às propriedades que se inserem no bioma Mata Atlântica, essa complexa multiplicidade de situações impõe que o problema do vínculo indenizatório seja analisado levando-se em conta cada situação concreta. Situação menos controvertida parece ser a diferenciação realizada em virtude da vegetação estar ou não incluída em perímetro urbano. Isso porque, se a vinculação ambiental ocorreu no momento em que determinada área era classificada como não-urbana, uma eventual demanda judicial indenizatória por prejuízos causados deve se basear nas condições de aproveitamento econômico então vigentes.

Tombamento

A política nacional de proteção dos bens culturais foi inaugurada com o advento do Decreto-Lei 25/37¹⁰², o qual atribuiu ao Serviço de Patrimônio Histórico da União a incumbência de proceder ao tombamento daqueles bens cuja conservação seja de interesse público¹⁰³, o que foi posteriormente seguido por

estágio inicial de regeneração não há limite mínimo a ser preservado. Cf. art. 25, caput da Lei 11.428/06.

¹⁰¹ Ver o item 3.2.1.

¹⁰² O registro de algumas iniciativas preservacionistas anteriores ao DL 25/37 podem ser encontradas em: SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 1981, p. 482-484; e SOUZA FILHO, C. F. M. *Bens culturais e proteção jurídica*, p. 41 et. seq.

¹⁰³ Note-se que o conceito de interesse público dado pela lei abrangia: o conjunto de bens móveis e imóveis que se vinculem a fatos memoráveis do Brasil; os bens que tenham excepcional valor (arqueológico, etnográfico, biológico, ou artístico); e os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens notáveis (DL 25/37, art. 1º). Atualmente, deve-se considerar a conceituação dada pela Constituição Federal, a qual amplia consideravelmente o objeto de proteção (cf. o art. 216, CF).

estados e municípios¹⁰⁴. Atualmente a proteção do meio ambiente cultural também pode ser realizada por outros instrumentos de proteção¹⁰⁵, tendo particularmente interesse para esse estudo a utilização das técnicas de zoneamento.

Acerca do tombamento, cabe inicialmente considerar que o objeto da tutela jurídica tanto pode ser um bem singular (um casarão, um morro), um conjunto de bens (um quarteirão, um bairro, uma cidade) ou um complexo de bens (uma paisagem, uma floresta e morros com edificações que os integram, como o Parque da Tijuca no Rio de Janeiro)¹⁰⁶. Portanto, o instituto do tombamento aplicado a situações tão diversas não pode ter outra justificativa que não seja a qualidade intrínseca que esses bens possuem¹⁰⁷. Em última análise, busca-se com esse raciocínio demonstrar que, embora parte dos tombamentos incida sobre propriedades individualizadas, há, efetivamente, um liame condutor entre todos os bens culturais em virtude das suas características¹⁰⁸.

Não se pretende com essa afirmação excluir definitivamente a possibilidade de se atribuir ao ato de tombamento o aniquilamento do direito de propriedade — que nesse caso é indenizável —, mas de enfatizar a natureza declaratória do bem tombado — mesmo que deste decorram efeitos jurídicos —, pois antes do referido ato formal, os requisitos constitucionais definidores de um bem cultural¹⁰⁹ já se presumiam devidamente preenchidos¹¹⁰.

No que se refere especificamente às vinculações ao conteúdo da propriedade urbana, destaca-se inicialmente o tratamento diferenciado dado aos bens públicos tombados, pois estes se tornam inalienáveis, admitindo-se apenas a transferência a outros entes federativos¹¹¹; ao contrário, os imóveis particulares

¹⁰⁴ Como é caso da legislação paranaense (Lei 1.211/53). Outros exemplos podem ser encontrados em SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 488-489.

¹⁰⁵ Cf. o art. 216, § 1º, da CF.

¹⁰⁶ Cf. *Ibid.*, p. 494.

¹⁰⁷ Defendendo que dessa qualidade intrínseca nasce a obrigação do proprietário, ver SOUZA FILHO, C. F. M. *Bens culturais e proteção jurídica*, p. 24.

¹⁰⁸ A argumentação de que cada bem tombado é parte integrante de uma universalidade que é o patrimônio histórico e artístico nacional foi defendida por CASTRO, S. R. *O Estado na preservação dos bens culturais*, p. 138-139.

¹⁰⁹ Conforme o art. 216, CF.

¹¹⁰ Com precisão Marés Souza afirma que a Constituição de 1988 não exige que haja tombamento para que seja reconhecido um bem como integrante do patrimônio cultural, realçando, dessa maneira, o seu caráter declaratório. Cf. SOUZA FILHO, C. F. M., *op. cit.*, p. 64. Defendendo a natureza constitutiva do tombamento, ver SILVA, J. A. *Ordenação constitucional da cultura*, p. 159-160.

¹¹¹ Cf. o art. 11 do DL 25/37.

podem ser alienados, desde que esteja garantido o direito de preferência às entidades públicas e sejam promovidos a comunicação e o registro de qualquer transferência realizada¹¹².

Além disso, a legislação veda a destruição, a demolição ou a mutilação de todos os bens tombados, exigindo-se ainda que o proprietário realize as reparações necessárias a sua conservação — obrigação esta que é atribuída à União subsidiariamente — e que permita a vigilância permanente por parte do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN)¹¹³. Ademais, os prédios vizinhos também estão sujeitos a regras especiais de modo a impedir ou reduzir a visibilidade dos imóveis tombados¹¹⁴.

Esse conjunto de restrições estabelecidas pelo DL 25/37 foi, em poucos anos, submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal sob a alegação de que o tombamento diminuiria a possibilidade de fruição das faculdades do proprietário. Na ocasião, a Corte Suprema declarou a constitucionalidade dessa legislação ao sustentar que as faculdades do direito de propriedade são passíveis de redução¹¹⁵.

Atualmente, o exame dessa questão se torna mais complexo, na medida em que a legislação e a dinâmica imobiliária, em geral, proporcionam um aproveitamento econômico-urbanístico imensamente superior aos padrões existentes na década de 30 do século passado. Por outro lado, ao mesmo tempo em que se explicita um tensionamento entre proprietários/incorporadores urbanos e Poder Público, passa-se a questionar os pressupostos geradores da valorização imobiliária — como a qualificação urbanística e os investimentos públicos — e o valor econômico dos bens ambientais, de modo que a análise da intensidade

¹¹² Ver, respectivamente, os arts. 22 e 13 do DL 25/37.

¹¹³ Conforme, respectivamente, dispõem os arts. 17, 19 e 20 do DL 25/37. Ressalta-se que a pintura, reparação ou restauração no imóvel dependem de autorização do referido órgão federal (art. 17).

¹¹⁴ Cf. o art. 18 do DL 25/37. Nesse caso, como bem aponta Hely Meirelles: “O conceito de redução de visibilidade, para fins da Lei de Tombamento, é amplo, abrangendo não só a tirada da coisa tombada como a modificação do ambiente ou da paisagem adjacente, a diferença de estilo arquitetônico, e tudo o mais que contrasta ou afronte a harmonia do conjunto, tirando o valor histórico ou a beleza da obra ou do sítio protegido”. Cf. MEIRELLES, H. L. *Direito de construir*, 1994, p. 127.

¹¹⁵ Cf. STF. Ap. Cível 7.377-DF. In: Revista dos Tribunais, n° 147, jan. 1944, p. 785-811. Esta questão vem dividindo a doutrina nestas últimas décadas. Defendendo como regra a não indenizabilidade do tombamento: SOUZA FILHO, C. F. M., loc. cit., p. 71-72; SILVA, J. A. *Ordenação constitucional da cultura*, p. 159-162; e CASTRO, S. R. *O Estado na preservação dos bens culturais*, p. 138-144. Em sentido contrário, ver MELLO, C. A. B. *Tombamento e dever de indenizar*; e FIGUEIREDO, L. V. *Disciplina urbanística da propriedade*, p. 61 et. seq.

restritiva à propriedade não pode deixar de considerar todas as condicionantes relacionadas.

Zoneamento ambiental

Pode-se conceituar o zoneamento como uma técnica de repartição ou demarcação do solo correspondente a uma determinada unidade territorial (em regra, o espaço municipal), reservando os setores ou as zonas a destinos ou fins determinados¹¹⁶. Inicialmente, o zoneamento apenas se baseava em uma concepção urbanística de cidade, pois se propunha, essencialmente, a ordenar de maneira funcional os usos e a ocupação nos centros urbanos embora se possa admitir que determinadas preocupações como a salubridade e a higiene se caracterizem como traços iniciais de uma qualidade ambiental urbana¹¹⁷.

Com a crescente relevância dada às questões ecológicas, o planejamento passa a ser defendido por ambientalistas como uma importante ferramenta de preservação dos recursos naturais e dos bens culturais; da mesma maneira, os planejadores urbanos e urbanistas cada vez mais se apropriam da temática ambiental, a fim de que as cidades sejam construídas de maneira sustentável¹¹⁸.

