

## PARECER Nº 12/92 - MARIA FERNANDA VALVERDE

*Polícia administrativa das águas estaduais e terrenos reservados. A prejudicial suscitada por alguns intérpretes do art. 20, III, da atual Constituição Federal. A titularidade dos terrenos reservados. A Faixa Marginal de Proteção: limitação administrativa. Características e alcance da limitação administrativa. Auto-executoriedade do ato administrativo. Possibilidade de acesso ao Judiciário: juízo discricionário da Administração. Código de Águas.*

1. Por envolver alguns aspectos que se inserem também na competência desta PG-7, foi-nos submetido o processo acima identificado, em que a Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e do Meio Ambiente se manifestou, através do parecer nº 6/92 - LCGC, a respeito das providências que o Estado pode adotar na recuperação de áreas atingidas pela denominada Faixa Marginal de Proteção das Lagoas indevidamente ocupadas.

1.1 - Originou-se tal parecer de consulta formulada pelo Diretor-Geral do Patrimônio Imobiliário à PG-6, em que apresentava duas situações:

1ª - ocupação de terreno atingido pela Faixa Marginal de Proteção da Lagoa de Saquarema, como realização de benfeitorias, mesmo depois de autuada pela SERLA para desfazer a primeira delas, obras não aprovadas pela Municipalidade e sem matrícula no Cartório de Registro de Imóveis;

2ª - ocupação de terreno atingido pela Faixa Marginal de Proteção da Lagoa, com benfeitorias aprovadas pela Municipalidade, registrado no Cartório do R.G.I.

1.2 - Em ambas as hipóteses, solicita o interessado que se considere a mesma situação limite para a porção de TERRENO RESERVADO, de propriedade do Estado, não atingido pela Faixa Marginal de Proteção.

1.3 - E formula dois quesitos:

1 - Pode o Estado, diretamente ou através da SERLA, promover a demolição das construções existentes na Faixa Marginal de Proteção da lagoa, no uso de seu poder de polícia?

2 - Pode o Estado promover a regularização dessas ocupações, independentemente da contrariedade à lei que representam, através da assinatura de termo de permissão de uso?

2. Antes de se enfrentar a questão específica de auto-executoriedade do ato administrativo e seus limites, há uma preliminar que não pode ser ignorada, porque diz respeito à titularidade dos terrenos reservados das lagoas estaduais, a partir da Constituição Federal de 1988.

2.1 - Com efeito, os intérpretes da Constituição divergem quanto à subsistência da titularidade dos terrenos reservados na forma estabelecida pelo Código de Águas (Decreto nº 24.693, de 10.7.34).

2.1.1 - Entende DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO que a Constituição de 1988 inovou no que tange às terras marginais (Decreto-Lei nº 9760, de 5.9.46), incluindo-as entre os bens da União (art. 20, III).

2.1.2 - Considera, o grande jurista, que houve uma expropriação constitucional, de natureza confiscatória, da qual não decorre direito de indenização aos ex-proprietários, salvo se houver benfeitorias realizadas com a anuência da União, sob o regime do referido Decreto-Lei nº 9760/46. (*Vide Curso de Direito Administrativo*, Rio, Forense, 8ª ed., p. 298).

2.1.3 - Ora, referindo-se o emérito Autor ao Decreto-Lei nº 9760, de 5.9.46 - que dispõe sobre os bens imóveis da União - poder-se-ia concluir que a expropriação mencionada se teria dado apenas em relação aos terrenos reservados em áreas da União, cuja titulação legítima pertencesse a particulares, como o prevê o Código de Águas.

Não ficou clara, no entanto essa posição.

2.1.4 - WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, ao enumerar os bens da União exemplificados pela Constituição de 1988, destaca os terrenos reservados e as ilhas fluviais, sem qualquer discriminação, como se quaisquer terrenos reservados e todas as ilhas fluviais fossem do domínio da União. (*Comentários à Constituição de 1988*; vol. 1. S.P., Julex Livros Ltda., 1989, p.414).

2.1.5 - O próprio CRETELLA JR sugere essa tese ao referir:

"Em suma, os lagos, não as margens, mas as águas, em terrenos do domínio do Estado-membro pertencem a este. São bens públicos estaduais..."

(*Comentários à Constituição de 1988*; vol. III. Rio, Forense Universitária, 1988, p. 1222).

2.2 - Prevalendo esse entendimento, os terrenos reservados (ou marginais) das lagoas do Estado não mais estariam sob sua tutela, com reflexos no seu exercício do poder de polícia sobre a orla de seu domínio hídrico.

2.3 - A rigor, se a faixa de terra que emoldura as águas estaduais for da União, frustrada ficará a ação da polícia administrativa estadual para proteção das águas do sistema lagunar, que envolve aspectos paisagísticos e ambientais, além da "preservação das condições ecológicas, hidráulicas e sanitárias da região", como o disse SABINO LAMEGO DE CAMARGO, em seu Ofício nº 23/83 - SLC.

2.4 - Por outro lado, a admitir-se pertencer à União essa faixa terrestre, revogado estaria o art. 31 do Código de Águas e toda legislação estadual dele decorrente, dependendo a fiscalização dessa área, pelo Estado, de possível celebração de convênio, caso a União não disponha recursos humanos suficientes para essa atividade.

2.5 - A aventada desvinculação da área marginal das lagoas do conteúdo hídrico impede, a meu ver, a realização da finalidade da instituição dessas áreas reservadas.

2.6 - É certo que a atual Constituição, no que tange ao domínio hídrico da União, repetiu, basicamente, o que havia na Carta de 1967 (art. 4º, II), acrescentando, todavia, a expressão "bem como os terrenos marginais e as praias fluviais" (art. 20, III).

2.6.1 - Numa interpretação diferente da que foi anteriormente exposta, entendo que os terrenos marginais e as praias fluviais referidos na atual Constituição têm como referencial os rios e lagos que se insiram no domínio da União, embora a expressão do constituinte não seja muito precisa.

2.7 - PAULO BONAVIDES, cuidando da interpretação das normas constitucionais, depois de chamar a atenção para os dois aspectos de capital importância que devem estar na reflexão do intérprete - a superioridade hierárquica das normas constitucionais e a sua natureza política - conclui:

"As relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma, costuma disciplinar, são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo político considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável". (*Direito Constitucional*. Rio, Forense, 1988, p. 297).

2.8 - E transcreve lição de AFONSO ARINOS:

"A técnica de interpretação constitucional é predominantemente finalística, isto é, tem em vista extrair do texto aquela aplicação que mais se coaduna com a eficácia social da lei constitucional. Esta interpretação construtiva permite, em determinadas circunstâncias, verdadeiras revisões de texto, sem que seja alterada a sua forma". (*in Direito Constitucional, Teoria Constitucional, as Constituições do Brasil*, Rio, 1976, p. 116, apud Paulo Bonavides, ob. cit., nota 73, p. 295).

2.9 - O conteúdo finalístico da instituição dos terrenos reservados às margens de lagoas é que me levou a interpretar o inciso III do art. 20 da Constituição diferentemente de alguns autores de nomeada.

2.10 - Na Constituição anterior, incluíam-se entre os bens do Estado os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no domínio da União (art. 5º da C.F./67).

Os Municípios já eram excluídos da partilha hídrica, não havendo rios, lagos ou lagoas municipais (Vide Diogo de Figueiredo Moreira Neto, p. 302).

2.11 - A atual modificou a linguagem até então utilizada, para estabelecer que se inserem entre os bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União e as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União (art. 26, I e III).

2.11.1 - As águas superficiais e as subterrâneas constituem as águas terrestres, em oposição às águas marítimas e pluviais. Dentre as águas terrestres superficiais se incluem as nascentes, os rios e os lagos (vide *Enciclopédia Saraiva de Direito*, 1977, vol. 5, p. 468).

2.12 - Não obstante a expressão inovadora e pouco clara do texto constitucional, não tenho qualquer receio em afirmar que continuam sendo do Estado-membro os lagos e rios que se contêm totalmente em terrenos de seu domínio, tal como na Constituição anterior.

2.13 - Nesse sentido, WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA afirma

"A linguagem usada pelo constituinte de 88 foi apenas mais complicada, gongórica, fugindo da técnica jurídica. Ao invés de usar a palavra *rio* preferiu dizer águas superficiais fluentes. Complicou o que não era necessário. Em resumo, continuam a pertencer aos Estados-membros os mesmos bens que lhe haviam sido atribuídos pela Constituição de 1967".

(*Comentários à Constituição de 1988*, vol. 1, S.P., Julex Livros Ltda., 1989, p. 414).

2.14 - Do mesmo modo, entendo que, embora não constasse na Constituição anterior que as águas em depósito localizadas em terreno do Estado a ele pertenceriam, defluiu essa compreensão do próprio sistema adotado de enunciação exemplificativa; aliás repetido na atual, que apenas ampliou os exemplos dos bens que se incluem no domínio da União (de 6 incisos no art. 4º da C.F./67 para 11, no art. 20 da C.F./88).

2.15 - A interpretação proposta - vinculação dos terrenos reservados aos lagos, rios e quaisquer correntes de propriedade da União (C.F., art. 20, III) - preserva o domínio do Estado e interesses de toda a ordem sobre as áreas contíguas aos lagos e rios contidos em seu território.

2.16 - O grande constitucionalista PINTO FERREIRA introduziu o comentário a respeito do domínio hídrico com o seguinte título:

"O domínio sobre as águas envolve aquele outro sobre as margens e o álveo".  
(Comentários à Constituição Brasileira, 1º vol., S.P., Saraiva, 1989, p. 468).

2.16.1 - E interpreta o controvertido art. 20, inciso III, da Constituição nos seguintes termos: "As praias fluviais também pertencem à União, do mesmo modo que os terrenos marginais aos lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendem a território estrangeiro, ou dele provenham. (C.F., art. 20, III)" ob. cit. - p. 486.

2.17 - O já citado J. CRETELLA JR, que em texto anterior induzira à exclusão das terras contiguas aos lagos estaduais do domínio do Estado, mais adiante se expressa de modo que sugere a correlação entre os terrenos reservados e as águas que eles margeiam, senão vejamos:

"Os terrenos que ficam ao lado dos rios ou lagos, ou seja, os terrenos marginais e as praias fluviais, são, como os respectivos lagos e rios, classificados como bens públicos federais de uso comum".  
(Comentários à Constituição de 1988, vol. III, Rio, Forense Universitária, 1988, p. 1230).

2.17.1 - Se são esses terrenos e praias "respectivos" a determinados lagos e rios, têm a mesma dominialidade: terrenos reservados e praias fluviais são da União quando margeiam lagos e rios federais; e serão estaduais, nos termos do art. 31 do Código de Águas.

"Pertencem aos Estados os terrenos reservados às margens das correntes e lagos navegáveis, se, por algum título, não forem do domínio federal (...) ou particular."

2.18 - Anteriormente, o mesmo Código de Águas explicitara a natureza jurídica desses terrenos:

Art. 11 - São públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular.

1º .....

2º os terrenos reservados nas margens das correntes públicas de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie (...)

2.19 - E o art. 14 conceitua os terrenos reservados (ou marginais) como os que "banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros para a parte da terra, contado desde o ponto médio das enchentes ordinárias."

2.20 - Se expropriação houve pela atual Constituição, portanto, foi de terrenos reservados que não pertenciam à União, à beira de lagos de seu domínio e sobre os quais possuía então simples servidão.

2.21 - Permanecendo, a nosso ver, o Estado com a titularidade dos terrenos reservados às margens de seus lagos e lagoas, se não houver título legítimo de particular, pode-se avaliar a questão objetivamente provocada pelo Diretor do Patrimônio Imobiliário. Antes, porém, por uma questão de justiça, devo mencionar que tive, posteriormente ao exame do tema, conhecimento de que o Dr. LUIZ CARLOS GUIMARÃES CASTRO, em seu parecer nº 4/89-LCGC, aprovado pelo Procurador-Geral da época, defendeu a mesma tese, com referência aos terrenos marginais dos rios.

3. Partindo da Constituição Federal, no que concerne aos aspectos ambientais conexos ao domínio hídrico, seu art. 23 estabelece que a competência administrativa é

comum das entidades federadas, para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI).

3.1 E o art. 24 da Carta Magna prevê a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal sobre "conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição" (inc. VI), além dos temas "proteção ao patrimônio (...) turístico e paisagístico" (inc. VII) e "responsabilidade por dano ao meio ambiente (...), a bens e direitos de valor (...) turístico e paisagístico" (inc. VIII). Neste caso, a União se limitará a impor normas gerais, cabendo aos Estados estabelecer normas específicas.

Em capítulo dedicado ao Meio Ambiente, estabelece que "incumbe ao Poder Público definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos (...), vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção" (art. 225, inc. III).

4. A Constituição do Estado, a exemplo da Federal, reservou um Capítulo (Capítulo VIII do Título VII) para estabelecer as diretrizes necessárias ao alcance do meio ambiente "ecologicamente saudável e equilibrado" (art. 258).

4.1 Em seu art. 265, considerou como áreas de preservação permanente, dentre outras, as lagoas (inciso I), as faixas marginais de proteção de águas superficiais (inciso III), além das áreas de interesse (...) paisagístico (inciso V).

4.2 Já o art. 267 da Constituição Estadual veda a transferência, a qualquer título, para particulares de terras públicas ou devolutas de interesse para a proteção ambiental.

4.3 - E desde logo proíbe a criação de aterros sanitários à margem de rios, lagos, lagoas, manguezais e mananciais (art. 275).

5. O Decreto-Lei estadual nº 134, de 16.6.75, dispõe sobre a preservação e controle do Meio Ambiente, estabelecendo, em seu art. 1º, o conceito de "poluição", em termos bastante elásticos, abrangendo, inclusive, a alteração do meio ambiente por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que "ocasionem danos (...) ao equilíbrio ecológico, às propriedades públicas e privadas ou à estética" (inc. III) e não estejam em harmonia com os arredores naturais (inc. IV). E acresce, o parágrafo único, que se consideram como meio ambiente todas as águas interiores ou costeiras, superficiais ou subterrâneas, o ar e o solo.

6. O Decreto nº 2.330, de 8.1.79, regulamentou em parte esse Decreto-Lei 134, de 16.6.75, e instituiu o Sistema de Proteção dos Lagos e Cursos d'água do Estado do Rio de Janeiro, disciplinando, inclusive, a aplicação de multas.

7. Posteriormente, a Lei nº 650, de 11.1.83, dispõe sobre a Política Estadual de defesa e proteção das bacias fluviais e lacustres do Rio de Janeiro, inclusive das terras marginais às coleções de águas do domínio estadual, "visando à preservação do meio ambiente e da utilização racional dos recursos naturais do Estado."

7.1 - Essa lei revogou o Decreto nº 2.330, de 8.1.79, nos assuntos de que tratou.

8. Dentre os instrumentos de controle do sistema de proteção dos lagos e cursos d'água, aponta, a referida lei, no art. 3º, a Faixa Marginal de Proteção (FMP). E atribui à SERLA a competência para demarcar essa Faixa, nos limites da definição contida no art. 2º da Lei 4.771, de 15.9.65, obedecidos os princípios contidos no art. 1º do referido Decreto-Lei nº 134, de 16.6.75 e arts. 2º e 4º da Lei nº 6.938, de 31.8.81 (dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente), na largura mínima estabelecida no art. 14 do Decreto nº 24.643, de 10.6.34 (Código de Águas), transcrito anteriormente.

