

Limitações Urbanísticas e Esvaziamento Econômico

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

1.Noções Introdutórias e conceituais sobre a propriedade 2.O conteúdo econômico da propriedade 3.Classificação dos instrumentos jurídicos de intervenção na propriedade e na atividade privadas; localização das limitações 4.A propriedade urbana e seu estatuto constitucional 5.As limitações urbanísticas 6.O sacrifício econômico da propriedade 7.Esvaziamento econômico da propriedade em razão de limitações urbanísticas 8.Jurisprudência 9.Conclusão.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS E CONCEITUAIS SOBRE A PROPRIEDADE

1.1. Conceito

A propriedade é um fato sociológico, politicamente relevante, reconhecido pelo direito. São, portanto, três referenciais científicos, o sociológico, o político e o jurídico, necessários para enquadrar sua conceituação.

No sentido sociológico, enfatizando o elemento convivencial, trata-se de uma "relação que se instaura entre um sujeito A e um objeto X, quando A dispõe livremente de X e esta faculdade de A, no que se refere a X, é socialmente reconhecida como sua prerrogativa exclu-

siva, sendo seu limite teórico tudo decidir com respeito a X, possuía ou não no estrito sentido material." A característica sociológica fundamental da propriedade está na aceitação social.

No sentido político, enfatizando o elemento cratológico, a propriedade vem a ser um aspecto da liberdade que consiste no poder de determinar plenamente o destino das coisas segundo a própria vontade. Envolve tanto a liberdade de apropriação como a de disposição dos bens. A característica política fundamental assenta-se, pois, na liberdade.

No sentido jurídico, enfatizando a existência de normas de subordinação, a propriedade é um direito de usar, gozar e dispor de um bem sem mais limitações que as estabelecidas pela ordem jurídica (é o que se encontra no art. 524 do Código Civil Brasileiro). Aqui, a característica fundamental é o exercício de poder heteronomamente regado.

Ora, esse regamento de poder se traduz principalmente em limitações ao seu exercício, restrições de todo tipo que tradicionalmente acompanharam a propriedade, como por exemplo, para ficarmos com manifestações arcaicas de normatividade edilícia, mencionadas por Fustel de Coulanges, as antigas limitações protetivas dos lares, comuns a todos os arianos, indistintamente gregos, romanos ou hindus (A Cidade Antiga, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 3ª ed., Vol. I, p. 39 e ss.).

Disso resulta a importante afirmação de Roberto de Ruggiero: "A propriedade não é a soma de faculdades; é a unidade de todos os poderes conferidos ao titular. Não é possível enumerar todos esses poderes, porque não é possível dizer tudo o que o proprietário pode fazer; mas podemos especificar o que lhe é vedado, seja pela lei, seja em razão do direito alheio." (v. Instituições de Direito Civil, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1958, V. 2), o que vale dizer, em suma, que o direito de propriedade, em qualquer ordenamento jurídico de que se cogite, é o poder de uso, gozo e disposição sobre um bem, que resta depois das vedações e limitações que sobre ele recaem.

1.2. Teorias mais importantes

A teoria da ocupação, possivelmente a mais antiga, deriva a propriedade da posse material de um bem. Hoje, abandonada, tem aplicação vestigial em alguns institutos civis, como a invenção do tesouro e outros regimes de apropriação de coisas adésptas (res nullius).

A teoria da lei, de Montesquieu, atribui ao legislador o encargo de definir o direito de propriedade. Hoje serve de suporte às doutrinas políticas estatizantes.

A teoria da especificação ou do trabalho, é uma variante da teoria da ocupação que empresta valor relevante à atuação econômica das pessoas, considerando-a como a verdadeira geradora do direito de propriedade.

A teoria da natureza humana, encerrando esta breve resenha, com fundamento no Direito Natural e na Doutrina Social da Igreja, expressada particularmente na Encíclica Quadragesimo Anno, concebe a propriedade como atributo da personalidade e, assim, conatural ao homem, preexistindo ao direito posto e às organizações políticas, cabendo ao Estado, apenas reconhecê-lo e definir os seus limites para garantir sua função social.