No Brasil, desde o século 19 os códigos de posturas demonstram preocupação com a salubridade e a higiene urbana, o que foi acompanhado por processos de renovação nos centros antigos das capitais¹¹⁹. Entretanto, se tomarmos o conceito de zoneamento enquanto “procedimento urbanístico destinado a fixar os usos adequados para as diversas áreas do solo municipal”¹²⁰,

¹¹⁶ Cf. CORREIA, F. A. *Manual de direito do urbanismo*, p. 48.

¹¹⁷ Id., *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 34-35.

¹¹⁸ Essa simbiose pode ser constatada já na Carta de Atenas de 1933, que foi sintetizada e interpretada por Le Corbusier: “O primeiro dever do urbanismo é por-se de acordo com as necessidades fundamentais dos homens A saúde de cada um depende, em grande parte, de sua submissão às “condições naturais”. O sol, que comanda todo crescimento, deveria penetrar no interior de cada moradia, para espalhar seus raios, sem os quais a vida estiola. O ar, cuja qualidade é assegurada pela presença da vegetação, deveria ser puro, livre da poeira em suspensão e dos gases nocivos”. LE CORBUSIEU. *A Carta de Atenas*, item 12.

¹¹⁹ Veja-se, por exemplo, o plano elaborado pelo engenheiro Beaurepaire para o Rio de Janeiro em 1843, que previa a abertura de praças para melhorar o “aformoseamento, a salubridade pública e o cômodo dos seus habitantes”. Cf. ANDREATTA, V. *Cidades quadradas, paraísos circulares: os planos urbanísticos do Rio de Janeiro no Século XIX*, p. 102. Ressalta-se que a “qualidade de vida urbana”, desde aquela época, justificava a demolição dos cortiços e a retirada dos seus moradores das áreas centrais. Acerca desse processo, ver VILLAÇA, F. *Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil*, p. 193 et. seq.

¹²⁰ Cf. SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 1981, p. 291.

vislumbra-se que foi somente a partir das normas referentes à localização das indústrias — as quais visam garantir a segurança sanitária das comunidades locais¹²¹ — que se percebe uma aproximação mais nítida do zoneamento ambiental, na medida em que se expressa um ordenamento territorial.

Atualmente, embora a Constituição Federal atribua ao Poder Público a identificação e a escolha da modalidade dos espaços ambientais a serem protegidos¹²², defende-se, sempre que possível, que as áreas que possuam vocação ambiental sejam incluídas no planejamento urbano¹²³. Com efeito, embora existam outros meios legais protetivos, a inserção do zoneamento no planejamento urbano proporciona algumas vantagens em relação ao tombamento e às unidades de conservação, dentre elas: reservar áreas verdes onde o adensamento provocar redução da qualidade ambiental; atribuir reduzidas condições de aproveitamento urbanístico aos espaços ambientais, de maneira a desestimular a especulação imobiliária, além de minorar o valor de eventual indenização; e proporcionar a concessão de incentivos construtivos que permitam a efetividade na proteção, e, ao mesmo tempo, impeçam o esvaziamento econômico da propriedade. Ademais, sendo o zoneamento uma vinculação de natureza geral e abstrata, evita-se, a princípio, a obrigação de indenizar pelo Estado.

Ressalta-se que, diferentemente do tombamento e das UCs, no zoneamento ambiental não há necessariamente uma apreciação técnico-valorativa dos bens protegidos devido ao caráter político inerente ao processo legislativo¹²⁴. Ainda que não haja representatividade ambiental em todos os espaços contemplados pelo zoneamento, sua apropriação pelos municípios tem sido cada vez mais

¹²¹ Dispunha o art. 154 do Decreto 233/1894 (Código Sanitário do Estado de São Paulo): “As autoridades locais deverão determinar onde devem ser construídas as fábricas e oficinas, e para onde deverão ser removidas as que são prejudiciais”. Cf. GRAU, E. R. *Direito urbano*, p. 89. Mais recentemente, foram editados o DL 1.413/75 e a Lei 6.803/80. Anota-se que essas leis apenas estabeleceram os contornos gerais para a efetivação do zoneamento industrial, fazendo-se necessário que os entes federados procedam à concreta delimitação geográfica.

¹²² Conforme dispõe o art. 225, § 1º, III, CF.

¹²³ O zoneamento ambiental é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, II da Lei 6.938/81), como instrumento da política urbana (art. 4º, III, alínea “c” da Lei 10.257/01). Note-se que a primeira versão do Anteprojeto de Lei de Desenvolvimento Urbano — do qual originou o Estatuto da Cidade — já previa que se contemplasse no zoneamento os bens ambientais. Cf. *O Anteprojeto* (ver os arts. 8º, 11, 41 e 46).

¹²⁴ Cf. SILVA, J. A. *Ordenação constitucional da cultura*, p. 157.

freqüente¹²⁵. Desse conjunto de características, deduz-se que a análise acerca de eventuais prejuízos ocasionados pelo zoneamento ambiental tem como principal referência a qualificação urbanística dada pelo plano, o que justifica investigar o processo de planejamento como um todo.

Além disso, o zoneamento ambiental atualmente desempenha um papel fundamental em relação ao manejo dos recursos naturais das UCs, sobretudo porque delimita territorialmente as áreas passíveis de exploração econômica, e, em se tratando de áreas urbanas, o aproveitamento urbanístico das UCs de uso sustentável¹²⁶. Ademais, o zoneamento ambiental com fins industriais igualmente pode configurar situações conflitantes, como é o caso da pré-ocupação de áreas por indústrias e outras atividades poluidoras que, posteriormente, venham a ser consideradas desconformes face à nova legislação¹²⁷.

3.2.2 As funções sociais da cidade

O direito fundamental à cidade — definido como o usufruto eqüitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia e justiça social¹²⁸ — tem a sua eficácia condicionada ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade, conforme diretrizes estabelecidas pelo Estatuto da Cidade¹²⁹. Tendo como parâmetro essas diretrizes, serão analisadas as demais

¹²⁵ No Rio de Janeiro, destaca-se a criação dos corredores culturais (Decreto 2.216/79, Decreto 4.141/83; Lei 506/84; Lei 1.139/87). Cf. Id. *Direito urbanístico brasileiro*, 1981, p. 294.

¹²⁶ A importância do zoneamento ambiental para as UCs pode ser constatada no Decreto 84.017/79, sobretudo no seu art. 7º. A definição legal de zoneamento em UCs pode ser encontrada no art. 2º, XVI da Lei 9.985/00.

¹²⁷ Cf. MEIRELLES, H. L. *Direito municipal brasileiro*, p. 424-425; e MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*, 1982, p. 40-46.

¹²⁸ Ver o art. I, item 2, da Carta Mundial do Direito à Cidade. In: V Fórum Social Mundial. Porto Alegre, jan. 2005. Ressalta-se que, como afirma Rosângela Cavallazzi, o feixe de direitos que estrutura o direito à cidade possui titularidade indefinida, portanto, alcançando o conjunto da sociedade. Cf. CAVALLAZZI, R. L. *O estatuto epistemológico do direito urbanístico brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade*, p. 56-57.

¹²⁹ Cf. o art. 2º da Lei 10.257/01. Ao defender a efetividade dessas diretrizes, Carlos Sundfeld enumera as suas funções, como “(...) possibilitar a sanção jurídica da inércia do Poder Público (omissão em ordenar o emprego do solo e proteger o patrimônio coletivo); por outro, fornecer parâmetros normativos para controle das orientações seguidas pela política urbana, com isso viabilizando a invalidação das normas e atos a eles contrários; ainda, permitir o bloqueio dos comportamentos privados que agridam o equilíbrio urbano”. Cf. SUNDFELD, C A. *O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais*, p. 44-60.

vinculações urbanísticas e ambientais que, de maneira mais direta, afetam o conteúdo do direito de propriedade.

É necessário assinalar que algumas das restrições a seguir mencionadas se constituem, efetivamente, exigências ou contrapartidas à cidade como requisitos para a concretização do direito de construir¹³⁰. Entretanto, o cumprimento desse “ônus urbanístico”¹³¹ não pode substituir nem esvaziar os deveres que são decorrentes do princípio da função social da propriedade e que são inerentes a qualquer aproveitamento urbanístico.

A qualificação urbanística e o direito de construir

Anota-se inicialmente que a análise da qualificação urbanística se centrará na competência municipal para legislar sobre ordenamento territorial, o que não impede eventual normatização da matéria pelos demais entes federativos, conforme visto anteriormente¹³². Entretanto, mesmo que o conteúdo da propriedade urbana possa ser definido por uma pluralidade de leis (federais, estaduais e municipais), a caracterização de um imóvel como urbano é exclusividade do plano urbanístico municipal.