8.1 - Essa Faixa - de 25 metros - abrange os 15 metros dos terrenos reservados, que podem ser do domínio do Estado ou de particulares por legítimo título (embora remotíssima essa possibilidade).

8.2 - Atribuiu competência à SERLA para exercer o poder de polícia e medidas técnico-administrativas sobre as terras marginais e cursos ou coleções de água do domínio estadual, sobre as faixas marginais de servidão pública e sobre os álveos dos cursos de águas, lagoas e seus estuários.

8.3 - Quaisquer obras ou serviços que interfiram nos lagos, terrenos reservados, canais, nas faixas marginais de proteção já demarcadas pela SERLA deverão ser previamente submetidas à Fundação, com a apresentação dos projetos, e obter, o interessado, a necessária autorização para poder iniciar a execução da obra ou serviço.

9. Aqui está o fundamento legal para essa limitação administrativa imposta pelo Estado aos terrenos atingidos pela Faixa Marginal de Proteção: Lei estadual nº 650, de 11.1.83 e legislação correlata, com apoio no art. 572 do Código Civil.

10. HELY LOPES MEIRELLES, em seu clássico *Direito de Construir* (S.P., Revista dos Tribunais, 1983, p. 70) conceitua a limitação administrativa:

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

10.1 - E ressaltando serem preceitos de ordem pública, o mesmo Autor elucida que as limitações administrativas "derivam", comumente, do poder de polícia inerente e indissociável da Administração (...) - *idem, ibidem*.

10.2 - Ainda o consagrado Autor:

"É sabido que *ninguém adquire direitos contra o interesse público*, que prevalece sempre sobre o interesse privado. Pode, pois, a Administração Pública, a todo tempo, fazer cessar as atividades ou obras particulares licenciadas, que se apresentem em desacordo com as normas legais ou regulamentares, ou que, por motivos supervenientes passem a prejudicar o interesse coletivo. Neste último caso, revogado o alvará, fica o Poder Público no dever de indenizar os danos suportados pelo particular com a cessação da atividade ou com a paralisação e demolição da obra, cujo exercício ou construção foi até então permitido. Se, porém, o alvará for cassado por estar o titular descumprindo a lei ou o regulamento, nenhuma obrigação de indenizar resulta para o Poder Público. O que convém fixar é que o alvará não poderá nunca ser invocado pelo particular para violar a lei ou o regulamento que estabelecem restrições de ordem pública ao exercício de certos direitos e atividades, subordinando-os à aquiescência prévia e à permanente fiscalização dos órgãos competentes."

(*Direito de Construir*, p. 81).

10.3 Segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, a limitação administrativa é a "intervenção ordinária, abstrata e geral do Estado na propriedade e na atividade privadas, limitativa do exercício de liberdades e de direitos, gratuita, permanente e indelegável." (*Curso de Direito Administrativo*. Rio, Forense, 8ª ed., p. 315).

10.4 - E acrescenta:

"Esse tipo de intervenção visa dimensionar e condicionar o exercício de liberdades, de direitos e de garantias individuais, notadamente o exercício do direito de propriedade, ao bem-estar coletivo; por isto, o atendimento à *ordem* contida na

limitação vem a ser a *conditio iuris* do exercício do próprio direito limitado. Sem esse atendimento, o exercício se torna ilícito e ensejará a intervenção sancionatória, que se apresentará, assim, como um *segundo grau de intervenção estatal*." (ob. cit., p. 315).

10.5 - Uma advertência faz o mesmo Autor:

"Finalmente, impende sublinhar que as limitações administrativas só podem ter assento em lei, *ato geral*, do Poder Legislativo, mas sem que imponham restrição tal que torne inútil o direito restringido, pois, se isso ocorrer, a pretexto de impor limitação, o Poder Público estaria virtualmente expropriando o direito sacrificado." (ob. cit., p. 317)

10.6 - Na mesma linha, Hely Lopes Meirelles elucida que a preservação dos recursos naturais se faz pelas limitações administrativas de uso, "gerais e gratuitas, sem impedir a normal utilização econômica do bem, nem retirar a propriedade do particular, ou pela desapropriação, individual e remunerada de determinado bem, transferindo-o para o domínio público e impedindo a sua destruição ou degradação." (*Direito de Construir*, p. 182).

10.7 - SABINO LAMEGO DE CAMARGO, em parecer consubstanciado no Ofício 23/83-SLC, comentando minuta de decreto que aprovava os limites da Faixa Marginal de Proteção de determinado sistema lagunar, também alertou:

"... a função preservativa da vegetação da orla das lagoas só agora está sendo definida através da delimitação da faixa (...). Até então, somente nos terrenos reservados do domínio do Estado ao redor das lagoas, na largura de 15 metros, é que a vegetação natural existente na região era insuscetível de supressão. Conseqüentemente, somente nessa área, pelo menos, estavam proibidas atividades (...), como por exemplo, abertura de logradouros, construção de prédios, desmembramento ou loteamentos destinados a edificações. Desse modo, a partir da data da publicação do decreto (...) as situações existentes na área excedente aos 15 metros da orla das lagoas deverão ser respeitadas, sob pena de o Estado ser judicialmente compelido a pagar as indenizações a que for condenado. Possivelmente existem na região lotes legitimamente constituídos e que serão abrangidos na sua totalidade ou em parte substancial pela faixa *non aedificandi* ora definida, perdendo assim inteiramente sua função e seu valor econômicos. É caso típico de desapropriação indireta pela qual a autoridade que impõe o ônus deve responder."

11. Observe-se que os chamados *terrenos reservados* do Estado (faixa inicial de 15 metros contados a partir da orla da lagoa), cuja propriedade é pública, inusucapível, atribuem a quaisquer benfeitorias neles erigidas a qualidade de clandestinas e, por isso mesmo, ilegais.

11.1 - Essa a conclusão do Dr. LUIZ CARLOS GUIMARÃES CASTRO, quando afirma que a ação do Poder Público contra as ocupações irregulares das faixas de domínio público é compulsória, e nesse caso, "legítima se apresentaria a utilização do privilégio da auto-executoriedade dos atos de poder de polícia do domínio público, cabível a demolição das construções existentes na faixa de terrenos públicos incluída na FMP das lagoas" (fls. 50).

12. Percebe-se, então, que a limitação administrativa imposta à Faixa Marginal de Proteção, a toda evidência, não se dirige ao terreno reservado de domínio público (art. 11 c/c

art. 14 do Decreto 24.643/34), insuscetível de ser apropriado por particular, mas ao titular do terreno privado atingido por essa Faixa.

12.1 - Se as construções nessa faixa forem incompatíveis com o objetivo da limitação de proteger o corpo d'água, caberão providências para demoli-las, restando incólume a natureza jurídica de propriedade privada, apenas com o gravame incidente sobre aquela faixa de 10 metros contíguos ao terreno reservado, se este for do domínio estadual. Sendo de domínio privado, o terreno reservado estará incluído na limitação administrativa.

13. E de que forma proceder ao cumprimento da limitação e quais as eventuais conseqüências da intervenção do Poder Público?

13.1 - Há situações diferentes.

13.1.1 - Se as construções forem legalizadas e anteriores à demarcação da FMP pela SERLA, poderá o Estado providenciar a demolição, ante o prevalente interesse público, mas terá o proprietário direito a indenização do valor das benfeitorias desfeitas.

13.1.2 - Se a construção, ainda que anterior à demarcação da Faixa Marginal de Proteção, não tiver sido legalizada até à data da imposição da limitação administrativa, o Estado pode tentar eximir-se de indenizar as benfeitorias desfeitas, alegando sua qualidade de clandestinas.

13.1.3 - Se as construções nessa faixa ocorreram após a fixação da FMP, contrariaram a determinação legal, não cabendo qualquer indenização pelas benfeitorias demolidas.

14. Indaga-se, a esta altura, se pode o Estado, por seus próprios meios, proceder a demolição, ou deve recorrer à tutela jurisdicional.

14.1 - É característica do ato administrativo de polícia a auto-executoriedade.

Diz SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA:

"A execução forçada na via administrativa é princípio geral do Direito Administrativo e só cede lugar à necessidade de a Administração recorrer ao Judiciário, quando há texto legal expresso neste sentido.

É importante assinalar que, em certas hipóteses, a lei prevê ações a serem propostas pelo Estado, mas em caráter alternativo, ou seja, aquele poderá optar entre agir *manu militari* ou recorrer à Justiça (cf. art. 302, XI, do antigo CPC; arts. 58 e 59 do Código de Águas)."

(Direito Administrativo Didático. Rio, Borsoi, 1979, p. 138).

14.1.1 - Relaciona, o mesmo Autor, as exceções ao princípio da auto-executoriedade dos atos administrativos, quando há necessidade de a Administração recorrer ao Judiciário:

- a) desapropriação;
- b) cobrança da dívida ativa;
- c) poder estatal de punir quem cometeu crime ou contravenção;
- d) em matéria de poder disciplinar, a demissão de funcionário vitalício (art. 95, I, da C.F.);

e) no campo do poder de polícia, a dissolução de associações e extinção unilateral de fundações (art. 5º, XIX, da C.F.; Decreto-Lei nº 9.085, de 25.3.46 e art. 1.204 do CPC);

f) no tocante à repressão ao abuso do poder econômico, o recurso ao Judiciário, pela Administração Pública, prevista no art. 47 da Lei nº 4.137, de 10.9.62. (ob. cit., p. 139).

14.2 - Na expressão do saudoso HELY LOPES MEIRELLES:

"A auto-executoriedade do ato de polícia administrativa é hoje reconhecida uniformemente pela doutrina. Quando se diz que o ato de polícia é auto-executório, pretende-se significar que ele traz em si mesmo a possibilidade de execução direta e imediata pela Administração. Em regra, para a prática do ato de polícia administrativa não há necessidade de prévia apreciação e decisão judiciária. A Administração fá-lo executar com seus próprios meios, garantida pela força pública, se necessário, ainda que o ato importe em apreensão ou destruição de coisas, embargo de construção, demolição de obras, interdição de atividade e o que mais se contiver na competência da autoridade administrativa que o determina." (Direito de Construir, p. 84).

14.2.1 - O mesmo Autor refere que o Tribunal de Justiça, de São Paulo, em Sessão plenária, decidiu que "em se tratando de ato de polícia administrativa, nenhuma procedência tem a objeção de que a execução sumária pela Administração Pública pode lesar o indivíduo na sua liberdade ou no seu patrimônio". E transcreve a conclusão do acórdão:

"Exigir-se prévia autorização do Poder Judiciário equivale a negar-se o próprio poder de polícia administrativa, cujo ato tem de ser sumário, direto e imediato, sem as delongas e complicações de um processo judiciário prévio." (Direito de Construir, p. 85).

14.2.2 - Notícia que essa decisão está publicada no TJ-SP, RT 183/823; havendo, no mesmo sentido, outras decisões do TJ-SP, nas RT 186/325, 210/161 e 227/136.

14.2.3 - Comentando o disposto nos arts. 287 (pedido cominatório), 934 (ação de nulificação de obra nova) e 936 (pedido de embargo e demolição de obra, cumulado com o de cominação de pena para o caso de inobservância do preceito), todos do Código de Processo Civil, alerta para a não obrigatoriedade de o Poder Público se valer desses expedientes, invocando até mesmo decisão do Supremo Tribunal Federal (R.F. 124/438), no sentido de que "no exercício regular da autotutela administrativa pode a Administração executar diretamente os atos emanados de seu poder de polícia, sem utilizar-se de pedido cominatório que é posto à sua disposição em caráter facultativo." (Direito de Construir, p. 85).

14.3 - No que tange à mais grave das sanções de polícia administrativa - a demolição compulsória de obra - além de recomendar prudência em sua aplicação, HELY LOPES MEIRELLES distingue a demolição de obra licenciada da de obra clandestina.

14.3.1 - Quanto à primeira, exige a desconstituição regular do alvará, em processo em que se assegure ampla defesa ao interessado, com o objetivo de anular (por ilegalidade em sua obtenção), cassar (por descumprimento incorrigível do projeto durante a execução da obra), revogar (por motivo de interesse público que exija a não realização da obra licenciada), sendo que, nesta última hipótese, a Prefeitura indenizará o que ficou privado da construção.

14.3.2 - Já a demolição de obra clandestina "pode ser efetivada mediante ordem sumária da Prefeitura, porque em tal caso o particular está incidindo em manifesto ilícito administrativo, com o só ato de frustrar a apreciação do projeto, que é pressuposto legal de toda construção." (Direito de Construir, p. 174).

14.3.3 - E prossegue o grande administrativista:

"O ato ilegal do particular que constrói sem licença rende ensejo a que a Administração use do poder de polícia que lhe é reconhecido, para embargar, imediata e sumariamente, o prosseguimento da obra, e efetivar a demolição do que estiver irregular, com seus próprios meios, sem necessidade de um procedimento formal anterior, porque não há licença ou alvará a ser invalidado. Basta a

constatação da clandestinidade da construção, pelo auto de infração, para o imediato embargo e ordem de demolição." (Direito de Construir, p. 174).

14.3.4 - Refere, o Autor, a possibilidade de a Administração recorrer à via judicial:

"O embargo de obra clandestina pode ser feito por via administrativa ou judicial. A Administração Pública tem a faculdade de execução de seus próprios atos, sem recorrer ao Judiciário, máxime quando emanam do poder de polícia e visam a preservar os altos interesses da coletividade. (...) Só a Administração pode optar entre o processo administrativo e o judicial, porque aquele é o instrumento normal de sua atuação, e este o mecanismo excepcional de controle do procedimento do executivo (...) Por cautela, e não havendo urgência, é que o embargo e a demolição da obra poderão ser submetidos à prévia apreciação judicial, antecipando-se o ingresso do particular na Justiça e forrando-se a Administração dos eventuais riscos de uma atuação discricionária." (Direito de Construir, p. 271).

14.3.4 - Comentando os já citados artigos de que se infere o pedido cominatório pela Administração Pública - art. 934, inciso III e art. 936, incisos I e II do CPC - HELY LOPES MEIRELLES critica a falta de clareza da expressão usada, que nada mais é senão "a postulação cominatória encaixada na ação de renúncia de obra nova", para acrescentar:

"Nessa especificação, aliás, o relator do Código cometeu outro deslize, ao referir-se unicamente ao Município (art. 934, III), quando deveria mencionar genericamente o Poder Público, pois não é admissível que a União, o Distrito Federal, os Estados (...) não tenham ação e cominação contra obras de terceiros que contravenham suas leis e regulamentos, e prejudiquem seus bens e serviços." (ob. cit., p. 302).

14.3.5 - Reitera, todavia, a possibilidade de a Administração exercer seu poder de autotutela: "Observamos, porém, que a via cominatória é facultada e não imposta ao Poder Público, para impedimento de atividade e demolição de obras ilegais do particular, pois é certo que a Administração pode valer-se da interdição e do embargo administrativo, executando diretamente as suas decisões de repressão às construções irregulares ou clandestinas, e às obras que ofereçam perigo iminente à coletividade, independentemente de ordem judicial." (ob. cit., p. 303).

14.4 - DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO também alerta para a regra da executoriedade do ato administrativo, diferentemente da execução da vontade privada, a qual depende da intervenção do Judiciário:

"Já no Direito Público, em especial no Direito Administrativo, a executoriedade é o princípio que, em regra, informa a atuação da Administração, de modo que só excepcionalmente necessitará de prévio acerto jurídico de seus atos pelo Judiciário ou de valer-se dos canais de execução próprios deste Poder, como ocorre, por exemplo, na execução fiscal, na desapropriação, na extinção de associações ilícitas ou na intervenção em empresas monopolistas." (Curso de Direito Administrativo, Rio, Forense, 8ª ed. p. 82).  
E conclui:

"A executoriedade é, portanto, a regra e só cede ante limitação legal específica, esta sim que atribuiria uma execução de prévio acerto judicial como garantia do administrado." (ob. cit., p. 83).

14.4.1 - Não admite, no entanto, o Autor a discricionariedade da Administração na via para atingir seus fins:

"A executoriedade não é uma faculdade da Administração, que ela poderá usar ou não a seu talante, mas um poder-dever. Executar seus atos sem prévio acerto (ou consulta) ao Judiciário não é escolha que lhe caiba, pois não é função do juiz a consultoria administrativa.

As Administrações, lembra HELY LOPES MEIRELLES, se mostram tímidas quando devem empregar esse poder que lhes é inerente. Receio, quando não ignorância, fá-las recorrer ao Judiciário para cumprir atos tipicamente executórios; nesses casos, falta-lhes legitimidade *ad causam*, não devendo prosperar tais ações." (Curso de Direito Administrativo, p. 112).

14.4.2 - Também ele adverte que as exceções à executoriedade são de direito estrito, decorrendo, todas, de expressa previsão legal. Para esses casos "a Administração tem legitimidade *ad causam* para demandar o prévio acerto, pelo Poder Judiciário, da legalidade de sua pretensão." (ob. cit., p. 112).

15. A eventual divergência doutrinária quanto à compulsoriedade, ou não, do recurso à tutela jurisdicional pela Administração acaba se revelando, no caso, sem maior importância.

Com efeito, o próprio Código de Águas, em seu art. 58, trata de autotutela da Administração Pública, para repor, "incontinenti", por sua própria força e autoridade, no seu antigo estado, as águas públicas, bem como o seu leito e margem, ocupados por particulares ou mesmo pelos Estados ou Municípios, quando essa ocupação resultar de violação de lei, regulamento ou ato da administração; ou o exigir o interesse público, mediante indenização, se a lei não a tiver excluído expressamente.

Permite a lei, todavia, o acesso da Administração à tutela jurisdicional, se julgar conveniente, seja no juízo possessório, seja no juízo petitorio (art. 59 do Decreto nº 24.643/34).

16. O ilustre Dr. LUIZ CARLOS GUIMARÃES CASTRO usou de sua experiência administrativa e do seu grande embasamento teórico para responder aos quesitos formulados pelo Diretor do JPI.

Na verdade, o seu parecer se caracteriza pela ponderação e equilíbrio.

17. Em síntese, no que tange aos terrenos reservados de propriedade do Estado, na faixa de 15 metros, situam-se no poder de polícia do domínio público, pelo que, erigidas, neles, construções pelos particulares, a autotutela da Administração sobre seus bens se impõe, cabendo a demolição compulsória. Recomenda, todavia, o parecerista a observância de limites a essa atuação: a verificação da urgente necessidade pública, de perigo iminente, da ineficácia da via judicial para a consecução do fim visado e o grave comprometimento da finalidade do ato com a demora na obtenção da medida judicial (fls. 50).

17.1 - Nesse aspecto, tenho um ponto de vista mais rigoroso, já manifestado, inclusive, em parecer (Ofício nº 3/88-MFV), do qual extraio o seguinte trecho:

"A obra objeto de embargo não possuía licença, nem poderia tê-la, por estar sendo edificada em bem público, configurando-se, desse modo, a impossibilidade de vir a

legalizar-se. Tal construção *contraria o interesse coletivo, demandando efetivas medidas da autoridade administrativa que recomponham o domínio público na sua real dimensão.*"

(Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 41, p. 263).

18. Quanto aos *terrenos particulares abrangidos pela Faixa Marginal de Proteção*, quaisquer obras neles realizadas não de ser aferidas em relação à data da fixação da limitação administrativa. As obras anteriores, se interessar ao Poder Público sua demolição, devem ser indenizadas; as posteriores, por contariarem disposições de lei, não têm essa garantia.

18.1 - Nesse caso, embora a Administração possa agir por seus próprios meios, recomenda-se uma avaliação das conseqüências de ordem patrimonial, principalmente quando a obra foi legalmente realizada antes da demarcação da Faixa de Proteção Ambiental. Mas até nesta última hipótese, a urgente necessidade de proteção a interesse público relevante justificaria a execução compulsória pela própria Administração.

18.2 - A cautela da Administração na escolha dos meios para fazer valer o cumprimento das limitações administrativas vai depender da situação de cada imóvel em relação às modificações que opere no meio ambiente, afetando o interesse público.

Como diz SABINO LAMEGO DE CAMARGO, Procurador do Estado que tanto engrandeceu esta Casa:

"...a legislação sobre proteção do meio ambiente não tem como objetivo eliminar a atividade privada, mas, ao contrário, visa a compatibilizá-la com a necessidade de preservação ambiental, de modo a manter as condições de um saudável desenvolvimento sócio-econômico".

(Lei nº 6.938, de 31.08.81, art. 2º) - Ofício nº 23/83 - SLC.

18.3 - Se necessária a demolição de prédio construído em terreno particular atingido pela FMP, *demarcada posteriormente à obra*, não havendo emergência, recomenda-se a via judicial, até para a fixação da indenização das benfeitorias a serem desfeitas. Caso a FMP atinja a totalidade do terreno ou o torne economicamente inaproveitável, e sendo imprescindível a derrubada das construções nele erigidas, o remédio adequado será a desapropriação.

19. Quanto a terrenos e benfeitorias incluídos no FMP, e registrados no Registro Geral de Imóveis, deve ser averiguada a legalidade desses registros, para a posterior anulação, se for o caso; até porque o Código de Águas admite a possibilidade de haver títulos privados legítimos em relação a terrenos da orla das lagoas (embora se nos afigure remota essa existência).

20. A segunda questão do Diretor do Patrimônio Imobiliário - possibilidade de regularização das ocupações da FMP das lagoas, através de termos de permissão de uso, também foi abordada com muita precisão pelo Procurador LUIZ CARLOS GUIMARÃES CASTRO.

20.1 - Na verdade, a permissão de uso só pode dar-se em relação a terrenos do Estado, em princípio os terrenos reservados, na faixa de 15 metros, que, por título legítimo não pertençam a particular.

20.2 - Esses terrenos, todavia, não podem ter uso destoante daquele imposto para a Faixa Marginal de Proteção, não porque foram por ela abrangidos, mas porque estão eles mais diretamente afetos ao controle do sistema de proteção dos lagos e cursos d'água.

20.3 - Desse modo, a permissão de uso de terrenos reservados, para ser deferida, deveria sujeitar-se a todas as restrições impostas pela SERLA para a utilização das margens das lagoas.

20.4 - Sucede que a Constituição Estadual, em seu art. 265, inciso III, ao considerar as faixas marginais de proteção de águas superficiais *áreas de preservação permanente*, vedou a possibilidade de qualquer regularização de benfeitorias edificadas por particulares em terrenos reservados do Estado, e até das construções em área particular atingida pela mencionada Faixa, após sua demarcação.

20.5 - Assim, penso assistir razão ao Procurador LUIZ CARLOS GUIMARÃES CASTRO, quando refere que esse dispositivo da Constituição Estadual - art. 265, III - induz à intangibilidade dessas faixas, ainda mais em se cuidando de construção de benfeitorias, pelo que se vislumbra a impossibilidade de se regularizar, através de eventuais permissões de uso, quaisquer ocupações indevidas desses terrenos, mormente quando essas construções se fizeram de um dia para o outro, na clandestinidade e até mesmo contrariando anterior auto de infração da SERLA.

21. Por último, registro que no relatório geral da Procuradoria Geral do Estado referente ao mês de abril de 1992, consta que "prosseguem as ações possessórias contra atos derivados do poder de polícia da SERLA, mantendo o Estado a tese, na espécie, de legitimidade da demolição de construções irregulares às margens de lagoas navegáveis e cursos d'água" (Ofício nº 266/92 - PG).

22. Essas considerações se fizeram apenas em decorrência da questão prejudicial suscitada por intérpretes da Constituição Federal de 1988, no que tange à titularidade dos terrenos reservados das lagoas, e que não podíamos deixar de lado.

É o que submeto à consideração de V.Exa.

Atenciosamente

MARIA FERNANDA VALVERDE

Procuradora do Estado

VISTO. DE ACORDO

Com sua linguagem clara e escorreita, a ilustre Procuradora Maria Fernanda Valverde galardo a este processado com uma excelente peça de direito público, enfrentando tanto o tema preliminar, da titularidade do domínio dos *terrenos marginais*, quanto aos temas de fundo, de exercício do poder de polícia.

Tenho, sobre ambos, as posições referidas pela Parecerista. No que toca aos terrenos marginais, todavia, faltou-me, na menção que lhes fiz em meu *Curso de Direito Administrativo* (Forense, 1992, 10ª ed.), esse dom que a ela não falta: a clareza.

Com efeito, ao indicar a expropriação confiscatória, operada pelo art. 20, III, da Constituição de 1988, sobre os terrenos marginais, antes, servidões públicas instituídas pelo Código de Águas, tinha em mente apenas aqueles terrenos que *margeiam as águas públicas da União*, pois é delas - e apenas delas - que trata o referido inciso terceiro.

Como não foram tocados, os terrenos marginais às águas públicas estaduais, permanecem no regime infraconstitucional pré-existente, como *servidões públicas estaduais*.

Quanto à *executoriedade*, sigo, na alentadora companhia do saudoso HELY LOPES MEIRELLES, com o entendimento de que, por ser princípio inerente à atividade

estatal de administração pública, e uma qualidade do poder do Estado que só por sua própria vontade, expressa em lei, se excepciona, o que não é, como demonstrado, o caso de ocupações clandestinas em áreas que, por sua natureza, as torna insanáveis.

Ao Gabinete.

Em 25 de agosto de 1992.

**DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO**  
Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa