PRAIA – LIVRE ACESSO – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA

CONSULTA

Em face do art. 214, IX, da nova Constituição do estado, questiona-se:

a) não estará o estado invadindo a competência legislativa do município e fixando parâmetros urbanísticos?

b) a restrição colocada nesse inciso IX do citado artigo resultará na impossibilidade de construção ou aproveitamento econômico de grande parte dos terrenos situados na orla marítima da cidade. O esvaziamento econômico dessas propriedades não configura desapropriação indireta e inconstitucional, em desacordo com o previsto nos arts. 5º, inciso XXIV e art. 182, § 3º, da Constituição Federal?

RESPOSTA

Este é o dispositivo a que alude a consulta:

"Art. 214 – O estado e os municípios obrigam-se, através de seus órgãos da administração direta e indireta, a:

(...)

IX – garantir livre acesso às praias, proibindo-se qualquer construção particular, inclusive muros, em faixa de, no mínimo, 60 metros, contados a partir da linha de preamar máxima."

O dispositivo esvazia por inteiro o direito de propriedade particular, nas áreas não-edificadas, aí compreendido o domínio útil de terrenos de marinha, e impossibilita aos proprietários qualquer aproveitamento, em seu uso próprio e exclusivo, não lhes permitindo sequer um muro divisório e abrindo as propriedades, assim indiscriminadas, ao *"livre acesso público"* (*Sic*). Atrás disto, a proibição alcança, implícita, as edificações ali já existentes, impondo-lhes uma servidão de recuo, ou alinhamento, por efeito da qual, impedida qualquer obra de reforma, ou reconstrução, essas propriedades tenderão gradativamente a deteriorar-se, em prejuízo e até perda total de seu valor de mercado.

Mais do que qualquer outro município, o de Salvador, comprimido em um promontório, suportará fundamente os efeitos desse dispositivo sobre toda a larga e longa faixa marítima que o envolve: a redução de sua receita orçamentária em razão da depreciação daquelas propriedades – terrenos e edificações – todas elas base tributária de imposto predial e territorial (art. 156, I, Constituição Federal) e a insólita intromissão em matéria de sua competência privativa, seja para "legislar sobre assuntos de seu interesse local" (Constituição Federal, art. 30, I), seja para promover, por decisão própria, o "controle do uso, parcelamento e ocupação do solo" (Constituição Federal, art. 30, VIII), seja para adotar sua própria "política de desenvolvimento urbano" (art. 182, *caput* da mesma Constituição Federal), incluído, declaradamente, seu poder de impor, ou definir, as "exigências fundamentais de ordenação da cidade" (*sic*) *com a livre iniciativa de decidir pela necessidade, conveniência, ou não, das desapropriações* (Constituição Federal, art. 182, §§ 2º e 3º), observados apenas os limites da *legislação federal* (Constituição Federal, art. 182 § 4º).

Observe-se que na Constituição de 1988, diferente de todas as anteriores, o município deixa de ser mera unidade integrante da organização dos estados e territórios, para assumir ele próprio a posição de elemento constitutivo da Federação e da República, no mesmo nível dos estados e do Distrito Federal, posto que cada qual na sua órbita de ação específica. É o que está agora no seu art. 1º – "A República Federativa do Brasil (é) formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal (...)" (*sic*).

Tanto mais incisiva, pois, a lição de Francisco Campos, inspirada aliás em Marshall e Rui Barbosa:

"Implícita ou expressa, é consubstancial a regra de que nenhum dos Poderes, ou Governos, de cuja associação se compõe sua unidade (o de regime federativo) deve interferir nas atividades legítimas do outro, nem diretamente nem indiretamente, nem por vias diretas, oblíquas ou furtivas, poderá criar óbices, embaraços, tropeços ou empecilhos ao exercício das suas funções constitucionais e, sobretudo, onerar, de qualquer maneira, diminuir ou destruir a eficácia dos meios, ou instrumentos, necessários ou adequados à ação dos seus órgãos, na órbita constitucional de sua competência (*Direito Constitucional*, 1956, v. 1, p. 19).

Em inteiro desacordo com esse ensinamento, o constituinte estadual, não obstante o município ser hoje um dos *associados* da composição federativa, criou para todos eles um óbice imensurável, com destaque especial, como foi dito, para o do Salvador: além da intromissão em matérias de sua competência constitucional privativa – *o planejamento urbano*, o *controle de uso e ocupação e parcelamento do solo*, a *imposição de "exigências a proprietários de solo não-edificado"* (Constituição Federal, art. 182, § 4º) – obriga-os a todos eles a desapropriarem aquelas áreas ou, independente de ato formal de desapropriação, responderem pelas correspondentes indenizações.

O direito de propriedade é matéria de lei federal (Constituição Federal, art. 22, I). Somente a ela, pois, é dado definir-lhe a aquisição, o conteúdo de poderes e sua perda.

É certo que seu exercício pode ser disciplinado mediante restrições ou limitações de ordem administrativa (Código Civil, art. 572) – não porém tão rigorosas que suprimam aqueles poderes ou, ainda quando os não suprimam, reduzam extraordinariamente seu valor econômico.

O constituinte estadual, na medida em que proíbe construções e, vedando o levantamento de muro

divisório, expõe aquelas propriedades, em campo aberto, ao uso e gozo de todos, suprime aos proprietários, de um só golpe, seus direitos inerentes ao domínio: o de construir (Código Civil, art. 524) e o de exclusiva fruição (Código Civil, art. 524). E deprecia a mais não poder o valor econômico dessas propriedades, "pois ninguém adquire terreno urbano em que seja vedada a construção: se o impedimento de construção (ou de desmatamento) atingir a maior parte da propriedade, ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade e, nesse caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem. Se o Poder Público retira do bem particular o seu valor econômico, há que indenizar o prejuízo causado ao proprietário. Essa regra que deflui do princípio da solidariedade social, segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos, não tem exceção no direito pátrio, nem nas legislações estrangeiras" (Meirelles, Hely L., *Direito Administrativo Brasileiro*, 1985, p. 538 – os grifos são nossos).

Ou, em outros termos: "as restrições não podem chegar a desintegrar o direito do proprietário, senão mediante a imposição de uma servidão ou desapropriação, caso em que a reparação integral manterá incólume o patrimônio daquele". Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, 1947. v. 3, p. 394).

A ablação do direito de construir, aliás, equivale, só por si, a um ato expropriatório, já que a expropriação ocorre não somente quando implique transferência da propriedade a outrem, mas também, de forma *indireta*, quando se priva seu titular de exercer os direitos a ela inerentes: l'ubi consistam dell'espropriazione non è il trasferimento, bensí, come testenomia lo stesso étimo della parola, l'ablazione di un diritto o di facoltà inerenti a um diritto" (Sandulli, Aldo. Natura ed effetti dell'imposizione di Vincoli Paesistici. In: *Revista Trimestrale di Diritto Público*, p. 829-30. 1961).

Por isso, exatamente por isso – por não ser a expropriação um modo de transferência, mas só de extinção da propriedade (Código Civil, art. 590) que passa ao expropriante a título originário (ac. Trib. SP *in Revista dos Tribunais*, 442, 172), com a conversão do direito real em direito de crédito à indenização (R. Bielsa – exatamente por isso é que a ela se equipara a "compressione rilevante" dos poderes do proprietário, entre os quais o de construir, e se diz que "il vincolo urbanistico è forse una delle figure più tipiche di questa forma *larvata* di espropriazione" (Bruno Cavallo-Giampiero di Plinio *"Man. di Dir. Pubblico dell'Economia"*, 1983, p. 133-43). Também daí é que se diz, quando isso ocorre, isto é, quando se esvazia o direito de propriedade, que há aí uma "expropriation matérielle", que "équivaut à une expropriation proprement dite ou *formelle*", de que resulta dano a ser, por igual, indenizado - "dont la garantie de la propriété exige la réparation" (André Grisel, *Dir. Administr. Suisse*, 1970, 404).

Observe-se, por outro lado – e isto é do nosso direito expresso – observe-se que sempre que a lei federal impede o exercício do direito de construir, ela própria ressalva de logo a garantia da indenização correspondente. Assim, por exemplo, o Código do Ar: "Quando tais restrições (resultantes da proximidade de aeroportos) impedirem construções de qualquer natureza, terão os proprietários vizinhos direito à indenização, fixada judicialmente, na falta de acordo direto" (Código do Ar – Decreto-lei nº 32, de 1966; Decreto-lei nº 83, de 1979. Assim também o Código de Minas, ou de Mineração: "As servidões constituem-se mediante prévia indenização do valor do terreno ocupado e dos prejuízos resultantes da ocupação" (Código de Minas, 1968, art. 45). Assim, por sua vez, o Código de Águas (Decreto nº 24.645. de 1934, art. 32 e segs).

O desmembramento de poderes do domínio particular imposto pelo Poder Público em prejuízo do proprietário e proveito coletivo é, na correta conceituação jurídica, uma servidão pública, administrativa, e somente pode ser instituída mediante a correspondente indenização, reparadora desse prejuízo conseqüente. Nessa conceituação fica afastada a falsa objeção de que as servidões somente existem entre prédios, um dominante, outro, serviente. Desse desmentido são exemplos marcantes os caminhos públicos (Lacerda de Almeida: *Direito das Coisas* II, § 103, nota 4) e as servidões pessoais (Teixeira de Freitas: *Consolidação*, art. 47, nº 6; Clovis Bevilaqua, obs. ao art. 713 do Cód. Civil.). A servidão consiste não somente em um *nom facere*, mas também em ter de suportar o proprietário que outrem exerça poderes que, normalmente, só a ele caberiam, de modo exclusivo.

O preceito é de ordem constitucional: onde houver dano, resultante de ação, ou omissão, do Poder Público, haverá a correspondente indenização (Constituição Federal, art. 5º, XXII, art. 37 § 6º). Este é um princípio fundamental, reiterado em todas as nossas Constituições; e é por extensão dele que se repete, todos os dias que, quando ocorra desapropriação de um imóvel, se uma sua parte remanescente perde suas condições normais de aproveitamento econômico, ou de utilização pessoal do proprietário, o valor dessa área entra no *quantum* da indenização total:

"Quando na desapropriação a área remanescente se torna improdutiva, a indenização deve abrangê-la na sua totalidade" (ac. Trib. S. Paulo, *In: Revista Direito Administrativo*, 319, 310; ibid. *In: Revista Direito Administrativo*, 104, 217; ibid. *Revista dos Tribunais*, 515, 175; ibid. 229, 160; ibid. 268, 458; ibid 302, 296; ibid. 346, 174; 328, 328; 327, 258; *Revista Jurisprudência Tribunais Júri de São Paulo*, 43, 51, etc.)

Ou, no mesmo sentido:

"Não se pode compreender que a Administração não desaproprie e não permita a construção" (ac. Trib. S. Paulo, *Revista dos Tribunais* 251, 238).

"Se ocorre o esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, o Estado deve pagar a indenização correspondente ao seu valor, como na desapropriação por utilidade pública."

(Parecer Conselheiro-Geral da República Adroaldo Mesquita da Costa. *In: Revista Direito Administrativo*, 82, 341; no mesmo sentido o também Conselheiro-Geral da República, Ministro Carlos Medeiros Silva. *In: Revista Direito Administrativo*, 67, 248).

Ou, ainda:

"Não pode a Administração (a Prefeitura) por tempo indeterminado congelar a propriedade, cassando a licença para construir, por estar o imóvel incluído no Plano de urbanização" – ac. Supremo Tribunal Federal. *In: Revista Direito Administrativo*, 49, 225).

A publicação desse último acórdão do Supremo Tribunal Federal foi enriquecida com o *comentário* do eminente Prof. Caio Tácito que, além de substancial contribuição de ordem doutrinária, transcreve outra decisão do Supremo Tribunal Federal, com destaque do voto do Ministro Rocha Lagôa:

"É um direito do Poder Público desapropriar a propriedade individual, particular, mas deve fazê-lo pelos meios adequados, promovendo a indenização respectiva. No caso, a Prefeitura entendeu estabelecer um plano urbanístico, que não se sabe quando será realizado, abrangendo a área pertencente aos recorrentes. Não é justo que eles fiquem com essa área imensa, valiosa, sem auferir proveito dela."

E o Prof. Caio Tácito:

"Se a prolongada inclusão em projetos de alinhamento, de execução incerta, ou improvável, interdita o direito de construir, ou torna o bem inegociável em virtude desse impedimento, parece razoável assegurar ao proprietário a reparação do direito lesado" (*Revista Direito Administrativo*, 49, 225).

Observe-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal tem admitido, nas áreas rurais, como medida de segurança do tráfego rodoviário, uma servidão de não edificar em faixas marginais de estradas federais e estaduais, sem a correspondente indenização aos respectivos proprietários; mas ressalva que uma tal servidão não subsiste quando essas estradas penetrem a zona urbana, já que aí predomina a autonomia municipal (*Rev. Trim. Jur.* 122, 1045; ibid. 116, 587 e 1067; ibid. 90, 333; ibid. 91, 69); por outro lado, a indenização é devida, ainda mesmo nas zonas rurais, quando "a limitação reduza ou elimine a utilização econômica do imóvel", ac. de 28.6.84 in *Rev. Trim. Jur.* 121, 199).

É certo que o Estado tem o poder de legislar sobre o direito urbanístico. Também o tem a União (Constituição Federal, art. 24, I). Mas é evidente que nem ela nem ele poderá sobrepor-se aos municípios naquilo que a Constituição expressa como poderes a eles reservados: não apenas o de legislarem sobre "*assuntos de interesse local*" (art. 30, II) – e nada é de maior *interesse local* do que a demarcação das áreas urbanas – e o de proverem sobre seu Plano de urbanização, instrumento e guia de funcionamento da cidade (art. 30, VIII e 182).

Aos estados cabem as normas gerais, de coordenação, concernentes e regiões metropolitanas e aglomerações definidas em lei complementar a que alude o art. 25 § 3º da Constituição Federal – planos gerais, ou setoriais – não aquilo que a própria Constituição Federal reservou, *sem competência concorrente*, a órbita de ação privativa dos municípios: o planejamento local, de cada cidade, a *ocupação do solo e controle do seu uso*, no qual, por força de compreensão, estão *as limitações e condições desse uso e ocupação* – controle esse e limitações a serem definidos pelo *Poder Público municipal* mediante lei sua, *específica*, e *aprovação da Câmara* respectiva (*sic* – art. 30, VV e 182 *caput* e § 1º) e, em especial, tais limitações ou "exigências" referentes a "*proprietário de solo urbano não edificado*" (*sic* art. 182, § 4º). A matéria não comporta competência concorrente, a menos que os textos constitucionais tenham perdido sua força obrigatória.

Também é certo que, no regime constitucional anterior – o município parcela da organização dos estados e não relacionados, sequer cogitados, aqueles seus poderes hoje explícitos – o Supremo Tribunal Federal admitiu limitação de gabarito de edificações urbanas, feita por lei estadual (*Rev. Trim. Jur.* 101, 474, id. *Rev. Dir. Adm.* 162, 225).

Mas uma tal orientação é hoje incompatível com a Constituição de 1988, já pela posição dos municípios definida no seu art. 1º, como *unidade da Federação*, no mesmo plano dos estados e do Distrito Federal, já pelo texto expresso daqueles seus dispositivos.

Já agora, não há como deixar de considerar os votos divergentes daquela orientação, entre os quais o do eminente Ministro Moreira Alves:

"A prevalência no direito urbanístico é do Município.

A competência dos estados e da União é muito limitada.

As restrições urbanísticas interferem direta ou indiretamente numa esfera, cujo interesse é exclusivo do município: a arrecadação do imposto sobre propriedade territorial é privativa dos municípios. O estabelecimento de restrições quanto ao gabarito *e à área destinada a construções* influi na base de cálculo desse imposto, mas também impede surjam novas unidades habitacionais ou comerciais, sobre as quais incidirá esse tributo."

(...) as limitações, para mais ou para menos, "do limite do terreno são *normas que se imiscuem indevidamente na esfera do peculiar interesse do Município*".

No mesmo sentido, o voto do Ministro Cunha Peixoto:

"A construção urbana define-se, pelo seu próprio qualificativo, como assunto peculiar da cidade e, conseqüentemente, das autoridades municipais."

E, citando Hely L. Meirelles: "O controle das cons-

truções é atribuição específica do município" (votos dos Ministros Cunha Peixoto e Moreira Alves *in Rev. Trim. Jurips*, citada, v. 101, 474 e segs.).

Posto isso, respondo:

a) quanto ao primeiro item da consulta – sim. O constituinte estadual invadiu a competência privativa dos municípios, e com isto violou o art. 30, I e VIII, assim como o art. 182, ambos da Constituição Federal, quando delimita área das edificações urbanas e a de espaços livres, interferindo assim no planejamento das cidades, aí incluída a ordenação das zonas de ocupação.

b) quanto ao segundo item – também sim. A restrição do inciso IX impõe aos proprietários não somente a supressão do seu direito de construir (Código Civil, art. 572) mas também, ao abrir as propriedades ao *livre acesso* público (*sic*), transfere à comunidade o uso das propriedades, com o que elimina a substância mesma da propriedade – o *direito de uso*, que, por definição, é próprio e exclusivo do proprietário. O *direito de uso* é um direito real, o *direito de fruir as utilidades da coisa* (Código Civil, art. 713). Eliminado esse direito ínsito na propriedade (art. 524, Código Civil), supresso o direito de construir (art. 572), o que é que restará ao proprietário, além de um título de papel, meramente fictício, sem qualquer sentido de ordem econômica ou utilidade pessoal? Ainda aqui, o constituinte estadual, ao violar matéria regulada por direito federal (Constituição Federal, art. 22, I), impõe aos municípios um dever de expropriar e indenizar esses proprietários, não por deliberação própria, mas por determinação do estado; até porque não há como distinguir de uma *desapropriação formal* essa forma *indireta* de eliminar o direito de propriedade particular, adotada no citado art. 214, IX a que a consulta alude.

É o parecer, S.M.J.

Bahia, 6 de Novembro de 1989. – *Lafayete Pondé*.