Assim, a qualificação urbanística tem início no momento em que o plano diretor municipal (PDM)¹³³ ou uma legislação específica delimita o perímetro urbano. A partir de então, cabe ao PDM classificar ou elaborar o zoneamento de acordo com as necessidades de desenvolvimento urbanístico das cidades¹³⁴, e, sempre que possível, levando em consideração a vocação natural dos terrenos¹³⁵.

¹³⁰ Cf. PINTO, V. C. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*, p. 287-288.

¹³¹ Para um conceito de “ônus urbanístico”, ver GRAU, E. R. *Direito, conceitos e normas jurídicas*, p. 118.

¹³² Ver o item 3.2.

¹³³ Anota-se que, por força de determinação constitucional, o plano diretor municipal é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, § 1º, CF).

¹³⁴ Cf. ESCRIBANO COLLADO, P. *La propiedad privada urbana - Encuadramiento y regimen*, p. 138.

¹³⁵ De acordo com Alves Correia: “É certo que, em alguns casos, o plano consagra para os terrenos um modo de utilização que está intimamente ligado à sua especial situação factual. Mas esta não é a regra. Em geral, os destinos ou modos de utilização dos terrenos são *acidentais* em relação à sua *qualidade* e situação concreta e resultam de *opções conscientes* do plano” (grifos do autor). Cf. CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 330.

Por último, a qualificação urbanística também compreende a criação dos parâmetros de ocupação do solo¹³⁶, dentre eles: o coeficiente de aproveitamento, a taxa de ocupação, o dimensionamento dos lotes, os recuos ou afastamentos, o plano de alinhamento¹³⁷ e o gabarito de altura das construções¹³⁸. Desse modo, a edificabilidade é algo que surge com a ordenação urbanística do solo¹³⁹. Sendo assim, não cabe ao proprietário decidir se pode e como pode construir no seu terreno, pois o fundamento de sua atribuição e de seu reconhecimento transcende a seu próprio titular¹⁴⁰.

Como se depreende da elaboração teórica supramencionada, sendo o direito de construir uma concessão do plano urbanístico, a rigor, a qualificação urbanística de imóvel incorporado ao perímetro urbano não se configura vinculação ao conteúdo do direito de propriedade, pois, anteriormente, nem sequer existia direito à construção.

Por outro lado, há de se ressaltar que a qualificação urbanística confere ao titular do imóvel apenas o direito de construir “em abstrato”, ou seja, o exercício efetivo desse direito depende do cumprimento dos pressupostos exigíveis para a expedição da licença pela municipalidade. Isso porque, atualmente, constata-se um alargamento da discricionariedade administrativa para apreciar os pedidos de licenciamento. Se antes a preocupação se resumia a valores como salubridade e estética, hoje se nota a presença de interesses públicos complexos¹⁴¹, tais como: a relação entre infraestrutura e edificabilidade, a degradação da paisagem e a qualidade de vida nas cidades.

¹³⁶ Portanto, a função pública do urbanismo se dirige, em primeiro lugar, a determinar a identidade física dos bens e, posteriormente, suas possibilidades de aproveitamento. Cf. ESCRIBANO COLLADO, P., op. cit., p. 143.

¹³⁷ O plano de alinhamento consiste na linha que divide o imóvel (público ou particular) do logradouro público. Sendo um dos mais antigos instrumentos de ordenação urbana, há registro que a sua utilização no Brasil iniciou em 1843. Cf. ANDREATTA, V. *Cidades quadradas, paraísos circulares: os planos urbanísticos do Rio de Janeiro no Século XIX*, p. 56. Anota-se que é recomendável que o alinhamento preveja futuros projetos de alargamento da via pública desde o momento em que uma área é incorporada ao perímetro urbano, evitando-se, assim, a necessidade de desapropriação. Acerca do tema, ver SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 2008, p. 211-217.

¹³⁸ A conceituação e as principais características desses parâmetros podem ser consultadas em *Ibid.*, p. 253-259.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 83. Portanto, o art. 1299 do Código Civil confere ao proprietário uma simples faculdade, que pode se transformar em direito se assim determinar o plano urbanístico. Cf. *Ibid.*, p. 83.

¹⁴⁰ Cf. CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 375; e ESCRIBANO COLLADO, P. *La propiedad privada urbana - Encuadramiento y regimen*, p. 163.

¹⁴¹ Cf. SOARES, R. E. *Direito administrativo (lições ao curso complementar de ciências jurídico-políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/78)*, p. 116-117.

Essas crescentes exigências de controle urbanístico-ambiental das cidades foram reconhecidas pelo Estatuto da Cidade, ao estabelecer que o parcelamento, a edificação e as atividades que possam funcionar como geradores de tráfego devem ser compatíveis com a infraestrutura urbana¹⁴². Nesse caso, por meio do controle de densidade¹⁴³ ou por intermédio do Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV)¹⁴⁴, permite-se que os municípios indefiram o direito de construir “em concreto”.

Assinala-se ainda a possibilidade da concessão da licença construtiva estar vinculada ao cumprimento das obrigações de natureza ambiental, como a preservação: das APPs previstas pelo Código Florestal; das unidades de conservação; da vegetação de Mata Atlântica; e dos demais elementos ambientais protegidos pela legislação municipal¹⁴⁵. Sendo assim, o proprietário deve comprovar que o espaço ou o elemento ambientalmente protegido possui as mesmas características do momento de sua criação, sob pena de denegação da licença, ou mesmo do habite-se, caso tenha ocorrido o desmatamento não autorizado após a concessão destes atos administrativos¹⁴⁶.

Adverte-se que a inclusão de condicionantes ambientais na licença urbanística não elimina a necessidade do órgão competente exigir o licenciamento ambiental para as obras que causam degradação ao ambiente¹⁴⁷. Nesse caso, além do impacto sobre os espaços protegidos, o Poder Público também deve analisar os

¹⁴² Cf. art. 2º, VI, alíneas “c” e “d” da Lei 10.257/01. Assinala-se que no direito italiano se configura uma parcial discricionariedade em projetos construtivos que ocasionem profundas alterações no tecido urbano. Cf. RICHTER, P. S. *Diritto urbanistico*. Manuale breve, p. 111.

¹⁴³ O controle de densidade é uma exigência para o parcelamento do solo (art. 4º, I da Lei 6.766/79, com redação dada pela Lei 9.785/99). No município de Porto Alegre, a concessão da licença é condicionada, em algumas hipóteses, à verificação dos patamares máximos de densificação, tanto por zona como por quarteirões (art. 66 e 67, LC 434/99 e Resolução 02/99).

¹⁴⁴ Cf. art. 36 a 38 da Lei 10.257/01.

¹⁴⁵ Exemplos dessa vinculação podem ser vistos na legislação do Recife, a qual exige que os projetos de construção situados em alguns trechos das áreas de preservação permanente devem apresentar um projeto de revitalização e/ou implantação de área verde (art. 79, parágrafo único da Lei 16.243/96, com redação dada pelo art. 4º da Lei 16.930/03); bem como em Curitiba, onde a licença construtiva é condicionada ao parecer da municipalidade sobre a manutenção das árvores (prevista inicialmente pela Lei 8.353/93, atualmente a matéria é disciplinada pelos arts. 17 a 21 da Lei 9.806/00, com redação alterada pela Lei 10.559/02).

¹⁴⁶ Anota-se que o funcionamento adequado dessa vinculação depende de um eficaz sistema de geoprocessamento de dados.

¹⁴⁷ Embora o anexo da Resolução 237/97 – CONAMA faça referência genérica à necessidade de licenciamento ambiental para os loteamentos, as legislações estaduais e municipais podem disciplinar a matéria de maneira pormenorizada. É o caso do município do Rio de Janeiro, que exige licenciamento ambiental em dez diferentes situações. Cf. o item 41 do Anexo único do Decreto 28.329/07.

efeitos do empreendimento em relação à poluição atmosférica¹⁴⁸ e hídrica, o que pode inviabilizar o pleno aproveitamento conferido ao imóvel pelo plano urbanístico.

Ainda que cumpridas todas as exigências supracitadas, a legislação municipal comumente dispõe que a concessão de construção é outorgada com prazo de vigência para o início da edificação, o que caracteriza a existência de um direito subjetivo de construir condicionado. Portanto, além da ocorrência de caducidade, existe a possibilidade da licença urbanística ser cassada devido à edição de legislação urbanística superveniente mais restritiva. Nesse caso, conforme já decidido pelo STF¹⁴⁹, se razões de ordem pública justificarem a alteração dos parâmetros urbanísticos, a configuração de direito adquirido — leia-se “direito de construir em concreto” — apenas ocorre se as obras já tiveram sido iniciadas¹⁵⁰.

Embora não sendo cabível indenização por lucros cessantes, a cassação de licença em virtude de legislação superveniente não pode prejudicar os proprietários que, amparados pela legislação urbanística vigente, alocam recursos para os empreendimentos imobiliários. Dessa forma, em se comprovando a existência de prejuízos relacionados com o projeto de construção, essas despesas devem ser ressarcidas pelo Estado¹⁵¹.

Ressalta-se que a diminuição de aproveitamento urbanístico é controvertida independentemente da licença construtiva ser previamente concedida, sendo importante destacar alguns pontos para análise: a) as alterações do zoneamento são necessárias para corrigir os desvios e as inadequações do planejamento¹⁵²; b) ao atingirem uma categoria inteira de bens e não os proprietários singulares ou grupos de proprietários, a mudança observaria o princípio da igualdade¹⁵³; c) deve-se inquirir se a alteração se fundamenta na

¹⁴⁸ Cf. o art. 15 da Lei 13.798/09, do Estado de São Paulo.

¹⁴⁹ Cf. STF. RE 85.002. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Moreira Alves. Julgado em 01 jun. 1976. Publicado em 11 mar. 1977; e STF. AI 121.798. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgado em 04 mar. 1988. Publicado em 08 abr. 1988.

¹⁵⁰ Cf. SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 2008, p. 299-305; e GAIO, D. *Obras licenciadas e não iniciadas em virtude de legislação urbanística superveniente*.

¹⁵¹ Cf. STJ. RESP 103.298. 2ª Turma. Unanimidade. Rel. Min. Ari Pargendler. Julgado em 17 nov. 1998. Publicado em 17 fev. 1999; e STJ. RESP 43.806. 2ª Turma. Maioria. Rel. Min. Ari Pargendler. Julgado em 14 ago. 1997. Publicado em 13 out. 1997.

¹⁵² Cf. SILVA, J. A., op. cit. p. 251.

¹⁵³ Nesse sentido já decidiu a Corte Constitucional italiana. Sentença nº 55 de 1968. Cf. ROLLA, G. *Tutela della proprietà, espropriazione e misura dell'indennizzo*, p. 199.

proteção de valores ambientais que são decorrentes de uma situação fática pré-existente; d) a diminuição do aproveitamento urbanístico pode ser compensada pela melhoria da qualidade de vida ocasionada pela manutenção da densidade urbanística e populacional.

Com o objetivo de estabelecer uma maior previsibilidade dos planos urbanísticos, evitando assim as intermináveis controvérsias sobre os efeitos das restrições ao aproveitamento das propriedades, vários países já dispõem de legislação que estabelece um prazo de revisão para os planos. Se no período compreendido entre a vigência do plano e a sua revisão houver alteração do aproveitamento urbanístico da propriedade, e houver comprovação pelo prejuízo sofrido, será cabível indenização¹⁵⁴.

Loteamento do solo¹⁵⁵

Desde o Decreto-Lei 58/37, o direito de lotear tem se vinculado à obrigação, para o proprietário, da instituição de vias de comunicação pública e de espaços livres¹⁵⁶. Mas foi com a Lei 6.766/79 que se pôde verificar a determinação de uma efetiva contrapartida do loteador, que passou a ser obrigado a repassar ao domínio municipal 35% da área total para equipamentos e vias públicas.

Com a redação dada pela Lei 9.785/99, não há mais exigência de percentagem pré-definida para as áreas destinadas a sistemas de circulação e implantação de equipamento urbano e comunitário, nem para os espaços livres de uso público. A sua exigibilidade passa então a ser proporcional à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em

¹⁵⁴ Em Portugal, a matéria é disciplinada pelo artigo 143 do DL n° 380/99. Na Espanha, ver os arts. 41 e 42 da Lei n° 06/98.

¹⁵⁵ Ressalta-se que, nos grandes centros urbanos brasileiros, o instrumento de loteamento tem a possibilidade de utilização cada vez mais restringida pela diminuição dos espaços físicos livres. Existindo espaços disponíveis, o mercado tem preferido a implantação de condomínios horizontais, os quais, em geral, configuram burla à lei de parcelamento do solo, já que, nesse caso, não são exigidas as mesmas contrapartidas previstas pela legislação. Para uma análise dessa problemática, ver PINTO, V. C. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*, p. 304-306.

¹⁵⁶ Cf. art. 1°, inciso II, última parte. Para outras considerações, ver FAGUNDES, M. S. *Aspectos jurídicos do solo criado*, p. 6.

que se situa¹⁵⁷. Veja-se que o objetivo desse dispositivo é o de garantir a proporcionalidade entre solos públicos e privados defendida pela Carta de Atenas¹⁵⁸.

Outras vinculações ao conteúdo do direito de propriedade são determinadas pela lei federal, como a proibição de realizar o parcelamento em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis¹⁵⁹. Anota-se que a expressão “áreas de preservação ecológica” deve abranger todos os espaços ambientalmente protegidos situados em áreas urbanas, incluindo as legislações federais, estaduais e municipais¹⁶⁰. Além disso, a legislação também estabelece faixa não-edificável ao longo de cursos d’água e rodovias¹⁶¹.

No que se refere à problemática indenizatória dos vínculos impostos pela lei de parcelamento, não há restrições significativas ou excessivas ao direito de construir, pois tanto as faixas não-edificáveis como as áreas cedidas ao público não inviabilizam o aproveitamento econômico-urbanístico de um loteamento. Acentua-se que as proibições ocasionadas por disposições de ordem sanitária, ambiental e de segurança são claramente justificáveis em face do adensamento urbano que resulta de um parcelamento. Ademais, como a abertura de vias e logradouros é uma função do Poder Público, tal transformação da propriedade não integra as faculdades dominiais. Portanto, pode-se afirmar que não há direito subjetivo a lotear¹⁶², o que não exclui a possibilidade de construir na gleba.

Embora a análise acima realizada tenha possibilitado excluir a configuração expropriatória de determinadas limitações ambientais e urbanísticas, é oportuno apresentar um panorama geral acerca das principais tentativas teóricas em delimitar as situações em que as restrições ao direito de propriedade impõem ao Estado o dever de indenizar.

¹⁵⁷ Como prevê o art. 4º, inciso I. Ressalta-se que o plano de alinhamento deve ser definido pela municipalidade. Cf. art. 7º, I e II da Lei 6.766/79. Ver SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 2008, p. 212-213.

¹⁵⁸ Cf. LE CORBUSIEU. *A Carta de Atenas*. Essa configuração foi, no Brasil, inicialmente proposta por MOREIRA, A. C. M. et al. *O solo criado*; e em seguida, foi igualmente defendida por SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 1981, p. 310-313.

¹⁵⁹ Cf. o art. 3º, parágrafo único da Lei 6.766/79.

¹⁶⁰ No mesmo sentido, ver MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*, 2010, p. 430.

¹⁶¹ Cf. o art. 4º, III da Lei 6.766/79, com redação dada pela Lei 10.932/04.

¹⁶² Cf. SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 1981, p. 563; e PINTO, V. C. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*, p. 301.

3.3

As tentativas teóricas de demarcação do dever indenizatório às restrições ao direito de propriedade

Embora bastante amplos os espectros de atuação tendentes a salvaguardar a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, interessa aqui tratar do problema específico das restrições estatais, e, mais particularmente, as que incidem sobre o conteúdo do direito de propriedade. Não se pretende neste momento verificar se as restrições à propriedade possuem justificativa constitucional, nem avaliar o cumprimento dos requisitos constitucionais de natureza formal e material, — o que exigiria a delimitação do âmbito de proteção da garantia constitucional do direito de propriedade, bem como a perspectiva constitucional de resolução de conflitos entre este direito fundamental e o meio ambiente, como será visto posteriormente.

Nesse sentido, partindo do pressuposto de que estão esgotadas as possibilidades de ponderação entre o direito de propriedade e o bem constitucional que justificou o ato restritivo, impõem-se analisar as inúmeras e diversificadas tentativas teóricas em verificar se os vínculos impostos à propriedade possuem ou não relevância indenizatória. É necessário lembrar que o elevado destaque conferido a esse tema pela doutrina ocorre em detrimento de uma solução baseada em uma delimitação constitucional, o que em parte pode ser explicado pelo princípio da supremacia do interesse público, já que a necessidade de assegurar que as finalidades do Estado sejam efetivadas fez com que o interesse público prevalecesse em relação aos particulares¹⁶³, restando a estes, basicamente a possibilidade de questionar os prejuízos causados pelas restrições estatais.

Tradicionalmente, a garantia do direito de propriedade face às interferências estatais era apenas abrangida pela denominada “desapropriação clássica”, de modo que o titular do bem transferido ao Estado para a realização de um fim público fosse previamente indenizado, o que foi assegurado por todas as

¹⁶³ Anota-se que o princípio da supremacia do interesse público tem sido questionado pelos adeptos do método da ponderação de bens constitucionais. Com efeito, estes entendem inexistir relações de prevalência *a priori* e em caráter abstrato entre interesses privados e interesses públicos, exigindo-se a realização de juízo de ponderação para cada caso concreto. Nesse sentido, ver BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 33; e ÁVILA, H. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, p. 171-215.

