— Não pode o município apropriar-se de área de domínio da União, quer pela via direta da desapropriação, quer pela via indireta da ocupação, para convertê-la em estrada municipal.

PARECER

CONSULTA

A Companhia de Mineração Jacundá e suas coligadas, titulares de concessões de lavra e de autorizações de pesquisa de minério de estanho em áreas de terra no município de Porto Velho, estado de Rondônia, todas elas abrangidas pela faixa de 100km à margem da rodovia federal BR-354 e incluídas entre os bens da União, pelos arts. 1º e 2º do Decreto-lei nº 1.164, de 1º de abril de 1971, fizeram construir nessas áreas uma via de acesso para transporte e circulação, via esta totalmente inserida nas referidas áreas.

A Câmara Municipal de Porto Velho aprovou e o prefeito do município sancionou a Lei nº 324, de 11 de setembro de 1984, que dispõe:

"Art. 1º Passará a se constituir em via pública municipal a estrada de acesso da BR-364, no Km 106, lado esquerdo, direção Porto Velho-Cuiabá, à Mineração Mibrasa-Jacundá e outras propriedades particulares além da empresa.

Art. 2º Para cumprimento do que determina o art. 1º desta lei, fica vedado a empresas ou particulares da referida via pública interromperem a mesma com cancelas ou outro obstáculo qualquer que impeçam o livre trânsito na área.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

Em face do exposto, consultam as empresas, por intermédio de seus advogados:

1. Qual a natureza jurídica do ato municipal?

2. Tem o município de Porto Velho competência legislativa para transformar em via pública municipal a via de acesso e transporte referida?

3. Cabe mandado de segurança contra o ato municipal em causa?

4. A justiça federal é competente para o exame de legalidade da referida lei municipal?

PARECER

A consulta tem por objeto a legalidade e constitucionalidade do ato legislativo municipal, consubstanciado na Lei nº 324/84, do município de Porto Velho, estado de Rondônia, pela qual passa a constituir bem público municipal, de uso comum do povo, a via particular de acesso construída pelas consulentes, titulares de concessões de lavra e de autorizações de pesquisa mineral, para uso específico dos serviços que lhes foram outorgados pela União.

A documentação que nos foi exibida evidencia tanto a existência regular dos direitos de concessão e pesquisa conferidos às consulentes, como a locação das correspondentes áreas, dentro das quais se situa, em toda a sua extensão, a mencionada estrada de acesso ao local de mineração.

Também se comprova, pela mesma documentação, que a totalidade da área de concessão — e, por via de conseqüência, todo o traçado da questionada via particular de acesso — está compreendida dentro da faixa de terras devolutas, consideradas indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais, como tal declarada pelo Decreto-lei nº 1.164, de 1º de abril de 1971 (art. 1º, IX) e, por essa forma, incluídas entre os bens da União, na forma do art. 4º, I, da Constituição da República.

Para a apreciação da consulta importa, assim, destacar, como pressupostos devidamente comprovados, as seguintes questões preliminares:

1. A via de acesso que o ato municipal transforma em bem público do município incide sobre área de domínio da União, ou seja, sobre terras devolutas declaradas indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais.

2. As consulentes, que construíram e utilizam a questionada via de acesso, são titulares de concessões de lavra e de autorizações de pesquisa em largo perímetro que abrange todo o curso da estrada privativa de seus serviços, destinada a permitir a comunicação regular entre a mina e a rodovia federal.

3. Para a regularidade do uso dessa via de acesso e a garantia das instalações de serviço, as consulentes exercem o controle sobre o tráfego que nela se processa.

Legalidade da servidão constituída pelas concessionárias

Titulares de direitos de lavra e pesquisa, as concessionárias têm, por força de lei federal, a faculdade jurídica de constituir as servidões necessárias à exploração mineral a que estão habilitadas.

O art. 59 do Código de Mineração (Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, com a alteração introduzida pelo Decreto-lei nº 318, de 14 de março de 1967), assim expressamente dispõe:

"Art. 59. Ficam sujeitas a servidões de solo e subsolo, para os fins de pesquisa ou lavra, não só a propriedade onde se localiza a jazida, como as limítrofes.

Parágrafo único. Instituem-se servidões para:

a) construção de oficinas, instalações, obras acessórias e moradias;

b) *abertura de vias de transporte* e linhas de comunicações;

c) captação e adução de água necessária aos serviços de mineração e ao pessoal;

d) transmissão de energia elétrica;

e) escoamento das águas da mina e do engenho de beneficiamento;

f) *abertura de passagem de pessoal e material,* de conduto de ventilação e de energia elétrica;

g) utilização das aguadas sem prejuízo das atividades preexistentes;

h) bota-fora do material desmontado e dos refugos do engenho" (grifos nossos).

O preceito reaparece, com igual redação, no art. 81 do Regulamento do Código de Mineração, aprovado pelo Decreto nº 62.934, de 2 de julho de 1968.

A obra viária, que as concessionárias executaram, à sua custa, estabelecendo a ligação da jazida e a mina com a rodovia federal — toda ela situada dentro de perímetro da concessão — representa, em suma, parte integrante e essencial dos serviços complementares da mineração.

A servidão por essa forma constituída, no exercício regular do direito, insere-se na específica previsão das alíneas *b* e *f* do art. 59 do Código de Mineração anteriormente reproduzidas.

Em razão da natureza e da destinação da via de acesso, que tem como finali-

dade assegurar a continuidade, segurança e eficiência do transporte de bens e pessoas vinculados aos serviços em causa, as concessionárias têm não somente o direito, como o dever, de disciplinar e controlar o uso e a circulação pela estrada privativa. É obrigação do titular de direito zelar pela utilidade efetiva da servidão para que não exceda aos fins que a autorizam e legitimam e não se desvirtue ou perturbe a causa determinante do direito real sobre bem alheio. Permitir indiscriminadamente a terceiros, sem vínculo com o serviço, e mais ainda, com potencial embaraço à sua finalidade, usar dos benefícios da servidão, excederá aos poderes jurídicos de quem dela usufrui. A existência de cancelas, porteiras ou outros meios de controle — a que se opõe o art. 2º da lei municipal — tem fundamento na atribuição que incumbe aos concessionários de policiar seus serviços e na observância da finalidade da servidão que constituiu estritamente para os fins previstos no Código de Mineração.

Natureza jurídica da lei municipal nº 324/84

Na classificação dos atos jurídicos consolidou-se a distribuição, na medida de seu conteúdo, entre atos-regra, atos-subjetivos e atos-condição. A distinção, estabelecida por Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, 2. ed. v. 1. p. 223), logo encampada por Bonnard (*Précis de droit administratif*. p. 31) e Jèze (*Principes généraux de droit administratif*. v. 1. p. 25), visa a ponderar o objeto do ato, do ponto de vista material, superando o aspecto meramente formal de sua emissão.

Em princípio, a lei corresponde ao ato emanado do órgão legislativo. Todavia, poderá ocorrer que, embora tenha essa origem, a substância do ato, materialmente considerado, não comporte os atributos próprios da função legislativa.

Leciona, com nitidez e clareza, Seabra Fagundes, a necessária discriminação:

"Todo ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa, se praticado no uso da competência constitucionalmente outorgada, é lei, do ponto de vista formal. Tem a forma de lei. Poderá acontecer que, ao mesmo tempo, apresente a substância do ato legislativo, como se contiver uma regra geral e impessoal de conduta, imperativamente imposta para o ordenamento da vida coletiva. Neste caso, será também lei no sentido material.

Se, entretanto, versar sobre objeto individual e concreto (como, por exemplo, as leis pelas quais o órgão legislativo reconhece de utilidade pública certas associações), já não terá a substância do ato legislativo. Será lei tão-somente na forma. É freqüente não coincidir a existência no texto legal dos caracteres materiais e formais da lei" (*O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5. ed. p. 23-4).

Somente alcança o caráter de lei em sentido material o ato legislativo que se reveste da generalidade e da abstração que são da essência da norma de direito.

Duguit tornou inequívoca a qualificação:

"Au *point de vue matériel*, la loi est l'acte par lequel l'État formule une règle de droit objectif ou crée des règles, organise des institutions destinées à assurer le mise en oeuvre d'une règle de droit objectif.

(...) Cela veut dire que la loi contient une disposition qui ne disparait pas après son application à un cas prévu et déterminé d'avance, mais qui survit à cette application, et qui s"appliquera, tant qu'elle ne sera abroguée, à tous les cas identiques à celui qu'elle prevoit (...) La disposition par voie générale et abstraite est une loi au sens matériel. La disposition par voie individuelle et concrète n'est pas une loi au sens *matériel*; elle est une loi au sens *formel* si elle émane de l'organe législatif. Au point de vue *matériel* elle sera, suivant les circonstances, un acte administratif ou un act juridictionnel" (*Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. v. 2. p. 144-6; grifos do original).

Quando, portanto, um ato formalmente legislativo, porque emanado de um órgão dessa natureza, se dirige concretamente à regência de uma situação determinada e única, ele é, em verdade, um ato materialmente administrativo, um processo de execução da função administrativa do Estado.

Escrevemos, em outra oportunidade, sobre o tema:

"O ato administrativo comporta um sentido formal e um sentido material. São atos administrativos *formais* todos aqueles praticados por um órgão administrativo. São atos administrativos *materiais* os que representem, substancialmente, o exercício da função administrativa do Estado, independentemente do órgão de sua execução. Nesses últimos se incluirão, *lato sensu*, os atos formalmente legislativos ou jurisdicionais que, pelo seu conteúdo, disciplinam matéria administrativa, como as leis orçamentárias e os inquéritos parlamentares ou os atos de jurisdição graciosa" (*Direito administrativo*. Saraiva, 1975. p. 55; grifos do original).

No mesmo sentido, a autoridade de Ranelletti confirma o critério de classificação:

"Dell'atto amministrativo si può dare anzitutto un concetto generale, comune ad ogni ramo del diritto pubblico, considerandolo nella manifestazione della attività di ogni ordine di organi dello Stato: legislativi, giudiziari, amministrativi. E in questa amplia considerazione si può parlare di atto amministrativo in duplice significato l'uno *materiale* (sostanziale, oggettivo), l'altro *formale*

Nel primo significato si ha riguardo al contenuto dell'atto, cioè alla funzione di cui esso è attuazione. E in questo senso è atto amministrativo ogni dichiarazione di volontà, di giudizio, di scienza, ecc., di un organo dello Stato (legislativo, giurisdizionale e amministrativo) che è esplicamento della funzione di amministrazione, cioè contiene un atto di amministrazione. E 'amministrazione' nel senso materiale (sostanziale, oggetivo) è l'attività dello Stato che ha il compito di soddisfare i bisogni colletivi che sono nei fini dello Stato, cioè dell'attuazione concreta delle finalità che lo Stato assume.

In questo significato può essere atto amministrativo in senso *materiale* un atto degli organi legislativi" (*Teoria degli atti amministrativi speciali*. 7. ed. p. 1; grifos do original).

Qual é, no caso da consulta, o objeto da lei municipal? Não se trata de firmar um princípio, ou de estabelecer uma norma geral e abstrata. Cuida-se, concreta e especificamente, de incorporar ao domínio público municipal uma estrada certa e determinada, identificada no preceito inicial da lei, bem como de nela vedar a colocação de cancelas ou outro obstáculo do uso comum do povo.

Inequivocamente, o ato formalmente legislativo é de substância tipicamente administrativa, importa dizer, ocorre, no caso, um ato administrativo material, tal como definido no direito brasileiro e no direito comparado.

Não se trata de *lei em tese*, norma abstrata e geral a incidir sobre uma pluralidade de casos. É ato administrativo, com efeito traslativo de domínio, segundo o qual "passará a se constituir em via pública" a estrada que não tem essa característica.

Incidência da lei municipal sobre patrimônio da União

A Câmara Municipal ao editar o projeto de lei e o prefeito municipal ao sancioná-lo certamente desconheceram que a estrada construída pela empresa mineradora, em razão da titularidade da concessão de lavra, constituía servidão incidente sobre bem público da União.

Pretendendo expulsar a empresa da disciplina que lhe incumbe exercer, foi muito além do alvo. Transformando em via pública o que era caminho particular, de uso próprio da concessionária, eventualmente acessível a terceiros, em verdade extinguiu o domínio da União sobre a faixa de terreno que forma o leito da estrada.

Como prescreve o art. 4º, I, da Constituição Federal, inclui-se entre os bens da

União "a porção de terras devolutas indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais".

E, com o Decreto-lei nº 1.164, de 1º de abril de 1971 (há mais de um decênio, portanto), foram declaradas indispensáveis àqueles fins, na região da Amazônia legal, "'as terras devolutas situadas na faixa de cem (100) quilômetros de largura, em cada lado do eixo das seguintes rodovias já construídas, em construção, ou projeto:

(...)

IX — BR-364 — Trecho Cuiabá-Vilhena-Porto Velho, na extensão aproximada de 1.000km."

Bastaria a declaração transcrita para consolidar o título de domínio federal.

Aquele decreto-lei enfatizou, todavia, essa qualidade, estipulando, em seu art. 2º:

"Art. 2º Ficam incluídas entre os bens da União, nos termos do art. 4º, item I, da Constituição, as terras devolutas a que se refere o artigo anterior."

Atribuindo-se o domínio sobre a faixa ocupada pela "estrada de acesso da BR-364, no km 106 lado esquerdo, direção Porto Velho-Cuiabá, à Mineração Mibrasa-Jacundá e outras propriedades particulares além da Empresa", em verdade a prefeitura praticou ato de ocupação, sem título legítimo, de terras devolutas da União.

Como é sabido e tranqüilo, não podem os municípios desapropriar bens públicos da União. Menos ainda poderão, obliquamente, praticar ato que alcance tal resultado, usurpando bem declaradamente de domínio federal. A pretendida transformação em via pública municipal corresponde à figura que se difundiu na terminologia usual como a de uma *desapropriação indireta*, a padecer da mesma eiva de ilegalidade e de inconstitucionalidade com que se defrontaria a declaração direta de utilidade pública, para fins expropriatórios.

Intangibilidade da servidão

Mas poderia o município desapropriar, direta ou indiretamente, o direito real de servidão, de que são titulares as consulentes, como concessionárias de mineração?

Como visto, a servidão em causa tem como motivo determinante a execução dos serviços relativos à concessão de lavra ou à autorização de pesquisa, dos quais se torna parte complementar e necessária. A servidão, em suma, integra o acervo de bens e instalações como parcela do patrimônio vinculado à mineração.

Hely Lopes Meirelles, em parecer de oportuna invocação, teve ocasião de demonstrar a impossibilidade de desapropriação, por estado-membro, de jazida em lavra concedida pela União. Evidenciou o eminente administrativista que é vedado ao estado (e *a fortiori* será ao município) impedir ou por qualquer forma perturbar a exploração ou aproveitamento decorrentes da concessão federal. A concessão é direito pessoal do minerador que somente a União poderá alterar ou extinguir, nos limites admitidos pela lei própria. As servidões constituídas em benefício da exploração concedida ou autorizada integram o acervo assim protegido em benefício do patrimônio econômico do concessionário (ver: Meirelles, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público*. v. 2. p. 187 e segs.; *Revista de Direito Administrativo, 109*:283 e segs.).

Ainda, portanto, que, como demonstrado, o ato administrativo material do município não ofendesse diretamente a patrimônio público da União, não é menos ilegal a intervenção do município que, perturbando a regularidade de um serviço de competência federal, tem como conseqüência extinguir a servidão constituída nos termos e para os fins da atividade de mineração. A figura da desapropriação indireta também por esse ângulo padece de insanável eiva de ilegalidade, configurando esbulho de direito.

Controle jurisdicional do ato municipal

Ato materialmente administrativo que, a um tempo, lesa o patrimônio da União e viola direito real de servidão do concessio-

nário, a Lei municipal nº 324/84 sujeita-se, como todos os demais atos administrativos, ao exame de legalidade do poder judiciário. Não se faz mister perquirir, na hipótese, o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade. O preceito editado *sob forma de lei*, não se qualifica como *lei em tese*, norma abstrata a ser contrastada com a Constituição.

A forma de que se reveste, como ato legislativo, não obscurece o conteúdo administrativo, consistente em ato aquisitivo de bem público municipal sem processo regular de direito.

A lesão patrimonial da União e a violação de direito subjetivo do concessionário se abrigam sob proteção do controle jurisdicional da atividade administrativa do município.

Chamamento obrigatório da União

O ato municipal que visa a converter em bem público de uso comum a estrada de acesso à mina tem o duplo efeito de:

a) expropriar o domínio da União sobre as terras devolutas;

b) extinguir a servidão administrativa que nela se constituiu, por força de lei, em favor da concessão de lavra e da autorização de pesquisa.

O domínio pleno da União e o direito real de servidão do concessionário estão imbricados, de modo incindível. A existência de um é requisito de outro. Não sobrevive a servidão se não permanecer a terra devoluta que recebe, como serviente, a limitação dominante. Cessado o título da União, estará perempto o direito real, por incompatibilidade com o uso geral e comum do bem municipal superveniente.

A seu turno, se for consumada a perda da servidão, mercê da validação judicial da lei municipal, a eficácia da sentença infletirá sobre o domínio da União, para declará-lo extinto pela disposição jurisdicional.

Em que consiste a pretenção dos autores? A de garantir contra a ação ilícita do município a sobrevivência do direito de servidão constituído em terras devolutas da União.

A inviolabilidade do domínio da União, insuscetível de apropriação do município, é a causa determinante e inseparável da permanência do direito real do concessionário.

Há um nexo causal indissolúvel entre ambos os direitos, unificando-se, por essa forma, a relação jurídica posta em juízo.

Ao decidir a lide, terá o juiz de considerar, como elemento de validez da servidão, a natureza jurídica do solo que a suporta.

Para que a servidão se mantenha, em face da afronta do município, que pretende haver como sua a via de acesso, é mister que se declare a existência da terra devoluta em que ela assenta.

De outra parte, se judicialmente confirmada a conversão da faixa de terra devoluta em bem público municipal, estará, por via de conseqüência, declarado o perecimento da servidão.

A hipótese coincide, às inteiras, com o desenho que do litisconsórcio necessário traça Moacir Amaral Santos:

"O Código de Processo Civil vigente substituiu a expressão 'comunhão de interesses' pela expressão *comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide* (Cód. Proc. Civil, art. 46, n. I). Isso ocorrendo, trate-se de comunhão de direitos, trate-se de comunhão de obrigações, e a relação de direito material seja *una e incindível* quanto aos seus sujeitos ativos ou passivos, todos eles deverão *necessariamente* participar da relação processual litisconsorcial, porquanto a sentença a todos atinge" (*Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 2. p. 5-6; grifos do original).

Já no sistema do Código de 1939 anotava Luiz Machado Guimarães que, na figura da cumulação subjetiva obrigatória, "admitir-se-á o litisconsórcio, ativo ou passivo, quando fundado na comunhão de direito em relação ao objeto da demanda; neste caso, não poderão as partes dispensá-lo, salvo disposição legal em contrário" (*Estudos de direito processual civil*. p. 208).

A evidência da intercessão de direitos e da cumulação do objeto do ato municipal incriminado conduz a que, pela comunhão de interesses, a decisão de lide atingirá uma e outra das partes, ambas igualmente sensíveis aos efeitos da lei municipal: a União despojada de bem que lhe pertence, objeto de alienação forçada; o concessionário impedido de fruir da servidão necessária à sua atividade minerária.

Caracterizado está, assim, o litisconsórcio necessário ativo, previsto no art. 47 do Código de Processo Civil.

A presença obrigatória da União tem como fundamento não somente a defesa de seu domínio ameaçado como também o dever jurídico de garantir, ao concessionário, a servidão decorrente do direito à concessão da lavra e à autorização de pesquisa, constituída por força do art. 59 do Código de Mineração.

Outorgada a concessão ou autorização, não é lícito ao poder concedente sonegar-se à garantia dos meios necessários ao seu exercício regular, especialmente aqueles que a lei especifica. Assim como não poderia opor-se à constituição da servidão de passagem em terras de seu domínio, impõe-se-lhe também o dever de assegurar ao concessionário a plenitude da atividade minerária, de que o trânsito de bens e pessoas é elemento essencial, diretamente dependente da servidão legalmente constituída para esse fim específico.

Não diligenciando, em tempo oportuno e de modo eficaz, no sentido de que a lavra ou a pesquisa possa prosseguir, sem embaraço ou solução de continuidade, mediante atos ao seu alcance, a União responderá pelo prejuízo causado ao titular de tais direitos, obrigando-se à correspondente indenização.

Válido o ato de concessão ou de autorização, impende à União tanto sofrer a servidão sobre bem de seu domínio, como defender a propriedade do solo sobre a qual ela se constituiu.

A não ser, portanto, chamada ao processo como litisconsorte necessária, deverá a União a ele acudir pela litisdenunciação, fundada na regra do art. 70, III, do Código de Processo Civil.

Competência da justiça federal

A citação da União para integrar a lide no pólo ativo da relação processual configura a competência da justiça federal para a prestação jurisdicional.

A competência a ser firmada pela condição da pessoa deflui do preceito contido no art. 125, I, da Constituição Federal, devendo a causa ser aforada na capital do estado (§ 1º do mesmo art. 125).

Resposta aos quesitos

À luz do exposto, passamos a responder aos quesitos propostos.

1. Qual a natureza jurídica do ato municipal?

Considerado o objeto do ato, a Lei nº 324, de 11 de setembro de 1984, é ato administrativo material, embora emitido sob a *forma* de lei. Está, conseqüentemente, sujeito ao controle jurisdicional de legalidade na instância própria.

2. Tem o município de Porto Velho competência legislativa para transformar em via pública municipal a via de acesso e transporte referida?

Primeiramente, como acentuado, o ato municipal apenas formalmente se configura como ato legislativo. A substância do ato é tipicamente de natureza administrativa importando na criação de uma via pública, ou seja, de um bem público de uso comum do município.

Não há cogitar-se, no caso, de competência legislativa. Quanto ao exercício de competência administrativa, o ato está viciado por incidir sobre terras devolutas da União, conforme expressa definição do Decreto-lei nº 1.164, de 1º de abril de 1971, no item IX de seu art. 1º.

Não pode o município apropriar-se de área de domínio da União, quer pela via

direta da desapropriação (vedada conceitualmente e por força de lei), quer pela via indireta de ocupação, por título ilegítimo.

3. Cabe mandado de segurança contra o ato municipal em causa?

O ato administrativo praticado sob a forma de lei viola direito líquido e certo das consulentes que constituíram legitimamente e nos termos de expressa permissão legal (art. 59 do Código de Mineração) servidão de passagem destinada a garantir o uso regular e contínuo do direito à lavra e pesquisa de minério, que lhes foi atribuído em conformidade com a legislação federal própria. Como titulares desse direito, que resulta dos decretos correspondentes, as consulentes estão abrigadas, em sua defesa, pelo alcance do art. 153, § 21, diante da ilegalidade do ato municipal.

4. A justiça federal é competente para o exame de legalidade da referida lei municipal?

Resposta afirmativa. O chamamento da União à lide importa na competência da justiça federal, segundo o disposto no art. 125 da Constituição da República.

Ademais, como já demonstrado, trata-se de controle de ato administrativo, e não de ação de constitucionalidade sobre lei em tese.

Este o nosso parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 8 de outubro de 1984. — *Caio Tácito,* Professor titular na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.