

PARECER Nº 22/89, DE AMILCAR MOTTA

Proteção ambiental. Conflito entre norma regulamentar e deliberação de órgão coletivo. Prevalência de uma delas. Critérios a serem observados.

Senhor Procurador-Geral:

O insigne Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Meio Ambiente (SEMAN), em muito bem lançado parecer (fls. 3/15) e que deu origem ao presente expediente administrativo, analisou, com a costumeira proficiência e com a habitual profundidade, o conflito ocorrente entre, de um lado, determinada disposição contida no Decreto Estadual nº 7.230, de 23 de abril de 1984, o qual estabelece normas de preservação do ecossistema lagunar de Maricá, e, de outro, algumas regras previstas na Deliberação nº 1.352, de 25 de agosto de 1988, da Comissão Estadual de Controle Ambiental (CECA), que aprovou o Plano Diretor da Área Ambiental de Maricá.

O choque se verifica, concretamente, na medida em que, sendo proibida pelo primeiro, naquele local, qualquer atividade de “parcelamento da terra para fins urbanos” (art. 3º, I), a segunda destina a Zona de Uso Restrito (ZUR), entre outras finalidades admissíveis, para a “ocupação por residências” (item 3.2), ao mesmo tempo em que permite a existência, nas Subzonas respectivas (ZUR 1, ZUR 2 e ZUR 3), de diversos tipos de edificações, tanto comerciais como residenciais, desde que “relacionadas a atividades turísticas e praias” (*idem*), chegando mesmo a estipular os requisitos mínimos que deverão ser atendidos por “loteamentos” (*idem*) e a admitir, em duas dessas Subzonas, a “ocupação por residências unifamiliares” (*idem*).

Partindo desses pressupostos fáticos, o ilustre parecerista acaba por sugerir que a colisão existente entre os preceitos normativos antes mencionados seja resolvida no âmbito da própria administração estadual, procedendo-se, se for o caso e na dependência de estudos a serem empreendidos na área técnica competente, a uma alteração parcial no texto do Decreto Estadual nº 7.230, de 1984.

Tendo por mim que tanto o diagnóstico inicial como, de igual sorte, a conclusão fundamental alcançada pelo parecer de fls. 3 **usque** 15 estão corretos.

Penso que há, de fato, a divergência apontada pela Assessoria Jurf-

diça da SEMAN, do mesmo modo como entendo haver manifesta conveniência em fazê-la desaparecer pelo modo que está sendo sugerido, isto é, internamente.

Somente manifesto minha discordância em relação à tese igualmente sufragada no parecer de que a vedação quanto ao parcelamento, contida no Decreto Estadual nº 7.320, de 1984, estaria em desconformidade, no todo, ou em parte, com outra norma legal de maior hierarquia.

Diferentemente do colega que me antecedeu no exame deste assunto, sou de opinião que a norma proibitiva inserta no art. 3º, inciso I, do diploma regulamentar estadual, não vulnera, sequer obliquamente, a Lei Estadual nº 6.902, de 27 de abril de 1981, assim como também não me parece desprestigiar o sistema de garantias que a Constituição Federal de 1988 erige em favor do direito de propriedade.

E isto porque a limitação administrativa imposta por intermédio do diploma regulamentar estadual, bem ao revés do que pareceu àquele colega, não se me afigura capaz de esvaziar totalmente o conteúdo econômico dos bens imóveis situados na sua área de abrangência, nem impede que os seus respectivos proprietários possam usufruí-los dentro daquilo que for legitimamente razoável.

Trata-se, ao que penso, de mera restrição administrativa, de intensidade e profundidade, de resto, não muito superiores a diversas outras já criadas pelo Poder Público, sem que se haja pretendido supor, em relação a todas elas, essa mesma increpação.

Em suma, o impedimento no tocante ao parcelamento do solo urbano não obsta — pelo menos no meu entender — que outros usos possam ser adotados quanto ao mesmo, motivo pelo que não acredito que a substância econômica da coisa venha ou esteja sendo integralmente afetada.

Faço essa ressalva final, pois, com a exclusiva finalidade de deixar bem claro que a decisão quanto à conveniência de manter, ou não, o Plano Diretor ou quanto ao interesse de alterar, ou não, a vedação prevista na norma regulamentar, possa ser tomada sem se partir da convicção — para mim equivocada — de que a restrição estatuída no Decreto nº 7.230, de 1984, estaria em desconformidade com outros princípios jurídicos de maior hierarquia.