Constituições brasileiras¹⁶⁴. Entretanto, a partir do “Estado de bem-estar social”¹⁶⁵, multiplicaram-se as intervenções na propriedade urbana, sobretudo no que se refere à qualificação urbanística e à criação de espaços ambientais protegidos, ocasionando, em diversas situações, uma redução ou até mesmo o esvaziamento do seu aproveitamento econômico.

Assim, desde a vigência da Constituição de Weimar¹⁶⁶, a doutrina e a jurisprudência alemãs passaram a construir um conceito alargado de desapropriação que pudesse abarcar as situações em que, embora não houvesse uma transferência coativa de bens ao Estado, se constatasse um aniquilamento da posição jurídica garantida como propriedade pela Constituição¹⁶⁷. Com o intuito de dar guarida indenizatória a compressões da propriedade não reconduzíveis, em rigor, à figura da desapropriação, criou-se a fórmula da “determinação do conteúdo mais o dever de indenizar”. Desse modo, estará caracterizada uma restrição do direito geradora de compensação quando a medida delimitadora-restritiva tiver um peso econômico significativo na esfera jurídico-patrimonial do proprietário¹⁶⁸, e não mais considerando-se a noção de direito subjetivo como os esquemas clássicos propunham¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Nesse sentido, ver as Constituições brasileiras: 1824 – art. 179, XXII; 1891 – art. 72, § 17; 1934 – art. 113, n° 17; 1937 – art. 122, n° 14; 1946 – art. 141, § 16; 1967 – art. 153, § 22; 1988 – art. 5°, XXIV.

¹⁶⁵ Essa configuração estatal se iniciou com as Leis Magnas do México (1917) e de Weimar (1919).

¹⁶⁶ Cf. CORREIA, M. L. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, p. 597.

¹⁶⁷ Cf. CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 491-492; e ROLLA, G. *Tutela della proprietà, espropriazione e misura dell'indennizzo*, p. 193. Várias são as terminologias adotadas para designar essa situação. Enquanto no Brasil é usualmente denominada de “desapropriação indireta”, na Itália e em Portugal são chamadas de “medida expropriativa” ou “limitações de tipo expropriativo”. Há ainda quem prefira o termo “quase-desapropriações”, como é o caso de FREITAS, J. *Estudos de direito administrativo*, p. 110-117; ou mesmo “atos equivalentes à desapropriação” e “atos análogos à desapropriação”. Cf. QUADROS, F. A. *proteção da propriedade privada pelo direito internacional público*, p. 206-208.

¹⁶⁸ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Proteção do ambiente e direito de propriedade (Crítica de Jurisprudência Ambiental)*, p. 96-98. Anota-se que serão aqui utilizadas as expressões “ressarcimento” e “indenização” como sinônimas, de maneira a evitar que o dano sofrido seja qualificado em decorrência da licitude ou não da medida estatal, embora apenas interesse ao presente estudo a responsabilização pelos atos lícitos. Para mais detalhes acerca da distinção terminológica, ver CANOTILHO, J. J. G. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 321.

¹⁶⁹ Cf. *Ibid.*, p. 292-297; e NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 66 et. seq.

Apesar da adesão dessa nova concepção por outros países europeus, como Itália¹⁷⁰, Espanha¹⁷¹ e Portugal¹⁷², ainda hoje continua controversa a demarcação entre as medidas estatais que são consideradas decorrentes do princípio da função social da propriedade e as que possuem índole expropriatória. A tarefa não é fácil, pois considerando a carga ideológica que a propriedade carrega, a configuração sobre quais sejam as obrigações sociais da propriedade varia conforme a concepção de Estado e de direitos fundamentais adotada, o que inevitavelmente se reflete nas diferentes teorias delimitadoras do dever indenizatório estatal. Nesse sentido, se o parâmetro indenizatório tem como medida os encargos normais exigíveis para a vida em sociedade¹⁷³, a adoção de uma determinada concepção com características mais comunitaristas ou liberalizantes será decisiva para identificar os encargos que extrapolam a “normalidade”, ou seja, que ocasionam prejuízos merecedores de indenização.

Das teorias propostas para a delimitação do dever de indenizar¹⁷⁴, percebe-se inicialmente a predominância de critérios formais, que consideraram como “válidos” os atos estatais que preenchem determinadas características, independentemente da gravidade, intensidade ou natureza do prejuízo sofrido na liberdade¹⁷⁵. É o caso da “teoria do ato individual”, que consiste basicamente em distinguir as medidas gerais como simples limitação do direito de propriedade das que são endereçadas a propriedades individualizadas. Essa doutrina não prosperou devido a sua incapacidade em oferecer soluções justas ao desconsiderar que as medidas gerais podem ser extremamente lesivas à esfera patrimonial dos

¹⁷⁰ Cf. ROLLA, G. *Tutela della proprietà, espropriazione e misura dell'indennizzo*, p. 193; SANDULLI, A. M. *Profili costituzionali della proprietà privata*, p. 481; e SPANTIGATI, F. *Manual de derecho urbanístico*, p. 55-58.

¹⁷¹ Cf. REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la Constitución española*, p. 399-405.

¹⁷² Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Proteção do ambiente e direito de propriedade (Crítica de Jurisprudência Ambiental)*, p. 98; e CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 471-528.

¹⁷³ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 272; e CORREIA, M. L. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, p. 597.

¹⁷⁴ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 273-307; CORREIA, F. A. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*, p. 80-86; Id., *O plano urbanístico e o princípio da igualdade* p. 494-505; REY MARTÍNEZ, F., op. cit., p. 383-394; e CORREIA, M. L., op. cit., p. 598-607. Cabe advertir que a eventual adoção de critérios objetivos não pode excluir a possibilidade do titular do direito fundamental provocar a jurisdição, se do seu ponto de vista entende haver prejuízo. Nesse sentido, ver NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 221.

¹⁷⁵ Ibid., p. 210-211.

cidadãos, enquanto os atos de natureza individual por vezes ocasionam prejuízos irrelevantes¹⁷⁶.

A desconsideração da intensidade do prejuízo sofrido igualmente se verifica nas inúmeras situações intermédias entre a lei geral e a medida individual¹⁷⁷. Ressalta-se que essa questão atualmente ganha novos contornos, pois se encontra superada a noção de que a lei sempre possui como características a abstração e a generalidade, conforme se comprova pelas usuais edições de leis de natureza concreta e individual¹⁷⁸.

Em virtude das dificuldades acima assinaladas, foi elaborada pela jurisprudência alemã a teoria do sacrifício especial¹⁷⁹. De acordo com essa formulação teórica, estaria configurado o dever de indenizar sempre que o Estado imputar a determinadas pessoas (individualmente ou em grupo) um sacrifício especial não exigido aos demais cidadãos. Buscou-se com esse novo critério formal atenuar a rigidez da formulação anterior, de maneira que o enfoque se deslocou do tipo de ato (individual/geral) para o resultado produzido (sacrifício especial ou geral)¹⁸⁰. Entretanto, persiste o problema quanto à distinção entre o sacrifício geral e especial, como no caso das restrições que incidem sobre grupos¹⁸¹. A título de exemplo, se for considerado que uma lei de proteção do patrimônio cultural abrange a totalidade das propriedades que se enquadram em tais características, pode-se entender que entre estas existe uma situação de igualdade, o que poderia não ocorrer em relação às demais propriedades não protegidas ambientalmente.

Anota-se que a desigualdade de tratamento entre os proprietários de imóveis urbanos não é, em si, um critério absoluto para a caracterização do dever de indenizar. Com efeito, a desigual qualificação urbanística concedida às propriedades pelo plano urbanístico não impõe, pelo menos em regra, o dever de indenizar. Isso significa dizer que o princípio da igualdade não pode ser

¹⁷⁶ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 273-275.

¹⁷⁷ Cf. REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la Constitución española*, p. 383-394.

¹⁷⁸ Cf. CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 495. Há de se ressaltar ainda que, por vezes, o legislador voluntariamente camufla a edição de leis gerais e/ou abstratas que, na realidade, são individuais e/ou concretas. Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 808.

¹⁷⁹ Também denominada de “teoria da intervenção individual”. Cf. CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 276.

¹⁸⁰ Ibid., p. 276-278.

¹⁸¹ Ibid., p. 273.

considerado exclusivamente um critério apto para delimitar a função social da propriedade das medidas expropriatórias¹⁸². Requer-se, pois, que o princípio da igualdade seja complementado com critérios materiais, a fim de que se verifique se a restrição especial tem a gravidade necessária para ser considerada um sacrifício suscetível de indenização¹⁸³.

Em relação aos critérios materiais — os quais se fundamentam no prejuízo sofrido independentemente da natureza ou estrutura da medida estatal¹⁸⁴ —, em linhas gerais se pode afirmar que, embora haja uma imensa variedade de enfoques doutrinários, em última análise todos os critérios se pautam pela necessidade de preservação do conteúdo essencial do direito de propriedade, que está diretamente relacionado com a sua dimensão econômica¹⁸⁵. Com efeito, nas teorias da exigibilidade, da gravidade da intervenção, da diminuição substancial e do gozo *standard*, percebe-se que há entre elas um elemento central para que se configure uma medida estatal como expropriatória, o qual pode ser interpretado como a substância ou a essência do direito de propriedade¹⁸⁶. Interessante observar que esse critério delimitador das medidas expropriatórias possui ampla aceitação doutrinária¹⁸⁷, o que não basta para resolver o problema a que se propõe, na medida em que não há consenso sobre o que seja o próprio conteúdo essencial¹⁸⁸.

Em outra tentativa, a teoria da dignidade da proteção busca nos valores socialmente estabelecidos — como a história, a linguagem e as concepções gerais — a identificação das medidas estatais que extrapolam os limites compreendidos

¹⁸² Cf. CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 499-500.

¹⁸³ Essa combinação entre o princípio da igualdade e critérios materiais pode ser encontrada em CANOTILHO, J. J. G. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 283 e 322; e CORREIA, F. A., op. cit., p. 500. Diferentemente, de maneira a considerar válidos apenas os critérios de natureza material, cf. REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la Constitución española*, p. 385-386; e CORREIA, M. L. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, p. 600-601.

¹⁸⁴ Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 210-211.

¹⁸⁵ Isso não significa menosprezar as pequenas diferenças de foco, pois além do componente ideológico subjacente, poderá trazer repercussões indenizatórias consideravelmente díspares.

¹⁸⁶ Nesse sentido, conferir a conceituação dada por CORREIA, F. A., op. cit., p. 502-504.

¹⁸⁷ Cf. SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 2008, p. 80; FERREIRA, A. C. *O parcelamento e a edificação compulsórios como limitações à propriedade privada urbana imobiliária*, p. 33-34; BASTOS, C. R. *Direito de construir*, p. 214; MELLO, C. A. B. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*, p. 42; ASCENSÃO, J. O. *O urbanismo e o direito de propriedade*, p. 329; CORREIA, F. A., op. cit., p. 492; SANDULLI, A. M. *Profili costituzionali della proprietà privata*, p. 470; e ROLLA, G. *Tutela della proprietà, espropriazione e misura dell'indennizzo*, p. 182.

¹⁸⁸ A dificuldade em determinar de forma suficientemente precisa os contornos do âmbito nuclear intocável do direito de propriedade é um problema que pode ser estendido aos demais direitos fundamentais. Cf. NOVAIS, J. R., op. cit., p. 783.

pela função social da propriedade, e que, portanto, não são dignas de proteção¹⁸⁹. Cabe assinalar que essa proposta não configura propriamente um critério objetivo de delimitação do dever indenizatório, pois, além de depender de uma valoração subjetiva do que deve ser protegido, na prática acaba deslocando às instâncias jurisdicionais a resolução do problema¹⁹⁰.

Por sua vez, a teoria da utilização ou aproveitamento privado tem como pressuposto que as intervenções estatais ao conteúdo do direito de propriedade não devem servir exclusivamente ao bem comum, mas também permitir que o titular do direito possa obter do bem o aproveitamento econômico desejado. Assim, a restrição estatal deve ser considerada expropriação quando ocasiona a destruição ou a privação da utilidade patrimonial afetada pela mesma¹⁹¹. Cabe salientar que estes efeitos não ocorrem em caso de diminuição do aproveitamento urbanístico, pois a alteração do zoneamento é medida que se impõe com frequência, ora porque durante sua execução se percebem desvios ou inadequações que precisam ser corrigidos, ora porque a dinâmica urbana exige a sua revisão periódica¹⁹². Nesse caso, a eventual redução no aproveitamento econômico da propriedade é considerada dano de pequena intensidade, sendo desdobramento dos encargos sociais necessários para o cumprimento das finalidades estatais¹⁹³. De qualquer maneira, persiste nesse caso a dúvida acerca do limite a ser suportado em face da diminuição do aproveitamento econômico.

¹⁸⁹ Cf. CORREIA, F. A. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*, p. 82.

¹⁹⁰ Nesse sentido, ver as críticas de REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la Constitución española*, p. 387-388.

¹⁹¹ Cf. REY MARTÍNEZ, F., op. cit., p. 390; e MENDES, G. F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 24. Tomando-se como referência a propriedade urbana, essa teoria parece se encaixar no propósito daqueles que defendem ser o direito de construir a sua utilidade econômica por excelência. Nesse sentido, ver FAGUNDES, M. S. *Aspectos jurídicos do solo criado*, p. 05-06; MELLO, C. A. B. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*, p. 42; MEIRELLES, H. L. *Parecer sobre o Projeto de Lei que dispõe sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano*, p. 23; e RUIZ OJEDA, A. *Una aproximación al problema de las garantías de los acreedores en los proyectos de financiación privada de infraestructuras*, p. 164. Por outro lado, há que destacar que a privação da utilidade não precisa ser necessariamente definitiva. Isso porque, como afirma Fausto de Quadros: “Uma privação (taking) de propriedade inclui, não apenas a ablação (outright taking) da propriedade, mas também qualquer interferência desproporcionada no uso, na fruição, ou no poder de dispor da propriedade, de tal modo que o proprietário não seja capaz de usar, fruir ou dispor da propriedade durante um período de tempo razoável após o início daquela interferência”. Cf. QUADROS, F. *A protecção da propriedade privada pelo direito internacional público*, p. 255.

¹⁹² Cf. SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 2008, p. 251. Em sentido oposto, defendendo que a limitação de qualquer destes poderes (fruição e disposição) afeta o conteúdo essencial, ver: QUADROS, F., op. cit., p. 217.

¹⁹³ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 272. Posição diversa é defendida por Fausto de Quadros, ao afirmar que haverá ato análogo à

Diferentemente dos demais critérios materiais, que, em linhas gerais, se baseiam na intensidade dos vínculos incidentes sobre o conteúdo do direito de propriedade, as teorias da alienação do escopo e da vinculação situacional têm como parâmetro fundamental o destino atribuído a cada bem imóvel em conformidade com a sua função social, impondo-se o vínculo indenizatório se alterada a referida destinação¹⁹⁴. Destas duas teorias, a teoria da vinculação situacional ganhou força no direito alemão a partir do fim dos anos sessenta, desenvolvendo uma espécie de reforço da função social da propriedade por motivos ecológicos¹⁹⁵. Isso porque considera que existem determinadas restrições às possibilidades de utilização de um terreno que são imanentes a sua especial situação fática — como a sua localização e qualidade, bem como a sua inserção na natureza e na paisagem —, as quais se constituem como que um ônus incidente sobre o terreno¹⁹⁶. Desse modo, nos casos em que o legislador estabelece, de acordo com as circunstâncias, determinadas proibições de utilização que resultam da particular situação factual de um terreno ou do fato de pré-existirem características inerentes, ele não faz mais do que atualizar uma limitação inerente à propriedade do terreno¹⁹⁷.

Interessante observar a originalidade da teoria da vinculação situacional, na medida em que foi construída ao tomar como parâmetro a situação fática

expropriação sempre que a substância ou o conteúdo essencial do direito, isto é, as faculdades de uso, fruição e disposição, fiquem diminuídas. Dessa feita, argumenta o autor que se a desapropriação é calculada levando-se em conta o valor de mercado do bem, por consequência a diminuição do aproveitamento econômico se reflete no valor do bem, o que evidencia a imposição de indenização. Cf. QUADROS, F. *A protecção da propriedade privada pelo direito internacional público*, p. 267.

¹⁹⁴ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 279-280.

¹⁹⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Protecção do ambiente e direito de propriedade (Crítica de Jurisprudência Ambiental)*, p. 96. Anota-se que a adoção de vínculos situacionais como argumento para repelir a pretensão indenizatória em virtude da proteção de áreas verdes foi realizada inicialmente em 1956, pelo Tribunal Federal alemão (Bundesgerichtshof). Cf. LUTHER, J. *Profili costituzionali della tutela dell'ambiente in Germania*, p. 470.

¹⁹⁶ Cf. CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 323; e CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 299-300. Aproximando-se um pouco da definição acima dada, Bandeira de Mello afirma que a função social da propriedade consiste em cumprir um destino economicamente útil, de modo a satisfazer as necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem, cumprindo sua vocação natural. Cf. MELLO, C. A. B. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*, p. 43.

¹⁹⁷ Cf. CORREIA, F. A., op. cit., p. 323. Veja-se que a Corte Constitucional italiana adotou a teoria da vinculação situacional ao decidir que afastam do fenômeno expropriatório aquelas limitações que decorrem das intrínsecas qualidades objetivas dos bens. Cf. ROLLA, G. *Tutela della proprietà, espropriazione e misura dell'indennizzo*, p. 199-200. Ver também a Exposição de motivos do Anteprojeto de Lei Florestal apresentada pelo Ministro da Agricultura. Cf. BRASIL. *Exposição de Motivos*.

existente em cada propriedade individualizada. Assim, ao respeitar as características do próprio imóvel, bem como a sua relação espacial (qualificada pela localização), essa teoria procura identificar o fim social desejado para cada tipo de propriedade. A partir desse quadro, se uma medida estatal proibir a edificação em um imóvel urbano desprovido de quaisquer elementos ambientais relevantes, estar-se-ia rompendo o dever de suportabilidade social relativo a um bem “vocado” à edificação¹⁹⁸. Por outro lado, não se reconhece desvirtuada a vocação natural no caso da mesma restrição incidir sobre um imóvel urbano pantanoso ou totalmente recortado por cursos d’água. Em verdade, neste último caso, admitir a edificação equivaleria a descumprir a função social dessa propriedade, possibilitando a sua invalidação.

Cabe assinalar que “meio ambiente” é um conceito construído, ou seja, a percepção sobre o que seja a vocação natural de uma propriedade está sujeita a variações no tempo, conforme a apropriação e o significado que lhe seja dado¹⁹⁹. Portanto, a teoria da vinculação situacional — talvez de maneira mais acentuada que as demais — se sujeita a múltiplas interpretações, as quais dependem da ideologia e dos interesses envolvidos.

Como se pode constatar, a extrema diversificação e oscilação na formulação das teorias refletem a dificuldade em fornecer um critério sólido para aferir de maneira objetiva as situações expropriatórias configuradoras do dever de indenizar²⁰⁰. Por conseqüência, a doutrina passou a admitir a possibilidade de utilização conjunta dos critérios, englobando os formais e os materiais²⁰¹. Nesse sentido, Gomes Canotilho, por exemplo, toma como ponto de partida a teoria da intervenção individual, de modo que a restrição deve ser especial no sentido de

¹⁹⁸ Mesmo sem mencionar o princípio da vinculação situacional, vários autores brasileiros justificam a edificabilidade dos imóveis urbanos como decorrente de uma vocação natural. Cf. MEIRELLES, H. L. *Plano de urbanização e embargo de obras*, p. 452; FAGUNDES, M. S. *Aspectos jurídicos do solo criado*, p. 05-06; e MELLO, C. A. B. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*, p. 42.

¹⁹⁹ Mais explanações desse “olhar” sobre o meio ambiente podem ser encontrados em: COSGROVE, D. *A geografia está em toda parte: cultura e simbolismo nas paisagens humanas*, p. 92-122; e SAUER, C. O. *A morfologia da paisagem*, p. 12-74.

²⁰⁰ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 281; MEDEIROS, R. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos*, p. 319; CORREIA, M. L. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, p. 604; REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la Constitución española*, p. 387-388; e CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 502-505.

²⁰¹ Nesse sentido, ver CORREIA, F. A. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 505; CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 283; MEDEIROS, R., op. cit., p. 319; e CORREIA, M. L., op. cit., p. 604.

violar o princípio da igualdade. Em seguida, abre a possibilidade de utilizar critérios materiais para então concluir se o ônus especial tem gravidade suficiente para ser considerado sacrifício indenizável²⁰².

Entretanto, em virtude da multiplicidade de situações potencialmente configuradoras de um vínculo indenizatório impossibilitar a adoção de critérios abstratos universais, foi então proposto aplicar as restrições em diferentes grupos de casos, os quais teriam critérios de imputação específicos²⁰³. A título de exemplo, para os vínculos impostos pela Administração — como é caso do “direito de construir” —, Gomes Canotilho adota os critérios da vinculação situacional e do aproveitamento privado²⁰⁴. Por sua vez, no que se refere a alterações de situações de fato — como o encravamento de imóveis em virtude de desafetação de via pública —, a fundamentação do referido autor parece se basear nas teorias do *gozo standard* e da intervenção individual²⁰⁵.

Essa necessidade de estabelecer critérios seguros de aferição de uma medida expropriatória igualmente foi assumida pelo legislador em Portugal, o qual inicialmente optou por uma combinação entre a teoria do ato individual e o critério material da diminuição substancial. Assim, as servidões administrativas fixadas diretamente pela lei excluía o dever indenizatório, salvo quando a própria lei dispusesse em sentido contrário, enquanto as servidões constituídas por ato administrativo davam direito à indenização quando envolvessem diminuição efetiva do valor ou do rendimento da propriedade²⁰⁶.

²⁰² Cf. CANOTILHO, J. J. G. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 283. Posteriormente, Gomes Canotilho parece ter aderido à teoria do aproveitamento privado ao afirmar que “a delimitação do conteúdo constituirá uma restrição do direito geradora de compensação quando a medida delimitadora-restritiva tiver um peso econômico significativo na esfera jurídico-patrimonial do proprietário”. Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Protecção do ambiente e direito de propriedade (Crítica de Jurisprudência Ambiental)*, p. 98.

²⁰³ Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 219-223; CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 298; e REY MARTÍNEZ, F. *La propiedad privada en la Constitución española*, p. 393.

²⁰⁴ Segundo o autor: “É indispensável, assim, ao indagarmos da natureza de determinada posição jurídica do particular e da intensidade ablatória do acto, atendermos à relação espacial (*Ortsbezogenheit*) do imóvel (local, vias próximas, densidade demográfica, industrialização) e à possibilidade de utilização (*Nutzungsmöglichkeit*) de que continua a beneficiar o proprietário, não obstante o vínculo imposto”. Cf. CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 299.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 303.

²⁰⁶ Com pequenas variações, assim dispunha as leis já revogadas: Lei 2.030/48 (art. 3º, nº 2 e 3); Decreto-Lei 845/76 (art. 3º, nº 2 e 3); e Decreto-Lei 438/91 (art. 8º, nº 2 e 3). O antigo Código de Expropriações português (DL 438/91) prescrevia que: “As servidões constituídas por acto administrativo dão direito a indemnização quando envolverem diminuição efectiva do valor ou do rendimento dos prédios servientes”, como dispõe o art. 8º, nº 3. Anota-se que a possibilidade de constituir servidão administrativa por ato administrativo foi contestada pela doutrina portuguesa.

Entretanto, a impossibilidade de caracterizar uma restrição decorrente de lei como expropriatória pode gerar situações de injustiça, como no caso analisado pelo Tribunal Constitucional português, em que a legislação permitia a desapropriação parcial de um imóvel não edificado, mesmo que isso pudesse inviabilizar o direito de construir na parte restante²⁰⁷. Essa deficiência específica foi resolvida com a alteração do Código de Expropriações, o qual passou a admitir indenização apenas quando as servidões: a) inviabilizem a utilização que vinha sendo dada ao bem, considerado globalmente; b) inviabilizem qualquer utilização do bem, nos casos em que este não esteja sendo utilizado; ou c) anulem completamente o seu valor econômico²⁰⁸.

No Brasil, diferentemente, não há tradição em determinar pela via legislativa as hipóteses configuradoras do dever indenizatório, que tem colocado em evidência o posicionamento doutrinário predominante — o qual parte da qualificação dada à intervenção estatal para determinar a configuração do dever indenizatório. Nesse sentido, entende-se serem limitações ou restrições em sentido estrito não indenizáveis as medidas de caráter geral que ocasionam uma distribuição do sacrifício imposto a todos os cidadãos. Por outro lado, as servidões administrativas podem gerar ou não responsabilização estatal, a depender do efetivo prejuízo causado²⁰⁹.

Anota-se que a distinção entre essas duas modalidades de intervenção estatal na propriedade privada nem sempre tem sido bem compreendida. Isso porque, tendo sido inicialmente apropriada a figura da servidão do direito privado para a satisfação de interesses públicos — como é o caso da passagem de fios elétricos e aquedutos —, a “servidão administrativa” passou a abranger quaisquer medidas que produzam sacrifícios que extrapolem os encargos normais de uma propriedade²¹⁰. Como assinala Rafael Bielsa²¹¹, na servidão administrativa o

Cf. CAETANO, M. *Manual de direito administrativo*, p. 1053-1054. No direito brasileiro, admitindo a constituição pela via administrativa, ver MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*, p. 799-800; e MEIRELLES, H. L. *Direito de construir*, 1961, p. 173-175.

²⁰⁷ Portugal. Tribunal Constitucional. Acórdão 331/99. Rel. Maria Fernanda Paula. Julgado em 02 jun. 1999.

²⁰⁸ Cf. art. 8º, item 2 da Lei 168/99. Nota-se que o critério legal apresentado pode ser perfeitamente enquadrado na teoria da utilização ou aproveitamento privado do bem.

²⁰⁹ Cf. MELLO, C. A. B., op. cit., MEIRELLES, H. L. *Direito de construir*, 1994, p. 131. Ressalta-se que a posição defendida por Hely Meirelles é diferente da contida na primeira edição do seu “Direito de construir”. Cf. Id., *Direito de construir*, 1961, p. 175.

²¹⁰ Cf. FIGUEIREDO, L. V. *Disciplina urbanística da propriedade*, p. 63. No mesmo sentido, ver MELLO, C. A. B., op. cit., p. 802. Anota-se que na posição desse autor há uma incongruência com

proprietário é obrigado a compartilhar o uso e o gozo do bem com a Administração Pública ou com o público, ou seja, afetando nesse caso a exclusividade do direito de propriedade, e não o seu caráter absoluto. É o caso das faixas *non aedificandi* estabelecidas às margens de rodovias e ferrovias, pois, embora o proprietário não possa usar o seu direito em toda a sua extensão, o Poder Público não compartilha com ele o exercício de suas faculdades dominiais²¹². De qualquer maneira, no que se refere ao problema da demarcação do dever indenizatório, torna-se irrelevante se o ato restritivo se originou de uma lei ou de um ato administrativo, tampouco se é qualificado como limitação em sentido estrito ou servidão administrativa²¹³, mas, concretamente, se ocasiona uma afetação desvantajosa significativa na utilização do bem²¹⁴.

Conforme acima exposto, conclui-se não terem sido suficientemente seguras as inúmeras tentativas doutrinárias em estabelecer uma linha divisora entre as medidas expropriatórias as que são decorrentes da vinculação social da propriedade²¹⁵. Apesar disso, não há sentido em menosprezar as construções teóricas realizadas, devendo-se aproveitá-las sempre que possível, principalmente por meio de uma adoção conjugada de critérios formais e materiais, sobretudo em grupos de casos, conforme visto anteriormente.

Por outro lado, há de se ter cautela na identificação legislativa das situações que impõem um dever de indenizar, pois, sendo muito tênues e imprecisos os limites da responsabilidade estatal, corre-se o risco de inviabilizar a atuação da Administração Pública ou mesmo premiar ou punir determinados

a afirmação anteriormente dada em relação ao fato da não obrigatoriedade da servidão administrativa se caracterizar como indenizável. Cf. *Ibid.*, p. 801.

²¹¹ Cf. BIELSA, R. *Derecho administrativo*, p. 322. No mesmo sentido, CASSAGNE, J. C. *Derecho administrativo*, p. 461; LANZIANO, W. *Estudios de derecho administrativo*, p. 456; SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*, 1981, p. 526-527; e OLIVEIRA, F. A. *Limitações administrativas à propriedade privada imobiliária*, p. 236.

²¹² Cf. SILVA, J. A., *op. cit.* p. 531.

²¹³ Tal como procede a legislação portuguesa. Cf. art. 8º, item 2 da Lei 168/99. Ressalta-se que, embora a qualificação dada seja irrelevante, não há como negar que o fato do proprietário conservar ou não os direitos de uso, fruição e disposição de maneira exclusiva produz conseqüências jurídicas díspares. Sobre esse aspecto, ver: QUADROS, F. *A protecção da propriedade privada pelo direito internacional público*, p. 264.

²¹⁴ Para uma crítica dos critérios formais, ver: CORREIA, F. A. *Manual de direito do urbanismo*, p. 334-335; ASCENSÃO, J. O. *Direito Civil – Reais*, p. 227-228; e AMARAL, D. F. *Opções políticas e ideológicas subjacentes à legislação urbanística*, p. 101.

²¹⁵ Como afirma Gomes Canotilho: “(...) a extrema diversificação e oscilação na formulação dos critérios indicia já a incerteza a que eles nos podem conduzir. Servirão, talvez, como «operadores» de valioso préstimo na determinação do conceito de sacrifício”. Cf. CANOTILHO, J. J. G. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 281.

titulares de direitos em virtude das diferenciadas circunstâncias de cada caso concreto. O que não ocorre nas hipóteses em que a restrição visivelmente impossibilita qualquer aproveitamento econômico da propriedade, como na criação das unidades de conservação de proteção integral²¹⁶ —justificando-se, nesse caso, o juízo de prognose do legislador.

Ainda em relação ao tema da previsibilidade dos prejuízos, há quem proponha vincular a licitude da restrição ao direito de propriedade à existência de uma cláusula indenizatória prévia²¹⁷. Entretanto, essa tese já nasce com um problema intrínseco: a indefinição sobre a própria necessidade de indenização. Ademais, a adoção da cláusula prévia significaria garantir a prevalência de um direito fundamental de maneira claramente desproporcional aos demais valores constitucionalmente consagrados. Como bem aponta Reis Novais, “atendendo à relevância igualmente constitucional dos outros interesses em conflito, (...) não se podem resolver os casos duvidosos partindo, pura e simplesmente, de uma presunção geral a favor da liberdade”²¹⁸, o que torna irrazoável a aplicação da referida cláusula. Tendo em vista que a totalidade do ordenamento constitucional pressupõe que os direitos fundamentais se condicionem reciprocamente, a busca de critérios indenizatórios não pode se basear apenas no prejuízo ao direito de propriedade, impõem-se que sejam repartidos socialmente os riscos no exercício dos direitos fundamentais entre o Estado e os seus titulares²¹⁹.

²¹⁶ Em relação a esses ecossistemas, o legislador entendeu que há incompatibilidade entre o aproveitamento econômico pelo titular da propriedade e a sua proteção, impondo-se a desapropriação da área em questão (cf. os arts. 9º, 10, e 11 da Lei 9.985/00). Anota-se que a legislação permite, excepcionalmente, que as unidades de conservação “Monumento Natural” e “Refúgio de Vida Silvestre” permaneçam com titularidade privada (cf. arts. 12 e 13 da Lei 9.985/00).

²¹⁷ Acerca desse tema, afirma Maria Correia: “Mas como pode ser lícita a lei que sacrifica sem prever para o sacrifício compensação? Como pode ser conforme à Constituição e ao seu princípio de justiça distributiva a idéia — que estaria subjacente a este tipo de acções de responsabilidade — e que seria: sofre primeiro (sem discutir da sua justiça) o sacrifício que te foi imposto e pede depois a compensação?”. Cf. CORREIA, M. L. *A responsabilidade do Estado-legislador: reflexões sobre uma reforma*, p. 217-231. Para mais explanações, ver: Id., *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, p. 443 et seq. Sobre a introdução de cláusulas no direito internacional, ver: QUADROS, F. *A protecção da propriedade privada pelo direito internacional público*, p. 210-215.

²¹⁸ Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 218. Em sentido inverso, QUADROS, F., op. cit., p. 265.

²¹⁹ Com efeito, assinala Reis Novais que “(...) uma protecção irrestrita dos cidadãos (...) poderia reverter em prejuízo da própria liberdade, já que acabaria por inibir o Estado na criação e disponibilização das condições ambientais de um exercício otimizado dos direitos fundamentais por parte de todos”. Cf. NOVAIS, J. R., op. cit., p. 214. Em realidade, em um sistema capitalista a exploração da propriedade é em si uma atividade de risco. Cf. MOREIRA, V. *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 151-152.

Em sentido oposto ao esforço doutrinário pela caracterização de critérios abstratos e objetivos, alguns autores vêem como inevitável que se privilegie autonomamente a apreciação das circunstâncias concretas de cada caso²²⁰. Não há dúvidas que, em maior ou menor medida, não se pode afastar o exame específico pelas instâncias judiciais da situação fática — que, aliás, não foi descartado pelas teorias materiais acima assinaladas —, porém, a ausência de parâmetros mínimos pode ocasionar uma retração estatal no cumprimento de suas finalidades públicas, devido ao risco de responsabilização por prejuízos causados²²¹.

Por outro lado, percebe-se que as tentativas teóricas de demarcação do dever indenizatório acabam privilegiando excessivamente a dimensão subjetiva proprietária, sendo necessário igualmente tomar em consideração os interesses comunitários — além de incluir outras variáveis, como a apropriação do valor econômico dos bens imobiliários. Nesse sentido, assinala-se que a compreensão global acerca dessa problemática deve perpassar necessariamente pela delimitação constitucional entre o direito de propriedade urbana e o meio ambiente — dimensão esta que não tem sido suficientemente analisada pelos diferentes intérpretes.

²²⁰ Cf. QUADROS, F. *A proteção da propriedade privada pelo direito internacional público*, p. 267; e MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*, p. 532.

²²¹ Cf. NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 213-214. Defendendo a criação de parâmetros a fim de se ter uma compreensão mais precisa dos direitos, ver BARCELLOS, A. P. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 145.