

OS PARQUES E OS IMÓVEIS NÃO DESAPROPRIADOS: UMA PROPOSTA PARA A PRÁTICA DE ATIVIDADES TEMPORÁRIAS E DE BAIXO IMPACTO**PARKS AND NON-APPROPRIATED PROPERTIES: A PROPOSAL FOR TEMPORARY AND LOW-IMPACT ACTIVITIES**Rafael Lima Daudt D'Oliveira ¹**Resumo**

O presente artigo pretende analisar a situação na qual a administração edita decreto de utilidade pública para a criação de uma unidade de conservação de proteção integral, um parque, abrangendo imóveis privados. A edição do referido decreto acarreta uma série de limitações ao direito de propriedade de seus titulares. Ocorre que a efetiva implantação do parque não acontece e tem-se a caducidade do decreto de utilidade pública. Apesar disso, exige-se que os proprietários dos imóveis atingidos respeitem as normas de proteção ambiental relativas ao parque, que são extremamente restritivas. Discute-se no texto se, nesses casos, seria possível a autorização pelo poder público para o exercício de atividades temporárias e de baixo impacto no parque, até que seja o imóvel efetivamente desapropriado e a indenização paga. Analisa-se a jurisprudência do STJ sobre desapropriação indireta, os dispositivos legais aplicáveis e procede-se a uma ponderação de interesses na hipótese, tendo como fio condutor o princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Parque, Utilidade pública, Unidade de conservação de proteção integral, Desapropriação, Exercício de atividades temporárias.

Abstract: This article intends to analyze the situation in which the administration issues a public utility decree for the creation of an integral protection conservation unit, a park, covering private properties. The issue of the mentioned decree entails a series of limitations on the property rights of its holders. It happens that the effective implantation of the park does not happen and

¹ Doutorando em Direito Público e Mestre em Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade de Coimbra, Portugal. Especialista em Direito Ambiental pela Puc-Rio (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro). Professor de Direito Ambiental da Puc-Rio. Professor de Direito Administrativo e Ambiental da ESAP-Escola Superior da Advocacia Pública. Conselheiro do CONAMA e do CONEMA-RJ. Ex-Procurador-chefe do Instituto Estadual do Ambiente-RJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Procurador Adido ao Gabinete do Procurador-Geral do Estado para assuntos de Patrimônio e Meio ambiente. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio – Brasil. ORCID iD: Lattes: E-mail: rafaeldaudt@hotmail.com

the decree of public utility has expired. In spite of this, the owners of the affected properties are required to respect the environmental protection standards relating to the park, which are extremely restrictive. It is discussed in the text whether, in these cases, authorization by the public authority for the exercise of temporary and low-impact activities in the park would be possible, until the property is effectively expropriated and the compensation paid. The STJ's jurisprudence on indirect expropriation, the applicable legal provisions are analyzed and interests are weighed in the hypothesis, having as a guiding principle the principle of proportionality.

Keywords: Park, Public utility, Integral protection conservation unit, Expropriation, Exercise of temporary activities.

1) INTRODUÇÃO

Com alguma frequência, ocorre a seguinte situação. A Administração edita decreto de utilidade pública para a criação de uma unidade de conservação de proteção integral, geralmente um parque, abrangendo imóveis privados. A edição do referido decreto acarreta uma série de limitações ao direito de propriedade de seus titulares. Ocorre que a efetiva implantação do parque não acontece e tem-se a caducidade do decreto de utilidade pública. Apesar disso, exige-se que os proprietários dos imóveis atingidos respeitem as normas de proteção ambiental relativas ao parque, que são extremamente restritivas.

Para piorar a situação, a jurisprudência não vem reconhecendo a ocorrência de desapropriação indireta dos imóveis atingidos pelo decreto de utilidade pública, sem que haja o efetivo apossamento administrativo do bem. A situação causa perplexidade em razão do esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, sem o pagamento da justa e prévia indenização.

O presente trabalho pretende analisar se, nesses casos, seria possível a autorização pelo Poder Público para o exercício de atividades temporárias e de baixo impacto no parque, até que seja o imóvel efetivamente desapropriado e a indenização paga. Analisamos a jurisprudência do STJ sobre desapropriação indireta, os dispositivos legais aplicáveis e procedemos a uma ponderação de interesses na hipótese, tendo como fio condutor o princípio da proporcionalidade.

2) TENSÕES ENTRE MEIO AMBIENTE E PROPRIEDADE PRIVADA: ALGUMAS NOTAS

Para o desenvolvimento deste trabalho, é preciso, primeiramente, fixar algumas importantes premissas acerca do eventual conflito entre a proteção do meio ambiente e o direito de propriedade. É o que se passa a fazer por meio de três premissas básicas.

A primeira. O direito de propriedade contemporâneo não é estritamente voltado para a proteção dos interesses do proprietário. Em verdade, em obediência ao comando da Constituição da República Federativa do Brasil ('CRFB'), os interesses do proprietário devem conviver com a funcionalização socioambiental²³ da sua propriedade privada⁴. Assim, desde que não violado o núcleo essencial do direito de propriedade, não haveria de se falar em um ato ilícito quando a Administração intervém na propriedade privada, com vista ao cumprimento da sua função social.

A segunda. Não existe uma supremacia apriorística do meio ambiente sobre o direito de propriedade⁵. Assim, eventuais conflitos devem ser resolvidos de acordo com as peculiaridades do caso concreto, por meio da ponderação de interesses⁶ e da adoção do princípio da

²De acordo com Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, "*a funcionalização da propriedade é introdução de um critério de valoração da própria titularidade, que passa a exigir atuações positivas de seu titular, a fim de adequar-se a tarefa que dele se espera na sociedade*" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AI 598.360.402 – São Luiz Gonzaga). *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17, p. 41-57, ago./dez. 2000, p. 48.).

³ Em uma visão mais ampla da ideia de funcionalização, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer sustentam que esta não se reduziria a uma dimensão social, mas também se projetaria para uma matriz de proteção ambiental, consubstanciando um verdadeiro Estado Socioambiental de Direito: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 96/101.

⁴ No entendimento de Mauricio Motta, tal função socioambiental consistiria no seguinte: "o proprietário do bem socioambiental, ou seja, daquele bem essencial para a manutenção da vida das espécies, fica obrigado a um comportamento ativo, que envolve defender, reparar e preservar o meio ambiente. O proprietário não pode exercer o seu direito de forma contrária aos interesses da presente e das futuras gerações, causando danos à qualidade de vida e conseqüentemente ao próprio direito fundamental à vida." (MOTTA, Mauricio. Função socioambiental da propriedade: a compensação ambiental decorrente do princípio do usuário pagador na nova interpretação do Supremo Tribunal Federal. In: MOTTA, Mauricio (Coord.). *Função social do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 22.).

⁵ Dadas a ausência de uma hierarquia normativa entre esses direitos e as características de cada caso concreto, Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto afirmam que "*é muito mais consentânea com a reverência que cada direito ou norma constitucional merece, a solução que busca, em cada situação de conflito, otimizar, até onde seja possível, cada um dos bens jurídicos em disputa*". (SARMENTO, Daniel; NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 505).

⁶ *Ibid.*, p. 511-514.

proporcionalidade⁷ como fio condutor da operação de balanceamento. A lógica aqui é que até os mais nobres interesses públicos não podem servir de salvo-conduto para ações estatais descomedidas e que simplesmente desconsiderem os interesses legítimos do administrado.

A terceira. Em se considerando o processo de constitucionalização do direito administrativo⁸, a ação da Administração Pública não se esgota na pura observância da lei⁹, mas tem, antes, por norte a CRFB¹⁰, com uma ênfase especial no sistema de direitos fundamentais¹¹. Para tanto, a Administração pode, com fundamento direto na Constituição e mediante robusta fundamentação, legitimar-se em um agir para além da lei (*praeter legem*), quando diante de colisões entre direitos fundamentais.¹²

3) PARQUES E CONSEQUÊNCIAS DOMINIAIS DE SUA CRIAÇÃO

De acordo com as previsões do §1º e incisos do art. 225 da CRFB¹³, um dos instrumentos mais importantes para a efetivação do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado é o estabelecimento de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público. São assim consideradas as áreas geográficas públicas ou privadas dotadas de atributos ambientais singulares que ensejam sujeição, mediante ato normativo, a um regime jurídico de

⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed.. São Paulo, Malheiros, 2012.

⁸ "Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional." (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 4. ed.. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 379.)

⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte, Fórum, 2016, p. 45.

¹⁰ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa, Almedina, 2003, p. 741.

¹¹ *Ibidem*, p. 740.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 4. ed.. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 402. Para Gustavo Binbenbojm, a ideia de juridicidade, definida exatamente com esse escopo, acarreta, dentre outras questões, que: "a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (*atividade secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (*atividade praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (*atividade contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)." (BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização Do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Ano 4, n. 14, jul./set. 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2005.)

¹³ CF/88. "Art. 225. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:(...)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;(...)"

direito público que estabelece restrições e utilização sustentável, tendo em vista a preservação de seu equilíbrio ecológico.¹⁴

Entre os espaços territoriais especialmente protegidos têm destacada importância as chamadas Unidades de Conservação¹⁵. Tais unidades são atualmente disciplinadas pela Lei nº 9.985/00 (Lei do SNUC) e definidas no art. 2º da Lei como um “*espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção*”¹⁶.

Pela Lei do SNUC (art. 7º), existem dois grupos de unidades de conservação: (i) unidades de uso sustentável, cujo objetivo básico é a compatibilização da conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais de forma a garantir sua perenidade (§1º) – ideia de conservação; e (ii) unidades de proteção integral, que tem como função preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais (§ 2º) – ideia de preservação.

Uma das espécies de unidades de proteção integral¹⁷ é o parque nacional (estadual, distrital ou municipal), que tem como objetivo a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico (art. 8º, inciso III e art. 11 da Lei do SNUC).

Especificamente no que toca ao regime dominial dessa espécie de unidade de conservação, o §1º do art. 11 dispõe expressamente que “*o Parque Nacional é de posse e*

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 230. Para Paulo de Bessa Antunes, tais espaços são “*exceções constitucionais ao princípio da utilização da propriedade privada ou pública, que na condição de recursos ambiental e econômico, ainda que aplicável o regime de uso pleno, este deve ser feito em observância às normas aplicáveis e, em especial, da proteção ao meio ambiente*”. (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Áreas Protegidas e Propriedade Constitucional*. São Paulo, Atlas, 2011, p. 49.).

¹⁵ DIAS, Edna Cardozo. *Direito ambiental no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 125.

¹⁶ De acordo com Frederico Amado, “*esse conceito abarca as unidades de conservação de todas as entidades políticas, sendo possível a inclusão na área da unidade de conservação do subsolo e do espaço aéreo, sempre que influírem na estabilidade do ecossistema*”. (AMADO, Frederico. *Direito Ambiental*. 10ª ed. ver. atual. e ampl.. Salvador, Juspodvim, 2019, p. 299).

¹⁷ Lei 9.985/00. “Art. 8º O grupo das Unidades de Proteção Integral é composto pelas seguintes categorias de unidade de conservação: I - Estação Ecológica; II - Reserva Biológica; III - Parque Nacional; IV - Monumento Natural; V - Refúgio de Vida Silvestre.”

domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei".^{18 19}

Em síntese, para uma melhor tutela do meio ambiente, a Lei do SNUC determina, no caso da criação de parques nacionais/estaduais/municipais, a transferência dos terrenos particulares para o domínio público, de modo que o ente instituidor da unidade de conservação deve indenizar aqueles afetados pela expropriação. Assim, a regra é a desapropriação dos imóveis situados no interior de parques, desde que pré-existentes à criação da unidade de conservação e uma vez que se façam presentes os requisitos para tanto.

4) A DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA: SEUS EFEITOS E A SUA CADUCIDADE EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Todos os Estados ocidentais, ao menos desde os romanos²⁰, contaram com algum modo de intervenção estatal na propriedade privada. Dentre as modalidades de intervenção, o instituto da desapropriação configura indubitavelmente o seu aspecto mais severo, pois dele decorre o seu efetivo suprimento²¹.

Segundo a conceituação de José Cretella Júnior, a desapropriação é "*a operação unilateral de Direito Público pela qual a autoridade competente obriga o proprietário a ceder-lhe sua propriedade por motivos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro*".²² Trata-se, portanto, de um instituto que

¹⁸ Cabe apontar que essa dominialidade pública nos Parques não é exatamente uma novidade do SNUC, mas uma sistemática seguida pelo menos desde o Decreto 84.017 de 1979, que veiculava o regulamento dos Parques Nacionais Brasileiros, qualificando-os como bens da União destinados ao uso comum do povo. Ver, nesse sentido: DINNO, Flavio. Desapropriação em matéria ambiental. In: MACHADO, Paulo Affonso; MILARÉ, Édis. *Direito Ambiental: conservação e degradação do meio ambiente* (Coleção Doutrinas Essenciais; vol.2). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 387.

¹⁹ Sobre as razões para essa opção pelo domínio público, Hebert Coelho e Elcio Rezende assinalam que "*a permanência do imóvel, onde foi criada a unidade de conservação, como sendo de propriedade privada, tende a inviabilizar a efetividade da mesma para o objetivo para o qual foi criada, prejudica o seu adequado gerenciamento e compromete seus objetivos de manejo*". COELHO, Hebert Alves; REZENDE, Elcio Nacur. A efetiva implantação das unidades de conservação ambiental por meio da desapropriação. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 11, n. 2, p.165-195, ago. 2016, p. 184.

²⁰ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A desapropriação no direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 112, p. 1-26, out. 1973. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37908>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo, Atlas, 2015, pp. 851-852.

²² JÚNIOR, José Cretella. *Do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 177.

veicula uma competência, o poder de o Estado desapropriar, e uma garantia patrimonial, o direito de o administrado ser indenizado²³.

A CRFB regula a matéria em seu art. 5º, XXIV, ressalvando a indenização prévia, justa e em dinheiro pela desapropriação somente aos casos expressamente previstos em seu texto pelo poder constituinte (originário e derivado).²⁴

Em nível infraconstitucional, o Decreto-Lei 3.365/41, a despeito da sua antiguidade, permanece sendo o centro de disciplina do procedimento de desapropriação, aplicável mesmo aos casos não enquadrados como de utilidade pública. Por sinal, Di Pietro²⁵ anota que, com a revogação do Código Civil de 1916, que trazia no seu art. 590, §1º, os casos de necessidade pública, não existe mais na legislação referência quanto ao que seja esse pressuposto para desapropriação, motivo pelo qual a hipótese teria na prática se fundido com as de utilidade pública reguladas pelo Decreto-Lei 3.365/41.

O Decreto-Lei 3.365/41 determina um procedimento bifásico para a desapropriação, com inicialmente (i) uma declaração expropriatória e, após, (ii) a sua efetivação fática pelo expropriante ou outra entidade com poderes delegados para tanto. Em outras palavras, em um primeiro momento, com base no art. 6º do Decreto-Lei 3.365/41, a autoridade pública, mediante decreto, declara a utilidade pública do bem, para, só então, em um segundo momento, poder efetivar a transferência da propriedade, seja pela via administrativa consensual ou judicial contenciosa.²⁶

²³ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*, V. 2. Revisor técnico Carlos Ary Sundfeld. Tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 235. Pretendendo diferenciar a desapropriação de outros institutos afins, Marcello Caetano registrou com clareza seus atributos distintivos no direito português (os quais são perfeitamente aplicáveis ao Brasil). Cf: CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo – Vol. II*. 10. ed. rev. e atual. por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra, Almedina, 1999, p. 1024.

²⁴ Levando em conta essas exceções constitucionais, Kiyoshi Harada apresenta seu conceito de desapropriação como: “um instituto de direito público consistente na retirada da propriedade privada pelo Poder Público ou seu delegado, por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante o pagamento prévio da justa indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, da CF), por interesse social para fins de reforma agrária (art. 184 da CF), por contrariedade ao Plano Diretor da cidade (art. 182, § 4º, III, da CF), mediante prévio pagamento do justo preço em títulos da dívida pública, com cláusula de preservação de seu valor real, e por uso nocivo da propriedade, hipótese em que não haverá indenização de qualquer espécie (art. 243 da CF).” HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed.. São Paulo, Atlas, 2015, p. 16.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed.. São Paulo, Atlas, 2015, p. 200.

²⁶ Sobre essa operacionalização, Alexandre Aragão bem aponta que: “Uma coisa é a declaração de determinado bem como de utilidade pública, pré-requisito da propositura da ação de desapropriação. Outra coisa é a capacidade processual para promovê-la e concretizá-la, seja através de ação judicial, seja através de acordo precedente a esta, arcando inclusive com o valor da indenização.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 251.). Em igual sentido, José Carlos de Salles ressalta a necessidade de não confundir a declaração de interesse público com a

Nessa tônica, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é bastante tranquila na orientação de que a perda da propriedade ocorre somente com o final do processo expropriatório, seja o consensual ou o litigioso, não havendo que se falar em transferência do domínio mesmo com o exercício da posse pela imissão provisória²⁷. Em um caso que versava sobre a implementação de unidades de conservação, o Ministro Cezar Peluzo fez questão de assinalar:

É que a implantação do Parque Nacional Mapiguarí – assim como a de toda unidade de proteção integral - não se consuma com o simples decreto de criação, e, muito menos, a desapropriação, com a só declaração de utilidade pública das áreas privadas contidas no perímetro. Não custa, aliás, advertir que a criação dessas unidades pode significar tão-só limitações administrativas que não impliquem transferência de domínio, nos casos em que não haja esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade. E, como essa poderá ser a hipótese, não há falar em previsão orçamentária para expropriação ainda não efetivada.²⁸

Ocorre que, longe de ser uma etapa meramente inicial e formalista do procedimento expropriatório, da declaração de utilidade pública decorrem consequências jurídicas relevantes para o particular, como o direito das autoridades administrativas de penetrar no imóvel expropriado, o marco para o pagamento das benfeitorias úteis (se feitas com a autorização do expropriante) e a fixação do estado físico da coisa, sobre o qual será calculado o seu valor e arbitrada a indenização²⁹.

Adicionalmente, entre as consequências do ato de declaração de utilidade pública se encontra o termo inicial do prazo de 5 (cinco) anos fixado no art. 10 do Decreto-lei 3.365/1941³⁰ para a caducidade da declaração. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “*caducidade da declaração de utilidade pública é a perda de validade dela pelo decurso de tempo sem que o*

desapropriação fática do bem. Cf: SALLES, José Carlos de. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. red. atual. ampl.. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 123.

²⁷ STF, MS 25.534, Rel. Min. Eros Grau, j. 13/9/2006, DJ de 10/11/2006; STF, MS 24.163, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 19/9/2003; STF, MS 24.484, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 2/6/2006.

²⁸ STF, MC no MS 2763/DF, Rel. Min. Cezar Peluzo, j. 31/10/2008, DJe de 05/11/2008 – grifamos.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Decreto-Lei 3.365/41. “Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.”

Poder Público promova os atos concretos destinados a efetivá-la”.³¹ Importante ressaltar que se trata de prazo que não comporta interrupção ou suspensão³².

Com efeito, pode-se dizer que a caducidade importa verdadeira nulidade retroativa do direito, retirando do ato jurídico (da declaração de utilidade) a validade e, por corolário, a capacidade de produzir efeitos, em razão de motivos jurídicos posteriores à sua edição. Na visão de José Ailton Garcia, “a norma sub examine determina que o termo inicial do prazo para propositura da ação de desapropriação é a data da expedição da respectiva declaração de utilidade pública. (...) A caducidade, nesse caso, decorre da inércia do Poder Público expropriante em não exercer o direito no prazo legal estabelecido.”³³

Em regra, a previsão de caducidade tem sido aplicada indistintamente para todos os casos de inércia prolongada do Poder Público na fase executiva da desapropriação. No entanto, sabe-se que existe certa polêmica sobre a ocorrência ou não da caducidade nos casos de desapropriação por utilidade pública em matéria ambiental, notadamente as relacionadas com a instituição de unidades de conservação. Para a Procuradoria Especializada do ICMBio e para 4ª Câmara de Coordenação e Revisão da Ministério Público Federal:

(1ª) as restrições à fruição da propriedade emanam não da declaração de utilidade pública, mas da legislação ambiental, perdurando no tempo independentemente da caducidade daquela;

(2ª) a caducidade do decreto expropriatório, no caso de imóveis inseridos em unidades de conservação, afigura-se para o particular não como garantia, como ocorre nas desapropriações em geral, mas como penalidade;

(3ª) as desapropriações de áreas particulares inseridas em determinadas classes de áreas protegidas fundamentam-se não em um ato administrativo de conveniência e oportunidade, mas em uma imposição legal;

(4ª) O artigo 225, parágrafo 1º, inciso III, da Constituição Federal estabeleceu o princípio da reserva de lei para a alteração ou supressão de uma unidade de conservação;

(5ª) não existe amparo legal para a extinção tácita de uma unidade de conservação;

*(6ª) a declaração de utilidade pública é independente e acessória ao escopo do ato de criação da unidade de conservação.*³⁴

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, Malheiros, 2015, p. 906.

³² HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed.. São Paulo, Atlas, 2015, p. 84.

³³ GARCIA, José Ailton. *Desapropriação: comentários ao Decreto-Lei nº 3.365/41 e à Lei nº 4.132/62*. São Paulo, Atlas, 2015, p. 104.

³⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica 4ª CCR Nº 1/2017.

Contudo, a jurisprudência majoritária entende pela plena aplicabilidade das regras do Decreto-lei 3.365/1941 aos casos de desapropriação para fins de instituição de unidade de conservação, inclusive no que diz respeito à regra de caducidade pela inércia executiva do Poder Público.³⁵ Ressalva apenas que a eventual caducidade do ato não teria por consequência imediata a extinção da unidade ou das inerentes limitações administrativas ao direito de construir. Nesse sentido, cite-se o seguinte acórdão representativo do TRF da 4ª Região:

DIREITO AMBIENTAL. CRIAÇÃO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO. PARQUE NACIONAL DA ILHA GRANDE. DESAPROPRIAÇÃO DE ÁREAS PARTICULARES. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. EFEITOS DO ARTIGO 10 DO DECRETO-LEI 3.365/41.

1 - O Parque Nacional da Ilha Grande foi criado por decreto executivo, estando de conformidade com o artigo 225 da Constituição, com o artigo 5º da Lei 4.771/65 (vigente à época) e com o artigo 22 da Lei 9.985/00 (legislação superveniente).

2 - Tendo a unidade de conservação sido criada por decreto executivo e sendo válido o ato de criação segundo a legislação vigente na época, temos ato jurídico perfeito consolidado. Somente por lei específica pode ser alterada sua destinação ou extinta a unidade de conservação, conforme o artigo 225-§ 1º-III da Constituição e artigo 22-§ 7º da Lei 9.985/00.

3 - Nem a caducidade da declaração de utilidade pública prevista no artigo 10 do Decreto-lei 3.365/41 nem a demora do Poder Público em desapropriar todas as áreas que integram a unidade de conservação implicam extinção da unidade de conservação. Do contrário, teríamos uma situação paradoxal: o Poder Executivo não poderia agir e editar um decreto para revogar a implantação daquele parque nacional (um fazer), mas poderia alcançar esse objetivo mediante a simples omissão (um não-fazer).

4 - Na criação de unidade de conservação, temos atos ambientais e temos fatos administrativos, regidos por normas distintas e com intenções distintas, que não se confundem, mas se complementam.

5 - Na perspectiva do direito ambiental, devemos considerar a criação da unidade de conservação em si, na perspectiva da proteção à natureza e ao meio ambiente, que acontece a partir do ato do Poder Público que preencha os requisitos específicos (decreto ou lei, agora regulado pelo artigo 22 da Lei 9.985/00 e na época regulado pelo artigo 5º da Lei 4.771/65). Nessa perspectiva, a criação de parque nacional depende apenas da edição do respectivo ato normativo específico, que pode ser decreto ou lei, desde que satisfaça os requisitos formais pertinentes (estudo técnico e consulta pública, conforme artigo 22-§§ 2º e 5º da Lei

³⁵ Nessa linha, são precedentes representativos: TRF5, Apelação/Reexame Necessário 2008.80.00.004964-9, Rel. Des. Ivan Lira de Carvalho, 2ª Turma, Julgamento em 02/06/2015, DJe 16/06/2015; TRF5, Apelação 0800001-69.2013.4.05.8002, Rel. Des. Ivan Lira de Carvalho, 4ª Turma, Julgamento em 07/10/2014; TRF5, Agravo de Instrumento 0800522-95.2012.4.05.0000, Rel. Des. Paulo Machado Cordeiro, 2ª Turma, Julgamento em 24/09/2013; TRF4, Apelação/Reexame Necessário n. 5000362-07.2011.404.7202/SC, Rel. Juiz Federal João Pedro Gebran Neto, 4ª Turma, julgado em 04/12/2012, publicado em 05/12/2012; TRF5, Agravo de Instrumento nº 0800522-95.2012.4.05.0000, Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, 2ª Turma, julgado em 07/10/2014.

9.985/00). Esse ato de criação da unidade de conservação não se confunde nem depende necessariamente do ato de expropriação que retira áreas particulares dos respectivos proprietários e os afeta definitivamente à finalidade ambiental específica da unidade de proteção da natureza.

6 - Já na perspectiva do direito administrativo, temos necessidade de praticar atos administrativos relacionados à implantação efetiva da unidade de conservação e sua consolidação enquanto órgão de gestão administrativa e organização do serviço público respectivo. São as medidas administrativas necessárias para que a unidade de conservação efetivamente saia do "papel" e se concretize na realidade, o que acontece a partir da atuação da administração no sentido de, por exemplo: (a) vincular à unidade de conservação as áreas públicas nela incluídas e necessárias para cumprimento de sua função ecológica ou ambiental; (b) elaborar e aprovar plano de manejo da área da unidade e do seu entorno; (c) **desapropriar e indenizar os particulares e as populações tradicionais atingidas pela implantação da unidade de conservação. Esses atos não dependem apenas da Lei 9.985/00 e do direito ambiental, mas se submetem às regras do direito administrativo, especialmente quanto à expropriação forçada por utilidade pública prevista no DL 3.365/41, inclusive quanto ao prazo de caducidade previsto no seu artigo 10. (...)**³⁶

Em resumo, caso superado o prazo de 5 (cinco) anos sem que o Poder Público tenha dado início à fase executiva da desapropriação, deve-se reconhecer a caducidade da declaração expropriatória, ainda que no caso de unidades de conservação, conquanto o reconhecimento dessa caducidade não implique necessariamente extinção da unidade de conservação e nem o afastamento das particularidades protetivas desses espaços.

5) DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA: NATUREZA JURÍDICA E CONDIÇÕES PARA SUA OCORRÊNCIA

Como a prática cotidiana supera em muito a capacidade de antecipação normativa do legislador, doutrina e jurisprudência se permitem por vezes a criação de novos institutos, visando uma melhor resolução dos conflitos entre Administração e administrados. No caso da chamada "*desapropriação indireta*", Aragão a define como "*instituto em muitos aspectos híbrido entre outros três institutos do direito Administrativo: as limitações administrativas à propriedade, a desapropriação e a responsabilidade civil do Estado*"³⁷.

³⁶ TRF 4, EINF50060836120114047000, Rel. Des. Candido Alfredo Silva Leal Junior, 2ª Seção, D.E. 15/04/2014 – grifamos.

No mesmo sentido: TRF 5, AC 0007193-36.2012.4.01.3701 / MA, Rel. Des. Carlos d'Ávila Teixeira (conv.), 4ª Turma, e-DJF1 de 29/08/2016.

³⁷ ARAGÃO, op.cit., p. 263.

Na visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a desapropriação indireta não trata “*de caracterizar-se [como] uma distinta modalidade expropriatória, mas de apontar as consequências de um ato ilícito da Administração, ao apossar-se de um bem sem cumprir os dois requisitos constitucionais essenciais da desapropriação: a declaração e a justa indenização*”.³⁸

Em regra, a modalidade mais comum de desapropriação indireta ocorre com o apossamento administrativo de um imóvel privado: um fato da Administração na irregular e duradoura apropriação de um bem do particular pelo Poder Público³⁹. Uma vez configurado o esbulho pelo apossamento, mas ausente a desapropriação formal, estar-se-á diante de uma desapropriação indireta e, por conseguinte, de um dever de indenizar o particular pelo virtual aniquilamento das possibilidades de exercício do seu domínio sobre a coisa⁴⁰. De fato, tal restrição deve ser temporalmente relevante, com aptidão para passar o bem ao domínio público em razão da afetação prolongada, de forma que não se pode falar em desapropriação indireta no esbulho pontual e temporário.

Outra modalidade possível de desapropriação indireta apontada comumente pela doutrina seria aquela de natureza regulatória, quando a imposição de uma limitação administrativa retiraria o conteúdo econômico do bem, mas não necessariamente a plenitude das faculdades inerentes ao domínio. Como se sabe, as limitações administrativas, pela sua natureza de condicionamento - mas não de extinção - do direito de propriedade, não são indenizáveis, ainda que importem alguma perda econômica para o particular⁴¹. No entanto, levando em conta o princípio da proporcionalidade como critério de interpretação e integração da ordem jurídica, certas limitações, quando específicas e anormais, são indenizáveis^{42 43}.

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16 ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro, Forense, p. 520.

³⁹ ARAGÃO, op.cit., p. 264.

⁴⁰ Como fundamento legal para o instituto, tem sido apontado o art. 35 do Decreto-Lei 3.365/41: “Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.”.

⁴¹ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Restrições ou limitações ao direito de propriedade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 141, p. 15, jan. 1980. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43212>>. Acesso em: 20 Fev. 2019.

⁴² ARAGÃO, op.cit., p. 265-266.

⁴³ De acordo com Cyrino, essas limitações consistem em: “medidas regulatórias permeadas de aparente legitimidade e editadas dentro dos parâmetros de competência instituídos pela lei, as quais, todavia, se revelam demonstrações de desmesurado poder estatal. Regulações cujo feito de legítimas normas limitadoras da atividade econômica encobre um ato de inconstitucional esvaziamento da propriedade privada, entendida em seu sentido amplo, enquanto garantia de proteção de bens e direitos contra o confisco.” (CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 203, set. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46463>>. Acesso em: 21 Fev. 2019.).

No âmbito da jurisprudência, o tratamento da matéria tem sofrido oscilações ao longo dos anos. Em um primeiro momento, quando do julgamento de casos relacionados ao Parque Estadual Serra do Mar em São Paulo, o STJ entendeu que a proibição de supressão e exploração de vegetação em imóveis particulares, ante o total esvaziamento econômico da área, equivaleria a um esbulho possessório, ainda que não tivesse ocorrido o apossamento de fato pelo Poder Público⁴⁴. Por essa linha de raciocínio, a configuração de uma desapropriação-regulatória dispensaria o apossamento inerente à desapropriação-esbulho, bastando a percepção de que o potencial econômico foi desproporcionalmente restringido pelo Poder Público em prejuízo do particular, inclusive, pela prática de atos lícitos, como os ligados à proteção do meio ambiente.

No entanto, importa consignar que faz mais de uma década que se iniciou no STJ corrente que considera que mesmo restrições administrativas severas ao direito de propriedade não importam necessariamente em esbulho, o qual, para sua configuração, dependeria de atos efetivos de apossamento por parte do Poder Público⁴⁵. Segundo Cyrino, a percepção é de que, independentemente da modalidade a ser discutida, o mais relevante critério a ser utilizado atualmente pelo STJ para caracterizar a desapropriação indireta é a presença ou não de um esbulho possessório por parte do Poder Público⁴⁶. Nesse sentido, é representativa e esclarecedora a ementa do seguinte julgado do STJ, que segue a mesma linha de outros precedentes da Corte⁴⁷:

ADMINISTRATIVO. CRIAÇÃO DE ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. (DECRETO ESTADUAL 37.536/93). DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESSUPOSTOS: APOSSAMENTO, AFETAÇÃO À UTILIZAÇÃO PÚBLICA, IRREVERSIBILIDADE. NÃO-CARACTERIZAÇÃO.

1. A chamada "desapropriação indireta" é construção pretoriana criada para dirimir conflitos concretos entre o direito de propriedade e o princípio da função social das propriedades, nas hipóteses em que a Administração ocupa propriedade privada, sem observância de prévio processo de desapropriação, para implantar obra ou serviço público.

2. Para que se tenha por caracterizada situação que imponha ao particular a substituição da prestação específica (restituir a coisa vindicada) por prestação alternativa (indenizá-la em dinheiro), com a

⁴⁴ Cf. no STJ: REsp 94.297/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJe: 2.12.2002; REsp 95.395/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª Turma, DJ 15.12.1997; REsp 209.297/SP, Rel. Min. Paulo Medina, 2ª Turma, DJe 10.3.2003.

⁴⁵ Cf. REsp 1.171.557/SC, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJe 24.2.2010; REsp 752.232/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJe 19.6.2012; REsp 1.172.862/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 26.3.2010.

⁴⁶ CYRINO, André Rodrigues, ob. cit., p. 222.

⁴⁷ Confirmam-se no mesmo sentido no STJ: EREsp 628.588/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Seção, Julgado em 10.12.2008, DJe 09.02.2009; REsp 1784226/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 12.02.2019, DJe 12.03.2019; AgRg no REsp 1511917/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 16/08/2017.

conseqüente transferência compulsória do domínio ao Estado, é preciso que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: (a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; (b) a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; e (c) a impossibilidade material da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, a irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação.

3. No caso concreto, não está satisfeito qualquer dos requisitos acima aludidos, porque (a) a mera edição do Decreto 37.536/93 não configura tomada de posse, a qual pressupõe necessariamente a prática de atos materiais; (b) a plena reversibilidade da situação fática permite aos autores a utilização, se for o caso, dos interditos possessórios, com indubitável possibilidade de obtenção da tutela específica.

4. Não se pode, salvo em caso de fato consumado e irreversível, compelir o Estado a efetivar a desapropriação, se ele não a quer, pois se trata de ato informado pelos princípios da conveniência e da oportunidade.

5. Recurso especial a que se nega provimento⁴⁸.

Complementarmente, percebe-se ainda da jurisprudência dominante do STJ o requisito adicional de que eventuais prejuízos indenizáveis ao particular devem ter decorrido de restrições novas, não alcançadas por normas ou atos normativos preexistentes, tais como o Código Florestal. Nesse passo, anotou o Ministro Luiz Fux, no REsp 649.809/SP, que não seria cabível indenização pela criação de Parque Florestal *“salvo comprovação pelo proprietário, mediante o ajuizamento de ação própria em face do Estado de São Paulo, que o mencionado decreto acarretou limitação administrativa mais extensa do que aquelas já existentes à época da sua edição.”*, no caso, aquelas engendradas pelo Código Florestal que estava em vigor ou pela Lei do Parcelamento do Solo Urbano e que já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade.

Em suma, mostra-se possível o reconhecimento de desapropriação indireta por restrições ambientais desproporcionais ao direito de propriedade. Porém, para tanto, devem ser levadas em conta as condicionantes consideradas pelo STJ sobre o tema: (i) o efetivo apossamento administrativo do imóvel; (ii) ausência de restrição similar à utilização do bem pela legislação pretérita.

⁴⁸ STJ, REsp 628.588/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/acórdão Min. Teori Zavaski, 1ª Turma, julgado em 13.09.2005, DJe 01.08.2005 – grifamos.

6) PONDERAÇÃO DE INTERESSES: POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES TEMPORÁRIAS E DE BAIXO IMPACTO PELOS PROPRIETÁRIOS DE IMÓVEIS INSERIDOS EM PARQUES E COM DECLARAÇÕES DE UTILIDADE PÚBLICA CADUCADAS

É relativamente comum na jurisprudência e na doutrina o uso da expressão “*parques de papel*”⁴⁹ para designar casos de unidades de conservação criadas pelo Poder Público, mas sem uma concretização estrutural, notadamente naquilo que se refere ao plano de manejo e à desapropriação dos terrenos particulares⁵⁰ (no caso daquelas unidades que demandem o domínio público). Tais “*parques de papel*” ensejam costumeiras discussões no Poder Judiciário sobre os excessos praticados pelo Poder Público na criação de unidades de conservação⁵¹.

Tomando como paradigma os parques nacionais/estaduais/municipais, sabe-se que a localização do terreno no interior desses espaços inviabiliza fortemente o exercício de muitos dos direitos inerentes ao domínio do proprietário. Isso porque a presunção da lei é de que, com a estruturação da unidade, esses terrenos seriam futura e necessariamente desapropriados pelo Poder Público. Desse modo, o regime jurídico-ambiental de direito público imediatamente incidente com a instituição da unidade de conservação veda alguns dos direitos mais elementares como, por exemplo, o de construir.

Nada obstante, como a jurisprudência entende que o Poder Público não pode ser simplesmente forçado a desapropriar⁵², a inércia da Administração nesse campo, ocasionando a caducidade do decreto, cria um verdadeiro impasse para o proprietário. Tendo em vista a imprevisibilidade da eventual edição de uma nova declaração de utilidade pública (e que, de fato, resulte numa desapropriação, com o pagamento de indenização), bem como a ausência

⁴⁹ Cf. PIMENTEL, Douglas de Souza. *Os “parques de papel” e o papel social dos parques*. 2008. Tese (Doutorado em Recursos Florestais) - Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2008. Acesso em: 2019-05-16.

⁵⁰ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; LEUZINGER, Márcia Dieguez. Desapropriações Ambientais na Lei nº 9.985/2000. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord). *Direito Ambiental das áreas protegidas: O Regime Jurídico das Unidades de Conservação*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 465.1

⁵¹ V. CALIL, Ana Luiza; CAPECCHI, Daniel. Limitação administrativa e desapropriação indireta: a linha tênue dos institutos na criação de espaços de proteção ambiental. *Revista de Direito da Administração Pública*, a. 2, v. 1, n. 2, p. 163-183, jan/jun 2017, p. 172.

Sobre a problemática, Paulo de Bessa Antunes anota que: “Merece ser reafirmado que, infelizmente, tem sido prática muito comum que entes públicos decretem a “criação” de parques – nas três esferas de Poder e não implementem as medidas necessárias para a real constituição da unidade de conservação, muito embora desenvolvam atividades administrativas como se, de fato, as áreas tivessem sido desapropriadas e o domínio privado houvesse sido transferido para o público. Assim, são estabelecidas proibições para as atividades particulares que ultrapassam os limites estabelecidos pelo artigo 22-A da Lei do SNUC (...)” (ANTUNES, Paulo de Bessa. ob. cit., p. 60.).

⁵² STJ, REsp 628.588/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/acordão Ministro Teori Zavaski, 1ª Turma, julgado em 13.09.2005, DJe 01.08.2005.

dos requisitos exigidos para configuração da desapropriação indireta (com base na jurisprudência do STJ), a conduta do Poder Público acaba por impor obstáculos de difícil transposição na busca do particular por ser justamente indenizado pelo prejuízo sofrido ao seu direito de propriedade privada⁵³.

Poder-se-ia eventualmente afirmar que os direitos dos proprietários não foram totalmente frustrados pela Administração, pois foi anteriormente mencionado que a Lei 9.985/2000 prevê que as unidades de conservação de proteção integral, como são os parques, admitem um uso indireto dos seus recursos naturais (art. 7º, §1º). Nos termos da Lei, esse uso indireto compreenderia *“aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais”* (art. 2º, IX). Exemplos de atividades mencionadas rotineiramente de uso indireto dos recursos naturais seriam a recreação em contato com a natureza, o turismo ecológico, a pesquisa científica, a educação e interpretação ambiental e outras que não impliquem alteração no ambiente tutelado.

Logo, em um primeiro momento, mostrar-se-ia perfeitamente possível que os particulares desenvolvessem atividades dentro da unidade de conservação, desde que enquadradas como de uso indireto. Inclusive, tais atividades, para além de não impactarem significativamente o meio ambiente, poderiam ser realizadas por particulares até depois da transferência da propriedade ao ente instituidor⁵⁴.

Ocorre que, considerando apenas as atividades de uso indireto, não nos parece que estas são aptas, por si só, a assegurar os direitos dos proprietários nesses casos, tendo em vista a severidade da restrição ao direito de construir do particular, o qual poderá não ter interesse em explorar o turismo ecológico ou outra atividade similar no seu imóvel. Aliás, assinale-se que tal uso indireto nem mesmo diferenciaria a condição do proprietário não desapropriado daquela

⁵³ STJ, EREsp 191.656/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 1ª Seção, julgado em 23/06/2010, DJe 02/08/2010.

⁵⁴ A título de nota, consta de interessante texto elaborado por diversos especialistas em meio ambiente no Boletim Regional, Urbano e Ambiental do IPEA o registro dos diversos proveitos propiciados pelo turismo no interior de UC: *“O efeito multiplicador desencadeado pelas atividades vinculadas à visitação e ao turismo ligados   existência de UCs constitui um importante elemento para fortalecer a economia local e regional. Ao mesmo tempo, essas atividades fortalecem a sensibiliza o ambiental da popula o e incrementam os recursos financeiros para a manuten o dessas áreas. O Parque Nacional do Iguaçu, por exemplo, recebe anualmente cerca de 1 milhão de pessoas e vários serviços de apoio   visita o são viabilizados por contratos de concessão com empresas privadas que geram recursos para o parque. Sua arrecada o, constituída por cobrança de ingressos, taxas de filmagens e concessões, ficou em torno de R\$ 12 milhões em 2008 (LICHTNOW, 2009) (GURGEI et al. Unidades de conserva o e o falso dilema entre conserva o e desenvolvimento. Boletim Regional, Urbano e Ambiental IPEA, n. 3, p. 109-119, 2009, p.114. Disponível em: <http://agencia.ipea.gov.br/images/stories/PDFs/100406_boletimregio3.pdf>. Acesso em: 17. abril. 2018.)*.

dos demais administrados, tendo em vista que o uso indireto é, pela Lei do SNUC, abstratamente permitido para todos.⁵⁵

Assim sendo, situações desse tipo, na prática, encerram exemplo de esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade sem o pagamento da correspondente indenização. Tem-se, nesses casos, uma situação paradoxal e absurda quanto aos direitos dos proprietários de imóveis situados no interior de parques: cria-se um parque que abrange diversas propriedades privadas; os imóveis privados não são desapropriados; a Administração não promove o apossamento do bem; o decreto de utilidade pública caduca depois de 5 (cinco) anos, inviabilizando o pagamento de indenização por desapropriação; depois de cinco anos o proprietário não foi devidamente indenizado, mas, ainda assim, não pode fazer praticamente nada em sua propriedade privada. Pensamos que o ordenamento jurídico pátrio não tolera esse tipo de situação.

Então, é necessário proceder a uma ponderação de interesses entre os direitos dos proprietários (direito de propriedade etc.) e o direito ao meio ambiente equilibrado, de modo a permitir, ao menos, algum tipo de uso útil ao proprietário até que sobrevenha a efetiva desapropriação, com o consequente pagamento da justa indenização. Isso porque a situação em que a propriedade do particular é inserida na área de um parque, tornando-se área não edificante e sem que haja a justa e prévia indenização, mesmo depois de vários anos, viola o direito de propriedade do particular.

A uma, porque, dentre as alternativas possíveis, a situação narrada limita de maneira desproporcional o direito de propriedade (subprincípio da necessidade), na medida em que, em tese, haveria outras medidas adequadas que limitariam menos tal direito. A duas, porque, sopesando os custos e benefícios envolvidos na medida, percebe-se que o sacrifício concretamente exigido do particular se mostra um tanto quanto excessivo diante do ganho ambiental. Para ilustrar o raciocínio, cite-se trecho de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

(...) Quando o Poder Público possui mais de uma alternativa à sua disposição, deve optar em favor daquela que limita o menos possível os interesses e as liberdades em jogo. A proporcionalidade em sentido estrito exige questionar a relação entre o benefício e a perda, no intuito de apurar se os ônus para alcançar o fim não são desmesurados. Aplicação no caso das diretrizes da proporcionalidade, pois a prova pericial, considerando o contexto no qual se encontra a obra embargada, considerou-a de baixo impacto ambiental, cujo reflexo para

⁵⁵ Obviamente que, para exercer atividade econômica de ecoturismo no interior de parques, seria necessária, no mínimo, autorização do órgão ambiental e, quando cabível, licitação.

o meio ambiente é insignificante, considerando outras edificações industriais, comerciais e residenciais existentes, além de prever a possibilidade de medidas de compensação. Precedentes desta Corte. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA REJEITADA. APELAÇÃO PROVIDA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.⁵⁶

Nessa linha, a ideia que nos parece razoável seria a permissão de construções de baixo impacto no parque (construção de residência unifamiliar, pequena pousada, por exemplo), desde que compatíveis com os objetivos preservacionistas delineados no plano de manejo da unidade de conservação (nas áreas ambientalmente mais sensíveis não seria permitido qualquer tipo de construção), como solução razoável, provisória e até que haja a efetiva desapropriação do imóvel.

Além disso, entendemos que as construções eventualmente admitidas – posteriores ao ato de criação da unidade - não deverão entrar no cálculo do valor da futura desapropriação. Recomenda-se, inclusive, que haja a edição de decreto ou regulamento do órgão ambiental competente, disciplinando esse uso provisório da propriedade privada em parques.

Com efeito, parece compatível com os objetivos visados pela política pública ambiental a possibilidade – excepcional e devidamente controlada - de os particulares, com declarações de utilidade pública caducadas, poderem realizar atividades de baixo impacto em seus imóveis até que haja uma futura desapropriação, como, por exemplo, a fruição de uma unidade unifamiliar destinada ao lazer.

Aliás, apesar de a permanência de particulares em certas unidades de conservação não ser a linha favorecida pelo legislador, sabe-se que a própria Lei 9.985/00, ao tratar das populações tradicionais⁵⁷, prevê a viabilidade de sua permanência em conjunto com a proteção ambiental dos espaços. Nesse sentido, o art. 42, §2º, da referida lei, determina que, na pendência do reassentamento das populações tradicionais, deverá a Administração estabelecer normas e ações específicas destinadas a compatibilizar a presença das populações tradicionais residentes com os objetivos da unidade⁵⁸. Em outras palavras, o próprio legislador, ciente das

⁵⁶ TJRS, Apelação Cível nº 70071079206, 3ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 15/12/2016, publicado em 23/01/2017 – grifamos.

⁵⁷ V. art. 5º, X, e 23, da Lei 9.985/00. O conceito de populações tradicionais é previsto no art. 3º do Decreto nº 6.040/2007: “Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por: I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.”.

⁵⁸ Art. 42, §2º, da Lei 9.985/00: “Até que seja possível efetuar o reassentamento de que trata este artigo, serão estabelecidas normas e ações específicas destinadas a compatibilizar a presença das populações

dificuldades envolvidas na regularização fundiária dos terrenos da unidade de conservação, prevê a possibilidade da criação de regras temporárias de uso das propriedades pelas populações tradicionais.

Embora não ostentem a qualificação de populações tradicionais, a percepção é de que um uso analógico integrativo da regra do art. 42, §2º, para tutelar os interesses dos proprietários com declarações de utilidade pública caducadas, reforça a dimensão consensual e colaborativa da Administração⁵⁹, bem como permite uma melhor promoção do interesse público. Nesse diapasão, notório que a noção em si de um interesse público como sempre oposto ao interesse do particular tem sido questionada pela doutrina.⁶⁰ Para Humberto Ávila, “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais)”.⁶¹

Assim sendo, a emergência do princípio da juridicidade disponibiliza ao Administrador um espaço criativo para explorar instrumentos e alternativas jurídicas na resolução de tensões constitucionais em casos concretos. Assim, o que ora se sustenta não é ir contra a lei (*contra legem*), mas sim - com fundamento direto na Constituição⁶² - ir além dela (*praeter legem*), permitindo à Administração alguma imaginação institucional para poder solucionar os conflitos práticos com os administrados.

tradicionais residentes com os objetivos da unidade, sem prejuízo dos modos de vida, das fontes de subsistência e dos locais de moradia destas populações, assegurando-se a sua participação na elaboração das referidas normas e ações.”

⁵⁹ Para uma análise sob outro ângulo da consensualidade nas relações entre Administração e administrados, confira-se: DAUDT D’OLIVEIRA, Rafael Lima. *A simplificação no direito administrativo e ambiental (de acordo com a lei nº 13.874/2019 - “Lei da Liberdade Econômica”)*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020, pp. 75-79, 102-108, 152-158 e 172-178.

⁶⁰ Cf. SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio Da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/repensando-o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-sobre-o-particular>>. Acesso em: 18. Jul. 2019.

⁶² A possibilidade de aplicação direta dos princípios da Constituição pela Administração Pública, sem uma prévia intermediação do legislador, tem sido em diferentes oportunidades acolhida pela jurisprudência. Cite-se como exemplo o entendimento de que a vedação do nepotismo pela Resolução 7/2005 do CNJ não exigiria a edição de lei formal, pois a proibição decorreria diretamente dos princípios contidos no art.37, caput, da Constituição Federal (STF, RE 579.951, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20/8/2008, DJe de 24/10/2008), bem como da possibilidade da Administração Pública, em aplicação direta do princípio da moralidade, ainda que sem previsão expressa em lei, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei nº 8.666/93 (STJ, RMS 15166, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, Julgado em 07/08/2003, Dje 08.09.2003).

Trata-se de uma proposta para preencher um vazio jurídico singular causado pela omissão administrativa na efetivação da desapropriação. Evidentemente, a intenção não é outorgar um novo raio de direitos permanentes ao administrado, com virtual afastamento da Lei do SUNC; ao contrário, a ideia é simplesmente estabelecer um regramento provisório enquanto pendente a efetivação da desapropriação pelo Poder Público, dada a caducidade da declaração de utilidade pública. A extensão da liberação de construções e atividades deverá ser devidamente avaliada em cada caso concreto, pela avaliação técnica detalhada da compatibilidade com os objetivos da unidade de conservação, definindo-se as medidas hábeis para conciliar temporariamente a proteção da unidade de conservação e os direitos do particular.

Em razão disso, é recomendável que os possíveis empreendimentos a serem instalados sejam obrigatoriamente sujeitos a autorização administrativa de natureza temporária.

Registre-se, ainda, que qualquer benfeitoria realizada pelo administrado, ao menos no regime transitório aqui proposto, deve correr sempre por sua conta e risco, não sendo indenizável quando sobrevier finalmente a efetiva desapropriação do bem. De fato, as futuras construções devem ser encaradas unicamente como uma forma passageira de compensação dos prejuízos do administrado em razão da demora na realização da desapropriação, sob pena de se incentivar estratégias de construir e explorar atividades com o fim de serem indenizados no futuro (observada ainda as exclusões do art. 45, III, da Lei do SNUC⁶³).

7) CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que a Administração pode, com fundamento direto na CRFB e mediante robusta fundamentação, legitimar-se em um agir para além da lei (*praeter legem*), com o objetivo de proceder a uma ponderação entre direitos fundamentais e realizar da melhor maneira possível o interesse público.

Portanto, procedendo-se a uma ponderação de interesses entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente equilibrado (tendo o princípio da proporcionalidade como fio condutor), bem como com base na analogia integrativa da regra do art. 42, §2º, da Lei 9.985/2000, **admite-se aos particulares de boa-fé o exercício do direito de construir e a**

⁶³ Lei nº 9.985/00. “Art. 45. Excluem-se das indenizações referentes à regularização fundiária das unidades de conservação, derivadas ou não de desapropriação: (...) IV - expectativas de ganhos e lucro cessante (...)”.

realização de atividades em parques, de caráter provisório e até que seja paga a devida indenização por desapropriação, desde que atendidos os requisitos:

- (i) A área do imóvel tenha sido inserida nos limites de um parque (sujeito a um regime de dominialidade pública);
- (ii) Eventuais prejuízos indenizáveis ao particular devem ter decorrido de restrições novas, pela criação do parque, e não pelo regime jurídico imposto por atos normativos preexistentes (Código Florestal, por exemplo);
- (iii) O Decreto de utilidade pública para fins de desapropriação tenha caducado (depois de 5 anos);
- (iv) Não tenha havido o apossamento administrativo do bem;
- (v) Não tenha havido desapropriação nem o pagamento da justa indenização ao proprietário.
- (vi) Que a atividade a ser exercida pelo proprietário seja de baixo impacto, a ser definida pela área técnica (sugerimos a edição de regulamento pelo órgão ambiental competente);
- (vii) Que a atividade seja compatível com o zoneamento estabelecido pelo plano de manejo da unidade de conservação;
- (viii) Que a atividade seja autorizada pelo órgão ambiental competente;
- (ix) Não haja o pagamento de indenização por desapropriação para aquelas benfeitorias que sejam construídas depois da criação do parque (nem danos emergentes, tampouco lucros cessantes).

Pensamos que essa solução é a que melhor promove o interesse público, compatibilizando os direitos dos proprietários afetados e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁶⁴.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed.. São Paulo, Malheiros, 2012.
- AMADO, Frederico. *Direito Ambiental*. 10ª ed. ver. atual. e ampl.. Salvador, Juspodvim, 2019, p. 299.
- DIAS, Edna Cardozo. *Direito ambiental no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Fórum, 2013.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Áreas Protegidas e Propriedade Constitucional*. São Paulo, Atlas, 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2012.

⁶⁴ Essa foi a solução adotada no Parecer RD nº 21/2019 INEA/PGE, da nossa lavra, aprovado pelo Procurador-Geral do Estado nos autos do processo administrativo nº E-07/002.104242/2018.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio Da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/repensando-o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-sobre-o-particular>>. Acesso em: 18. Jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 4. ed.. São Paulo, Saraiva, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização Do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Ano 4, n. 14, jul./set. 2006. Belo Horizonte, Fórum, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte, Fórum, 2016.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo – Vol. II*. 10. ed. rev. e atual. por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra, Almedina, 1999.

CALIL, Ana Luiza; CAPECCHI, Daniel. Limitação administrativa e desapropriação indireta: a linha tênue dos institutos na criação de espaços de proteção ambiental. *Revista de Direito da Administração Pública*, a. 2, v. 1, n. 2, jan/jun 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo, Atlas, 2015.

COELHO, Hebert Alves; REZENDE, Elcio Nacur. A efetiva implantação das unidades de conservação ambiental por meio da desapropriação. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 11, n. 2, ago. 2016.

CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, set. 2014. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46463>>. Acesso em: 21 Fev. 2019.

DAUDT D'OLIVEIRA, Rafael Lima. *A simplificação no direito administrativo e ambiental (de acordo com a lei nº 13.874/2019 - "Lei da Liberdade Econômica")*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed.. São Paulo, Atlas, 2015.

DINNO, Flavio. Desapropriação em matéria ambiental. In: MACHADO, Paulo Affonso; MILARÉ, Édis. *Direito Ambiental: conservação e degradação do meio ambiente* (Coleção Doutrinas Essenciais; vol.2). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*, V. 2. Revisor técnico Carlos Ary Sundfeld. Tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; LEUZINGER, Márcia Dieguez. Desapropriações Ambientais na Lei nº 9.985/2000. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord). *Direito Ambiental das áreas protegidas: O Regime Jurídico das Unidades de Conservação*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A desapropriação no direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 112, out. 1973. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37908>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

GARCIA, José Ailton. *Desapropriação: comentários ao Decreto-Lei nº 3.365/41 e à Lei nº 4.132/62*. São Paulo, Atlas, 2015.

GURGEI et al. Unidades de conservação e o falso dilema entre conservação e desenvolvimento. *Boletim Regional, Urbano e Ambiental IPEA*, n. 3, 2009. Disponível em: <http://agencia.ipea.gov.br/images/stories/PDFs/100406_boletimregio3.pdf>. Acesso em: 17. abril. 2018.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JÚNIOR, José Cretella. *Do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense.

MOTA, Mauricio. Função socioambiental da propriedade: a compensação ambiental decorrente do princípio do usuário pagador na nova interpretação do Supremo Tribunal Federal. In: MOTA, Mauricio (Coord.). *Função social do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Restrições ou limitações ao direito de propriedade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 141, jan. 1980. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43212>>. Acesso em: 20 Fev. 2019.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa, Almedina, 2003.

PIMENTEL, Douglas de Souza. *Os "parques de papel" e o papel social dos parques*. 2008. Tese (Doutorado em Recursos Florestais) - Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2008. Acesso em: 2019-05-16.

SALLES, José Carlos de. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. red. atual. ampl.. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FEMSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel; NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AI 598.360.402 – São Luiz Gonzaga). *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17, ago./dez. 2000.

Trabalho enviado em 15 de maio de 2020

Aceito em 15 de maio de 2020