A Constituição, no artigo 5º, XXII, segue esta última corrente pois não instituiu o direito de propriedade mas apenas o garantiu, como fato jurídico pré-constitucional, tratando-o da mesma forma que a personalidade, a liberdade, o poder e outros fatos da mesma natureza que o ordenamento jurídico já encontra socialmente institucionalizados, limitando-se, portanto, a regrá-los

1.3. Natureza

Costuma-se distinguir na propriedade a sua natureza extrínseca da intrínseca.

A natureza extrínseca se caracteriza pela corporalidade e pela comercialidade. É a tratada no Art. 5º, XXII, da Constituição. Roberto de Ruggiero, prefere denominá-la de natureza física (Instituições de Direito Civil, Saraiva, 1958, V. 2, p. 326). O uso e a comercialização do bem são seus aspectos econômicos mais relevantes.

A natureza intrínseca se caracteriza pela capacidade de gerar riqueza, ou seja, de produzir frutos de valor monetariamente expressável. É tratada no Art. 170, II, CF, da Constituição. Roberto de Ruggiero prefere denominá-la de natureza jurídica (op. cit.). A exploração vem a ser seu aspecto econômico mais relevante.

1.4. Direito Positivo

A propriedade está minudentemente disciplinada a nível constitucional, sobressaindo quatro dispositivos que tratam, dois a dois, da sua natureza extrínseca e intrínseca:

Art. 5º, XXII, com a afirmação do direito à natureza extrínseca da propriedade, e

Art. 5º, XXIII, com a afirmação da função social que recai sobre a natureza extrínseca da propriedade.

Art. 170, II, com a afirmação do princípio econômico da propriedade, ou seja, o direito sobre a natureza intrínseca da propriedade, e

Art. 170, III, com a afirmação do princípio econômico da função social da propriedade, ou seja, a reserva de poder do Estado para intervir sobre a natureza intrínseca da propriedade.

É oportuno lembrar que há também uma relevante distinção jurídica entre a função social interindividual e a função social pública. (exemplos de restrições interindividuais de natureza privada, se encontram no Código Civil, arts. 524 a 673; as restrições públicas estão pré-definidas na própria Constituição, como se indicará adiante).

Seguem-se mais 34 dispositivos constitucionais, sendo 30 na Parte Permanente e 4 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias pertinentes à propriedade:

Art. 5º, XXIV – desapropriação, com indenização prévia, justa e em dinheiro.

Art. 5º, XXV – uso pela autoridade em caso de perigo iminente.

Art. 5º, XXVI – impenhorabilidade da pequena propriedade rural familiar produtiva.

Art. 5º, XXVII – propriedade intelectual dos autores.

Art. 5º, XXVIII – propriedade intelectual da imagem e da voz humanas.

Art. 5º, XXIX – propriedade intelectual da invenção, da criação industrial, das marcas, nomes de empresas e outros signos distintivos.

Art. 5º, XXX – direito de transmissão da propriedade (C. Civil, arts. 1572 e ss. e Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994, direito dos companheiros à sucessão).

Art. 43, § 3º – fomento público regional federal a pequenos e médios proprietários rurais para suprimento de água.

Art. 153, VI – imposição tributária específica à propriedade territorial rural.

Art. 153, § 4º – orientação extrafiscal do IPTR sobre propriedade improdutiva e não incidência sobre pequenas glebas rurais exploradas pelo proprietário, só ou com sua família, desde que não possua outro imóvel.

Art. 156, I – imposição tributária específica à propriedade predial e territorial urbana.

Art. 176, caput – distinção da propriedade de recursos minerais e de potenciais de energia elétrica; garantia ao concessionário da propriedade do produto da lavra.

Art. 176, § 2º – participação do proprietário do solo nos resultados da lavra.

Art. 182, § 2º – vinculação da função social da propriedade urbana ao plano diretor.

Art. 182, § 3º – desapropriação de imóvel urbano submetida à regra geral do art. 5º, XXIV.

Art. 182, § 4º – sanções ao proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – IPTU progressivo no tempo;

III – desapropriação mediante títulos especiais da dívida pública.

Art. 183, caput – aquisição de domínio *uti possidetis* de área urbana até 250m².

Art. 184, caput – desapropriação rural para fins de reforma agrária.

Art. 185, caput – insuscetibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária:

I – pequena e média propriedade rural desde que seu proprietário não possua outra;

II – propriedade produtiva.