Resumindo o exposto, aponho o meu aval ao parecer de fls. 3/15, com cujos principais fundamentos estou de pleno acordo, exceção feita quanto ao ponto de vista de que a restrição ao parcelamento do solo urbano, tal

como capitulada no Decreto nº 7.230, de 1984, ofenderia outros preceitos legais hierarquicamente superiores.

Atenciosamente

Amilcar Motta
Procurador do Estado

Visto. De acordo.

Compartilho o entendimento de que o parcelamento do solo é uma faculdade aberta pela lei a seu proprietário e não um direito absoluto inerente à propriedade; sua vedação não tolhe, portanto, outras utilizações econômicas do imóvel tornado legalmente indivisível.

Rio de Janeiro, 19.09.89

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador-Chefe da
Procuradoria Administrativa

Visto.

De acordo.

Ao Gabinete Civil.

Em 27 de setembro de 1989

José Eduardo Santos Neves
Procurador-Geral do Estado

Proc. nº E-07/001.985/89

Senhor Secretário

1. Respondendo à indagação de V.Exa., quanto à eventual desconformidade entre as restrições impostas pelo Decreto Estadual nº 7.320, de 23 de abril de 1984, que declarou Área de Proteção Ambiental parte da Restinga de Maricá e a totalidade da Ilha do Cardoso, que veio a ser conhecida como "APA de Maricá" e a Deliberação nº 1.352, de 25 de agosto de 1988, da Comissão Estadual de Controle Ambiental, que aprovou o Plano Diretor da referida APA de Maricá, passo a tecer as seguintes considerações.

2. As denominadas Áreas de Proteção Ambiental — APAs — podem ser enquadradas, juridicamente, na categoria das limitações Administrativas, que, por sua vez, integram o elenco de instrumentos postos à disposição do Estado para o que se convencionou chamar na doutrina do Direito Administrativo de "Intervenção na Propriedade".

3. Os fundamentos da Intervenção na Propriedade e no Domínio Econômico repousam na necessidade de proteção do Estado aos interesses da comunidade, e, como se disse acima, justamente um dos mecanismos de que dispõe o Estado para garantir e proteger os interesses da comunidade são as limitações Administrativas, que, no campo específico da complexa e abrangente área do Meio Ambiente tem na possibilidade de criação das APAs um de seus exemplos mais significativos.

4. A dúvida suscitada, e daí a razão da consulta, consiste, precisamente, em que o Decreto de "criação" da denominada "APA de Maricá", Decreto Estadual nº 7.230/84, **entre outras proibições**, dispõe, no seu art. 3º que:

Art. 3º — Na Área de Proteção Ambiental instituída no artigo anterior são proibidas as seguintes atividades:

I — o parcelamento da Terra, para fins urbanos;

II —

III —

IV —

Nada obstante, o Plano Diretor da mencionada APA, aprovado pela Deliberação CECA nº 1.352/88, estabelece em seu item 3 (ZONEAMENTO), uma subclassificação denominada ZONA DE USO RESTRITO, a qual é definida como: "aquela reservada para a atividade de lazer, destinando-se ao uso recreacional e de uso comercial de caráter exclusivamente turístico e a ocupação por residências". A mencionada ZONA DE USO RESTRITO, é, no Plano Diretor, subdividida em 3 (três) subzonas, (ZUR 1, ZUR 2 e ZUR 3), verificando-se em cada uma delas a permissão para o loteamento, **portanto parcelamento do solo**, e a permissão para edificações inclusive residenciais, **portanto para fins urbanos**.

5. A seguir, o Plano Diretor estabelece uma Zona de Uso Urbano, justificando sua inclusão na APA "por representar o **habitat** constituído pelo universo referencial do pescador e sua atividade que necessita ser mantido enquanto particularização da cultura fluminense".

Quanto a esta, especialíssima, ZONA DE USO URBANO, não cremos que nem de longe chegue a ameaçar os estritos limites proibitivos do De-

creto nº 7.230/84, haja vista que a sua própria delimitação territorial obedece rigorosamente ao "trecho destinado ao assentamento humano existente que se dedica primordialmente à pesca".

6. Já o mesmo não se pode dizer, pelo menos em princípio, quanto às atividades permitidas na chamada ZONA DE USO RESTRITO, posto que estas colidem, ou pelo menos tangenciam os limites da proibição imposta pelo art. 3º I, do Decreto nº 7.230/84.

7. Contudo, se por um lado o conflito é evidente, resta para análise a devida colocação do tratamento a ser dado à matéria, a fim de que se estabeleça qual dos dois atos administrativos melhor se adequa à lei, ou à própria Constituição.

8. A base legal para a criação de Áreas de Proteção Ambiental encontra-se no art. 8º da Lei nº 6.902 de 27 de abril de 1981, *in verbis*:

"Art. 8º — O Poder Executivo, quando houver relevante interesse público, poderá declarar determinadas áreas do Território Nacional como de interesse para a proteção ambiental, a fim de assegurar o bem-estar das populações urbanas e conservar as condições ecológicas locais". (grifamos)

Já o art. 9º do referido diploma legal, ao estabelecer as possibilidades legais de imposição de restrições de uso, estabelece que, *in verbis*:

"Art. 9º — Em cada Área de Proteção Ambiental, dentro dos princípios constitucionais que regem o exercício do direito de propriedade, o Poder Executivo estabelecerá normas, limitando ou proibindo:

- a) a implantação e o funcionamento de indústrias potencialmente poluidoras, capazes de afetar mananciais de água;
- b) a realização de obras de terraplenagem e a abertura de canais, quando essas iniciativas importarem em sensível alteração das condições ecológicas locais;
- c) o exercício de atividades capazes de provocar uma acelerada erosão das terras e/ou um acentuado assoreamento das coleções hídricas;
- d) o exercício de atividades que ameacem extinguir na área protegida as espécies raras da biota regional.

9. Como se vê, a própria autorização legal que permite o estabelecimento de normas restritivas do uso as condiciona a que se fixem dentro dos princípios constitucionais que regem o direito de propriedade, e, além disto, ao pormenorizar os limites da autorização "delegada" à Administração, elenca 4 (quatro) medidas sabidamente protetivas do Meio Ambiente, mas

em nenhum momento é autorizado que administrativamente se proíba, *tout court*, sem qualquer ressalva, o parcelamento da terra para fins urbanos.

10. Por outro lado, há de se ponderar que a mesma Constituição que eleva a proteção ao Meio Ambiente à categoria de assunto primordial do Estado garante o direito de propriedade, que, apenas limitado pela sua função social, é assegurado a nível da lei maior. Modernamente, já não mais se discute que, se de um lado, a propriedade privada só se justifica se em prol da sua função social, por outro, é, igualmente, assente que a propriedade se caracteriza justamente pela utilidade econômica que o proprietário dela possa "usufruir". Ora, se as limitações administrativas são de tal intensidade, que se retira do proprietário a possibilidade de toda e qualquer utilização econômica da sua propriedade, parece-nos, que não se trata mais de mera limitação administrativa, mas de ato já não autorizado pela Constituição Federal. Por isso mesmo que, o pré-falado art. 9º da Lei nº 6.902/81, exige que as restrições obedeçam os princípios constitucionais que regem o direito de propriedade.

11. Nem se diga, mesmo por ânimo ao debate, que tal entendimento poderia estar a significar uma igualmente inconstitucional e anti-social supremacia do interesse particular sobre o interesse coletivo. É preciso deixar claro, nessa ordem de idéias, que, em nenhuma hipótese, o interesse particular se sobrepõe ao coletivo, mas, se o necessário para atividade administrativa é impor restrições que vão tão longe, a própria lei dá a solução, qual seja, a criação de Estações Ecológicas, ou mesmo de Parques Ambientais, mas, aí, evidentemente, através do instrumento jurídico da desapropriação, mediante a indenização devida na forma da lei.

12. Mas não é só. Como já se demonstrou anteriormente, a APA é uma limitação Administrativa, e, nas palavras do mestre:

Limitação Administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social.

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

Em qualquer hipótese, porém, as limitações administrativas não de corresponder às justas exigências do interesse público que as motiva sem produzir um total aniquilamento da propriedade ou das atividades reguladas. Essas limitações não são absolutas, nem arbitrarias. Encontram seus lindes nos direitos individuais assegurados pela Constituição e devem expressar-se em forma legal. Só são legítimas quando representam razoáveis medidas de condicionamento do uso da propriedade, em benefício do bem-estar social e não impedem a utilização da coisa segundo a sua destinação natural. Daí a exata observação de BIELSA, de que "la restricción sólo conforma y nunca desintegra ni disminuye el derecho de propiedad, y obedece a una solidaridad de intereses: el público y el privado".

Além disso, para que sejam admissíveis as limitações administrativas sem indenização, como é de sua índole, não de ser gerais, isto é, dirigidas a propriedades indeterminadas, mas determináveis no momento de sua aplicação. Para situações particulares que conflitem com o interesse público a solução será encontrada na servidão administrativa ou na desapropriação, mediante justa indenização, nunca na limitação administrativa, cuja característica é a gratuidade e a generalidade da medida protetora dos interesses da comunidade.

O interesse público a ser protegido pelas limitações administrativas — observa ALESSI — pode consistir na necessidade de assegurar à coletividade uma determinada utilidade específica que os bens particulares sejam aptos a produzir juntamente com a utilidade genérica para o particular proprietário.

Na defesa desses interesses coletivos é que atua o Poder Público coarctando direitos individuais, condicionando o uso da propriedade privada e regulamentando atividades particulares que afetem diretamente a comunidade, vale dizer, policiando tudo quanto possa refletir no bem-estar geral. Para tanto, o Poder Público edita normas genéricas de conduta (leis) ou baixa provimentos específicos de atuação administrativa (decretos, regulamentos, provimentos de urgência etc.), visando a ordenar as atividades individuais, no sentido social em que devem ser exercidas. (HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*, Revista dos Tribunais, 13ª edição, p. 530-531. (Grifamos)

13. O que se verifica, pois, do ponto de vista estritamente jurídico, é que no exame dos dois atos administrativos, Decreto nº 7.320/84 e Deliberação CECA nº 1.352/88, em confronto com os preceitos constitucionais e com as normas legais que regem a matéria, é o primeiro, o Decreto, que está em total desconformidade lógica e jurídica com as normas hierarquicamente

superiores que lhe traçam o figurino, não estivesse, de resto, comprometido, inclusive, pela má técnica legislativa utilizada, sobre o que deixamos de discorrer, eis que tal assunto refoge ao tema da consulta formulada.

14. Todavia, apesar da evidente melhor adequação formal e jurídica da Deliberação CECA nº 1.352/88, não se pode olvidar que na hierarquia dos atos administrativos normativos, o Decreto ocupa posição superior à da Deliberação de um órgão colegiado componente da Administração Direta do Estado, haja vista sua competência estabelecida pelo Decreto-Lei nº 134/75, não fora, de resto, o Decreto ato típico do chefe do Executivo, no caso o Exmo. Sr. Governador do Estado, que em última análise detém o poder unipessoalmente no regime "presidencialista" em que vivemos. Assim, pensamos, que o ato administrativo "inferior" não está no caso autorizado a "desrespeitar" o condicionamento imposto no Decreto, não obstante, repita-se, a total inadequação deste aos preceitos legais maiores que regem a matéria.

15. Em se tratando, por conseguinte, de dois atos administrativos, é nosso parecer que a questão pode ser resolvida, tão-somente, no âmbito da própria administração. Destarte, se a área técnica competente entende que o Plano Diretor, como tal aprovado, atende plenamente as preocupações de preservação ambiental da área em questão, somos de sugestão que se proceda uma alteração no atual Decreto nº 7.230/84, mediante a edição de um novo decreto, por parte do Exmo. Sr. Governador do Estado, em que se retire "O parcelamento da terra, para fins urbanos" do rol de medidas restritivas, ou pelo menos se exclua de tal restrição aquele parcelamento permitido no Plano Diretor, aprovado pela Deliberação CECA nº 1.352/88.

16. Recomendamos, por derradeiro, que o assunto seja submetido à Douta Procuradoria Geral do Estado, tanto pela complexidade do tema aqui tratado, bem como, por envolver sugestão de modificação de Decreto, que é ato exclusivo do Exmo. Sr. Governador do Estado.

Essas, Sr. Secretário, as ponderações que julguei oportuno tecer acerca do assunto consultado.

Em 10 de agosto de 1989.

Waldir Zagaglia
Procurador do Estado
Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica da SEMAM