Art. 185, parágrafo único – tratamento especial (fomento) à propriedade produtiva.

Art. 186 – requisitos de atendimento à função social pela propriedade rural:

Art. 190 – limitação de propriedades rurais a estrangeiros.

Art. 191 – condições de usucapião rural.

Art. 222 – propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.

Art. 231 – Inalienabilidade e regime especial das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Art. 243 – expropriação sancionatória de glebas onde forem localizadas culturas de plantas psicotrópicas.

Art. 243, parágrafo único – confisco de bens apreendidos em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas.

E no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 49 – consolidação da propriedade enfiteuticada.

Art. 49, § 3º – permanência da enfiteuse sobre os terrenos de marinha.

Art. 53, VI – prioridade a ex-combatentes para aquisição de casa própria, para os que não a possuam ou para suas viúvas ou companheiras.

Art. 68 – reconhecimento de propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando as suas terras.

2. O CONTEÚDO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE

2.1. Aspectos econômicos da propriedade

Relevam dois aspectos: o estático e o dinâmico. O aspecto estático é o relativo à natureza extrínseca da propriedade; é inerente ao bem, não carecendo de atributo ou qualificação. O aspecto dinâmico é o relativo à natureza intrínseca da propriedade; é atribuído ao bem em virtude de sua situação jurídica na vida sócio-econômica organizada.

Esses aspectos são importantes, como se verá, quando se deva distinguir a ação interventiva do Estado sobre o bem em si ou considerado como fator econômico de produção.

2.2. Função social

A ordem jurídica exige que o uso fruição e disposição dos bens estejam condicionados ao bem-estar comum. Há, portanto, uma vocação dos bens suscetíveis de apropriação de servir ao máximo tanto como de prejudicar ao mínimo o interesse geral. São esses os denominados aspectos positivo e negativo da função social da propriedade.

2.3. Ação do domínio eminente do Estado

Para que se torne efetiva a imposição da função social, o Estado exerce seu poder coercitivo essencial, que o caracteriza, sobre todos os bens sujeitos à sua ordem jurídica. Este é o conceito simplificado de domínio eminente.

É a partir dele que se procede à categorização de todos os bens existentes, distinguindo-se três tipos de situação dos bens quanto ao domínio que sobre eles possa ser exercido: o domínio privado, o domínio público e as res nullius, ou adésotas, porque não comportam nenhum tipo de senhorio, embora alguns bens possam ser apropriáveis nos termos da lei.

O domínio eminente se expressa positivamente através dos estatutos dominiais, que são definitórios de cada categoria bem como das importantes regras sobre mudanças de uma categoria para outra e as que prevêm as diversas modalidades de intervenção estatal.

A esse respeito, o domínio eminente possibilita duas ordens de intervenções:

- sobre o aspecto estático: Art. 5º, XXIII, CF e
- sobre o aspecto dinâmico: Art. 170, III, CF.

Dessa distinção decorrem dois conceitos fundantes do Direito Administrativo: a intervenção na propriedade e a intervenção econômica.

2.4. Conceito de Intervenção na Propriedade

Este tipo de intervenção tem sentido instrumental. Alcança os aspectos estáticos dos bens objetos do direito de propriedade com o fim de torná-los mais aptos à realização de sua função social, atuando, assim, como ferramenta para o desempenho finalístico de qualquer das modalidades de atuação administrativa.

Por ser um instrumento, a intervenção na propriedade presta-se indiretamente a qualquer finalidade administrativa, que tanto pode ser a realização do sentido positivo como a do negativo da função social que lhe é atribuída.

Valham alguns exemplos: pode servir à atuação do Poder de Polícia, através da imposição de limitações; à prestação de Serviços Públicos, através de requisições e de servidões administrativas; à atuação de Ordenamento Econômico, através de desapropriações; à atuação de Ordenamento Social, através de limitações ambientais; e à execução do Fomento Público, através de tombamentos.

2.5. Conceito de Ordenamento Econômico

Este tipo de intervenção tem sentido finalístico. Alcança os aspectos dinâmicos da propriedade, ou seja, aqueles que geram os processos de produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas, com o propósito de realizar ao máximo sua função social.

O ordenamento econômico é uma das cinco modalidades de atuação da Administração Pública acima referidas, agindo através dos institutos de intervenção classificados como regulatórios, concorrenciais, monopolísticos e sancionatórios.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE E NA ATIVIDADE PRIVADAS; LOCALIZAÇÃO DAS LIMITAÇÕES

3.1 Critérios classificatórios

A classificação das espécies é importante para a plena compreensão do gênero e tanto melhor ela será quanto mais ricos e diversificados os critérios classificatórios adotados. Serão utilizados os seguintes critérios:

1. motivo, 2. extensão sobre o objeto, 3. determinação da abrangência, 4. onerosidade, 5. duração, 6. delegabilidade do exercício; 7. executoriedade e 8. grau de sacrifício imposto.

3.2 Quanto ao motivo:

Distinguem-se duas categorias de intervenção: a ordinatória e a sancionatória.

A intervenção ordinatória ou discricionária atua restringindo o exercício do domínio com a finalidade de ampliar o atendimento do bem-estar social; aprimora, assim, o aspecto socialmente positivo do exercício da propriedade.

A intervenção sancionatória ou vinculada atua restringindo o exercício do domínio que esteja prejudicando ou ameaçando prejudicar o bem-estar social; inibe, assim, o aspecto socialmente negativo do exercício da propriedade. São modalidades punitivas de descumprimento de preceitos substantivos que ordenam fazer ou deixar de fazer alguma coisa; são, portanto, secundárias e vinculadas. (vide Arts. 5º, II, LIV, LV e 93, X).

3.3. Quanto à extensão sobre o objeto

Há dois tipos: a limitatória e a expropriatória.

A intervenção limitatória atinge um determinado aspecto do objeto da propriedade ou da atuação do proprietário.

A intervenção expropriatória atinge todo o objeto da propriedade.

3.4. Quanto à determinação da abrangência

Distinguem-se duas categorias: a abstrata e a concreta.

A abstrata ou geral, incide sobre um tipo genérico de relação, especificando-se, quanto ao objeto, quando de sua aplicação.

A concreta incide sobre uma relação específica determinada, pelo menos, quanto ao objeto da propriedade.

3.5. Quanto à onerosidade

A intervenção será gratuita ou onerosa.

Será gratuita quando dela não decorrer ônus para o Estado.

Será onerosa se dela resultar ônus para o Estado.

3.6. Quanto à duração

São dois tipos: a permanente e a transitória.

A permanente é a instituída para durar indefinidamente.

A transitória é a instituída para durar durante um tempo determinado.

3.7. Quanto à delegabilidade do exercício

A intervenção será delegável ou indelegável.

A delegável, caracterizada pela possibilidade de transferir a terceiros sua imposição concreta.

A indelegável, caracterizada por ter sua imposição concreta restrita ao próprio Estado instituidor.

3.8. Quanto à executoriedade

Nesta classificação o critério referencial é a executoriedade, distinguindo-se a intervenção executória, ou auto-executória, da não-executória, ou hetero-executória.

A executória é a que só pode ter sua execução processada pela própria Administração Pública, mesmo com o emprego da coação.

A hetero-executória, ao revés, é a que não pode ter a sua execução processada pela própria Administração Pública, vedado o emprego da coação, salvo se observada a reserva de prévio accertamento da legalidade ante o Judiciário. Só pode resultar de uma expressa exceção da ordem jurídica, criada para reforçar a proteção de certas liberdades e direitos fundamentais.

3.9. Quanto ao grau de sacrifício imposto

Esta classificação identifica nos dois gêneros já referidos, ou seja, nas intervenções ordinatórias, através das quais o Estado impõe uma ordem peculiar ao exercício da propriedade, e nas intervenções sancionatórias, destinadas a aplicar punições pela violação de preceitos ordinatórios, as diversas espécies nominadas.

Espécies de intervenções ordinatórias:

1. Ocupação temporária
2. Requisição
3. Limitação administrativa
4. Servidão administrativa
5. Tombamento
6. Desapropriação

Espécies de intervenções sancionatórias:

1. Multa
2. Interdição
3. Destruição de coisas
4. Confisco ou perda de bem
5. Expropriação sancionatória

4. A PROPRIEDADE URBANA E SEU ESTATUTO CONSTITUCIONAL**4.1. Assento constitucional específico**

O legislador constitucional brasileiro destacou a propriedade urbana para conferir-lhe um estatuto especial nos artigos 182 e 183.

4.2. Conceito de função social da propriedade urbana

Desses dispositivos destaca-se o conceito de função social da propriedade urbana concebida como o atendimento às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor; uma lei em sentido formal que é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes. (Art. 182, §§ 1º e 2º).

Essa distinção constitucional tem todo sentido, porquanto a cidade é um "bem cultural e", como a denomina Miguel Reale, nela se procedendo à permanente adequação de seu desenvolvimento a um modelo idealizado, o que atinge tanto a natureza extrínseca (corporalidade e comerciabilidade) como a natureza intrínseca (exploração e utilização econômica) da propriedade urbana.

4.3. Reserva legal das intervenções

A Constituição manteve, porém, a reserva legal como condição de validade para as intervenções do poder público municipal sobre a propriedade urbana (Art. 182, caput). Especificamente, a essencialidade do plano diretor (Art. 182, § 2º) e, ainda, a exigência de uma lei federal, com caráter de norma geral, necessária à instituição por lei municipal das intervenções sancionatórias previstas para imóveis não edificadas, subutilizados ou não utilizados (Art. 182, § 4º e seus incisos).

5. AS LIMITAÇÕES URBANÍSTICAS

5.1. Conceito:

São conceitualmente limitações instrumentais para o urbanismo, ou seja, instituídas para a realização da função social específica da propriedade urbana.

São aplicadas como instrumentos do poder de polícia urbanístico, embora possam também servir a finalidades de ordenamento social e de fomento público no desenvolvimento urbano.

Por se tratarem de limitações, atuam apenas restringindo e condicionando o exercício do direito de propriedade, em nada alterando a sua substância jurídica.

5.2. Características

As limitações urbanísticas, como espécie do gênero limitações, são ordinatórias, limitatórias de exercício de liberdades e direitos, abstratas, gratuitas, permanentes, indelegáveis e em regra executórias. A especificidade diz respeito ao assento constitucional referido à atividade de política urbana, tratada, como se aludiu, nos artigos 182 e 183 da Constituição. Observe-se o destaque conferido à característica de gratuidade, sobre a qual se tornará adiante.

5.3. Princípios próprios

São o inominatismo, a universalidade e a uniformidade de sua imposição. O inominatismo, porque não importa o nomen juris que venha a ser empregado em lei e, sim, a existência das características acima elencadas. A universalidade, porque alcança sem exceção todos os bens abrangidos em abstrato na imposição da limitação (ordem de polícia). A uniformidade, por fim, porque se aplica sem diferenciação sobre todos os bens abrangidos em abstrato na imposição da limitação.

5.4. Objeto da limitação urbanística

O objeto de uma limitação é sempre uma alteração jurídica imposta sobre o exercício do direito de propriedade incidente sobre um bem. Essa alteração pode afetar o exercício de aspectos da natureza extrínseca do direito de propriedade mas não pode comprometer o exercício de aspectos da natureza intrínseca desse direito.

Poderá afetar parcialmente o exercício de aspectos da natureza extrínseca do bem, ao impor obrigação de fazer ou obrigação de suportar alterações físicas, daí gerar ônus específico aos proprietários dos bens atingidos, compensado, todavia, com as vantagens gerais geradas, tornando a imposição da limitação gratuita para o Poder Público.

Não chegará a afetar, porém, totalmente, o exercício de aspectos da natureza extrínseca do bem, pois não tolherá a possibilidade plena de comercialização (como ocorre no caso de institutos afins como o tombamento e a servidão administrativa, que são, por isso, em princípio, formas de intervenção onerosas).

Tampouco poderá ser objeto de limitação urbanística o exercício de aspectos da natureza intrínseca do bem, o que levaria ao aniquilamento da possibilidade de sua exploração econômica, porque, como qualquer limitação, ela sempre pressupõe a intangibilidade da substância do direito de propriedade.

5.5. Validade quanto ao objeto

Sempre que respeitados esses limites impositivos, a limitação urbanística será válida quanto ao objeto. Ao revés, se ultrapassados, haverá um excesso de objeto, causando um dano a ser composto.

6. O sacrifício econômico da propriedade

6.1. Hipótese de excesso de objeto

Ocorrido o excesso de objeto, ou seja, atingidos aspectos da natureza extrínseca ou intrínseca do direito de propriedade que comprometam o valor do bem, há um sacrifício econômico da propriedade.

6.2. Valor

Valor é a expressão do grau de utilidade dos bens. A natureza extrínseca (física) apresenta um valor conotado ao uso e à comercialização, enquanto a natureza intrínseca (jurídica), por sua vez, apresenta um valor referido à fruição e exploração econômica.

6.3. Variação de valor

Todos os bens estão sujeitos a sofrer acréscimos ou decréscimos de valor. Os acréscimos ou decréscimos serão, por sua vez, físicos ou jurídicos, conforme atinjam as características existenciais determinantes do valor de comercialização (alienação) ou aquelas, de natureza jusrelacional, que compõem o valor de exploração (fruição).

6.4. A intervenção do Estado geradora de sacrifício econômico

A ação interventiva do Estado pode atingir tanto a natureza extrínseca como a intrínseca de um bem, impondo um sacrifício econômico.

Se esta redução afetasse, por hipótese, a todos os proprietários em igualdade de condições, haveria um sacrifício econômico geral, que se compensaria pelo benefício geral de todos. Mas se o sacrifício for

imposto desigualmente sobre os proprietários, ter-se-á criado um sacrifício econômico individual, suportado em benefício geral.

6.5. O princípio da solidariedade social

Se ocorrer um sacrifício econômico individual em benefício geral, como só é legítimo o ônus suportado por todos em favor de todos, a contrario sensu, não é legítimo que alguém sofra sozinho um prejuízo de que resulte benefício econômico em favor de todos. Se o benefício é compartilhado, manda a justiça distributiva que o sacrifício também o seja, indenizando-se, portanto, o excesso de objeto.

7. ESVAZIAMENTO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE EM RAZÃO DE LIMITAÇÕES URBANÍSTICAS

7.1. Conceito de esvaziamento econômico

O esvaziamento econômico vem a ser a redução do valor de um bem determinado, causado pela ação interventiva do Estado sobre a propriedade.

O esvaziamento econômico será juridicamente válido quando o sacrifício for igual para todos e não inutilize a substância do direito de propriedade.

O esvaziamento econômico será juridicamente inválido quando o sacrifício for desigual e inutilize o direito de propriedade. É nessa hipótese, que assoma como imperativo de justiça distributiva e aplicação do princípio de solidariedade social, uma obrigação para que todos concorram para a reposição do valor singularmente subtraído. Trata-se de uma obrigação a cargo do Estado, que agirá, assim, como sub-rogado do dever de toda sociedade para com o proprietário que suportou o esvaziamento econômico.

7.2. Caracterização do esvaziamento econômico

São, em síntese, os seguintes requisitos para que se caracterize um esvaziamento econômico da propriedade urbana:

1º - Tenha ocorrido redução do valor em função de um ato válido do Estado, ou seja, um sacrifício econômico;

2º - Esta redução tenha sido imposta em benefício geral, ou seja, legítima;

3º - Esta redução tenha inutilizado a substância do direito de propriedade.

7.3. Indenizabilidade do esvaziamento econômico

A indenização do esvaziamento econômico de uma propriedade imóvel provocado pelo excesso de objeto de uma limitação administrativa urbanística será a solução de composição do dano sofrido pelo proprietário, na linha do princípio da solidariedade social.

É por ser válida, a aplicação da limitação urbanística, que ela se torna indenizável, ou seja: sempre que tenha sido definido como legítimo o sacrifício econômico resultante de excesso de objeto. Isso se dá, porque o excesso não contamina o objeto, nem, muito menos o ato administrativo que tenha sido válido.

Rege, no caso, o princípio da economia dos valores jurídicos, expresso no brocardo *utile per inutile non vitiatur*.

Para a invocação desse princípio há que sindicar-se, apenas:

- a) se essa imposição foi legal no sentido amplo;
- b) se ocorreu perda de valor do bem;
- c) se essa perda de valor decorreu de excesso de objeto na aplicação da limitação urbanística; e
- d) se esta perda de valor causada pelo excesso de objeto tornou inútil a substância do direito de propriedade, caracterizando o esvaziamento econômico.

7.4. Limites de validade da ação do Estado

Como se observa, a legalidade da imposição da limitação é o primeiro requisito, *sine qua non*, da indenizabilidade do esvaziamento econômico da propriedade por excesso de objeto.

Essa legalidade há de ser entendida em sentido amplo, como sinônima de juridicidade, importando na satisfação simultânea da tríplice submissão da ação do Estado à ordem jurídica:

à legalidade, no sentido estrito (Estado de Direito);

à legitimidade (Estado Democrático) e

à moralidade (Estado de Justiça).

Em conseqüência, a limitação urbanística que violar esses limites é nula e, em conseqüência, não há que se cogitar de excesso de objeto.

Somente se for válida a limitação urbanística, devidamente observados esses três parâmetros de juridicidade, a redução do valor do bem que decorrer de excesso de objeto, como aplicação dos princípios da economia dos valores jurídicos e da prevalência do interesse público manifestamente atingido autorizará a verificação da ocorrência do esvaziamento econômico e o exame de sua indenizabilidade.

7.5. Limites à discricionariedade

A verificação da legalidade no sentido estrito far-se-á confrontando os elementos do ato limitatório com os parâmetros da lei. A ausência ou vício de qualquer dos elementos invalidará o ato.

A verificação da licitude exige do aplicador a confrontação da finalidade do ato com os seus efeitos para sindicar-se se estes são moralmente aceitáveis ou revelam a busca de uma finalidade estranha à ação da administração pública, caracterizando a imoralidade administrativa, que também invalidará o ato.

Por se apresentar com maior dificuldade prática, destaque-se, aqui uma breve análise da legitimidade da imposição da limitação administrativa urbanística.

Deve-se partir da constatação de que a discricionariedade está conotada à legitimidade, ou seja, trata-se de uma faculdade a ser exercida pelo administrador público para integrar a vontade da lei e, portanto, consoante a mesma finalidade pública nela explícita ou implícita.

A discricionariedade é, portanto, um resíduo de expressão de legitimidade que o legislador transfere ao administrador para ser vir a ser aplicada casuisticamente, para preencher decisões que a norma legal deixou de tomar quanto à oportunidade e conveniência do ato, mas fazendo-o sempre nas mesmas condições finalísticas expressas na lei.

Dáí decorre ser imperioso, antes de examinar-se a ocorrência ou não de um excesso de objeto, verificar-se se não se deu alguma vulneração da legitimidade, ou seja, da regra da finalidade, pelo mau uso da discricionariedade.

7.6. Vulneração da regra da finalidade

Qualquer vulneração da finalidade pública, que deve ser necessariamente visada na imposição da limitação urbanística, torna-a nula. Se isso ocorrer, a propriedade continua íntegra perante o Direito e nada há a indenizar.

De dois modos, porém, pode ocorrer essa vulneração, que seria inibitória da aplicação da doutrina de indenização do excesso de objeto:

pela vulneração direta – com a caracterização do desvio de poder, e

pela vulneração indireta – na hipóteses em que se constatem irrealidade ou irrazoabilidade no exercício da discricionariedade.

7.7. Exame da vulneração indireta da finalidade

Hoje está bastante divulgada e recebe ampla aplicação a teoria do desvio de poder, desenvolvida para invalidar os atos em que tenha ocorrido a vulneração direta da finalidade pública da ação administrativa.

Por outro lado, por ser mais recente a formulação teórica e a detecção prática da vulneração indireta da finalidade pública da ação administrativa, é aconselhável seguir-se um método de análise para identificá-la e permitir a sua aplicação para invalidar os atos em que ela se manifeste.

Parte-se da repercussão de defeitos de realidade e de razoabilidade, respectivamente, sobre o motivo e objeto da limitação urbanística instituída.

Esse exame se fará, sucessivamente:

a) Através da sindicância do motivo (oportunidade da imposição do gravame), verificando-se, também, em seqüência:

A realidade do motivo, ou seja, sua existência e suficiência;

A razoabilidade do motivo, ou seja, sua exigibilidade ou necessidade

(Erforderlichkeit para os que preferem a doutrina alemã), adequabilidade, compatibilidade e proporcionalidade (Verhältnismässigkeit, para a doutrina alemã, com um sentido estrito de equivalência entre benefício, de um lado, e sacrifício, de outro).

b) Através da sindicância do objeto (conveniência da imposição do gravame), verificando-se, também sucessivamente:

A realidade do objeto, ou seja, sua possibilidade;

A razoabilidade do objeto, ou seja, sua conformidade e eficiência.

Pressupõe, em suma:

1. Ato administrativo impositivo da limitação juridicamente hági-quanto à legalidade, à legitimidade e à moralidade.

2. Sacrifício econômico da substância da propriedade por excesso de objeto, conforme doutrina exposta.

Por óbvio, se o excesso de objeto sacrificar totalmente a substância da propriedade, levando ao extremo lógico todo o sacrifício econômico, dá-se uma desapropriação indireta, ensejando plena e irrestrita indenização.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1. Evolução jurisprudencial

Como se sabe, a indenizabilidade do torto, em todas as suas manifestações históricas no Direito, muito deve à evolução jurisprudencial, na linha das parênticas romanistas do honeste vivere, neminen laedere et suum cuique tribuere. Especificamente para as hipóteses de indenização em caso de limitações edilícias abusivas, vale a leitura do artigo de Alcino Pinto Falcão denominado Do direito à indenização, como evolução no conflito entre o princípio da liberdade de construir e as restrições administrativas (in Revista de Direito Público, V. 18, p. 51) em que o culto autor e magistrado Fluminense define sua posição não pela validade ou não de uma imposição de que resulte sacrifício econômico, mas pela necessidade de decidir se uma determinada restrição estatal implica ou não na indenizabilidade (op. cit. p. 49, 1ª coluna).

8.2. Exame do acórdão no RE 134.297-SP

Essa evolução culmina hoje com centenas de acórdãos no sentido da indenizabilidade sem invalidação, destacando-se, como leading case escolhido, por sua modernidade e pela autoridade de seu Relator, o ilustre Ministro Celso de Mello, o prolatado no RE 134.297 SP.

Há nesse aresto uma clara e coerente aplicação da doutrina exposta, transparente nas seguintes passagens de sua ementa:

"Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado de obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração.

A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o dominus venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nela existentes.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de desapossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público."

Estão, portanto, aqui manifestos os elementos estudados, a saber:

1. A limitação administrativa ("limitações impostas pela Administração").
2. A validade do ato ("...incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas ao equilíbrio ambiental").
3. O sacrifício econômico reconhecido ("...afetados em sua potencialidade econômica...").
4. O excesso de objeto ("...a proteção...não impede que o dominus venha a promover... o racional aproveitamento econômico...").
5. A indenizabilidade, como conseqüência (...no sentido de proclamar a plena indenizabilidade... objeto do apossamento...").

9. CONCLUSÃO

A indenização do excesso de objeto na imposição de limitação urbanística, causadora de esvaziamento econômico, pressupõe, em suma:

1. Um ato administrativo impositivo da limitação juridicamente hábil quanto à legalidade, à legitimidade e à moralidade.
2. Um sacrifício econômico da substância da propriedade por excesso de objeto, conforme a doutrina exposta.

Por óbvio, se o excesso de objeto sacrificar totalmente a substância da propriedade, levando ao extremo o sacrifício econômico, terá ocorrido uma desapropriação indireta, ensejando plena e irrestrita indenização. Ainda assim, é preciso, na doutrina da desapropriação indireta, distinguirem-se os casos em que a Administração Pública atuou de má fé, das hipóteses em que a Administração Pública agiu perseguindo um legítimo interesse público, em estado de necessidade pública, ou seja, justificada por circunstâncias que não lhe deixavam alternativas razoáveis ou apenas vias excessivamente onerosas, pois em cada uma dessas hipóteses deverá ser dado um diferente tratamento indenizatório.

Em suma, se a limitação urbanística for válida, ou seja, se ela se conformou à tríplice exigência jurídica de legalidade, legitimidade e licitude, sua instituição poderá gerar obrigação de indenizar para o Poder Público, sempre que vier a impor sacrifício econômico como resultado do excesso de objeto.

Teresópolis, inverno de 1998.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto