
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 1-255, abr./jun. 2005

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzi
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros
CRB 1545/MG 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo Território Nacional

A Perfuração do Túnel do Metrô sob Imóveis Urbanos: Hipótese de Mera Limitação à Propriedade

Carlos Ari Sundfeld

Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP e da Escola de Direito da FGV-SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público. Sócio de Sundfeld Advogados

Rodrigo Pagani de Souza

Mestrando em Direito do Estado na Faculdade de Direito da USP. Coordenador Executivo do Curso de Direito das Cidades da Sociedade Brasileira de Direito Público. Advogado associado de Sundfeld Advogados

Sumário: Introdução - **I** O direito de propriedade é essencialmente limitado - **II** Limitações ao uso do subsolo pelo proprietário - **III** Limitações e sacrifícios do direito de propriedade - **IV** Análise da situação objetiva do uso do subsolo de imóvel urbano para a implantação de túnel do metrô - Síntese das conclusões

Introdução

Um dos grandes desafios do Poder Público no tocante à prestação do serviço público de transporte metroviário de passageiros é, certamente, promover a expansão da infra-estrutura física do serviço, com vistas a ampliar o atendimento à população.

Esta expansão do serviço se faz, obviamente, à custa de obras na superfície e, principalmente, no subsolo da cidade. Geralmente é a construção das *estações* da linha metroviária que demanda obras em solo e subsolo ao mesmo tempo. Nesses locais surge a necessidade de desapropriação dos imóveis da superfície — para a instalação do canteiro de obras, a construção da estação e de seus acessos, a construção de prédios para interligá-la a outras modalidades de transporte de superfície (como ônibus e trens ferroviários), etc. Por outro lado, a escavação dos *túneis* do metrô propriamente ditos, feita exclusivamente no subsolo, não gera — como regra — a necessidade de desapropriação de qualquer imóvel da superfície, já que deles é completamente desatrelada.

Nesse último caso — o da implantação dos *túneis* do metrô — pode surgir alguma dúvida quanto ao tratamento jurídico aplicável a certas repercussões da escavação sobre o direito dos proprietários de imóveis situados na superfície. É que os túneis do metrô passam, inevitavelmente, pelo subsolo de diversos imóveis espalhados pela cidade. Surge, então, a

seguinte questão jurídica: será que a construção desses túneis restringe o direito de propriedade sobre tais imóveis a ponto de gerar aos proprietários o direito a uma correspondente indenização?

O objetivo do presente estudo é enfrentar essa questão.

A importância do tema é ímpar, dados os seus possíveis impactos sobre o custo do serviço de transporte metroviário de passageiros. De fato, a questão traduz legítima preocupação com eventual entendimento de que o proprietário de imóvel urbano teria direito à indenização pelo simples fato do uso de seu subsolo para passagem de linha do metrô, ou, ainda, por toda e qualquer repercussão econômica negativa que tivesse que suportar por força desse uso. A prevalecer esse entendimento, os custos a serem suportados para a implantação de uma linha de metrô aumentariam sensivelmente, dada a necessidade de indenizar, ao longo de toda a extensão da linha, todo proprietário cujo subsolo fosse utilizado ou de alguma maneira sofresse a indesejada repercussão.

Para enfrentar esta questão vital para o serviço público em tela, o presente estudo está dividido em quatro partes. A primeira (tópico I) dedica-se à demonstração, à luz do Texto Constitucional, de que o direito de propriedade sobre imóvel urbano *é essencialmente limitado* — seja em virtude das limitações administrativas à propriedade, seja por força do princípio da função social da propriedade. Nela pretende-se afastar a idéia de que o direito de propriedade sobre imóvel urbano abrangeria o uso irrestrito do respectivo subsolo.

Numa segunda etapa (tópico II), o objetivo é explicitar qual a grande *limitação* à propriedade de imóvel urbano no que tange à faculdade de uso do seu subsolo. Faz-se, em seguida (tópico III), a distinção entre as *limitações administrativas* e os *sacrifícios ao direito* de propriedade. Aponta-se, ainda, a distinção entre limitações decorrentes de *fato estatal* daquelas limitações decorrentes de *norma estatal*.

Numa quarta etapa (tópico IV), as considerações feitas nas três etapas anteriores são diretamente aplicadas à situação objetiva em estudo, consistente na implantação de linhas de metrô no subsolo de imóveis urbanos. Busca-se demonstrar, neste ponto, que, à luz do Direito em vigor, tal situação caracteriza — salvo casos especialíssimos — mera limitação administrativa ao direito titularizado pelo proprietário, que, como todas de mesmo gênero, não acarreta dano indenizável. Em outras palavras, busca-se elucidar a resposta à questão central do presente estudo, que, em

sua essência, pode ser antecipada: a perfuração dos túneis do metrô, como regra, não importa *sacrifício* do direito titularizado pelos proprietários dos imóveis situados na superfície. Não se cuida, portanto, de hipótese de dano indenizável.

As conclusões alcançadas ao longo do estudo, que conduzem a essa assertiva, serão sintetizadas no tópico final.

I O direito de propriedade é essencialmente limitado

Há muito se consolidou o entendimento, na cultura jurídica, de que não existem direitos subjetivos absolutos. Por um lado, trata-se de entendimento que decorre do fato de que as Constituições modernas consagraram uma pluralidade de direitos e interesses jurídicos, todos igualmente legítimos na medida em que derivados do mesmo *status* constitucional. Os direitos fundados nas Constituições modernas, assim, passaram a não mais ser encarados como absolutos, na medida em que resultantes do mesmo fundamento de validade. A tendência, então, a partir do moderno constitucionalismo, seria a de que as forças de cada um dos direitos subjetivos se equiparassem, visto que oriundas da mesma fonte normativa — a Constituição. Por conta disso, descartou-se a idéia de que um direito poderia anular o outro, como se tivera um caráter absoluto, dando-se lugar ao preceito da cedência recíproca entre os direitos fundamentais. Vingava a idéia de que, em caso de colisão de direitos, um teria que ceder espaço ao outro e vice-versa, preservando-se sempre o conteúdo mínimo de ambos. Esta noção prevalece até hoje em nossa cultura jurídica, encontrando-se já bastante consolidada.

Por outro lado, o entendimento de que inexistem direitos subjetivos absolutos também decorre da própria noção de Estado de Direito. Neste, o Direito é fundamento de validade não apenas das liberdades fundamentais, mas também do próprio poder estatal. Autoridade e liberdade, no Estado de Direito, derivam das *normas jurídicas*. Se estas normas fundamentam a ambas, descabe falar em supressão da liberdade pela autoridade, ou em hegemonia absoluta desta sobre aquela. O que deve haver é um equilíbrio entre a autoridade e a liberdade; jamais o absolutismo de uma ou da outra. Daí o reconhecimento de que os direitos subjetivos (expressões da liberdade individual) podem, sim, ser condicionados pelo poder político. Deve haver, aí, uma relação equilibrada.

A Constituição brasileira de 1988, obviamente, não escapou a este ideário da inexistência de direitos subjetivos absolutos. É pacífico o entendimento de que os direitos e garantias individuais nela consagrados (art. 5º) não se revestem de qualquer caráter absolutista. Tampouco é absoluto o poder exercido pelo Estado, visto que emana do povo e é exercido nos termos da Constituição (art. 1º, parágrafo único), além de o próprio Estado constituir-se em Estado Democrático *de Direito* (art. 1º, *caput*).

Exemplo marcante da natureza essencialmente condicionada dos direitos estabelecidos pela Constituição da República é o direito de propriedade. A seu respeito, cabe destacar aqui dois gêneros de condicionamentos: os advindos do *princípio da função social da propriedade* e os que consistem nas chamadas *limitações administrativas à propriedade*.

O princípio da função social *impõe ao proprietário o dever de exercer o seu direito para atender a um interesse social*. Em outros termos, vincula o uso, gozo e disposição de um bem ao atendimento de uma finalidade de interesse social. Nesse sentido, o art. 182, §2º da Constituição Federal estabelece que “a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Nota-se que *cumprir a função social* tem aí o sentido, claramente, de *atender a exigências de interesse social* (no caso, as que estão expressas no plano diretor do município). Por isso a afirmação de que a função social é *condicionamento* à propriedade: para ser proprietário e, como tal, exercer as faculdades inerentes ao domínio, é preciso — eis a condição — atender a uma finalidade de interesse social.

A plena vigência do princípio da função social da propriedade, no ordenamento jurídico brasileiro, ninguém há de contestar. A Constituição de 1988 é enfática ao afirmá-lo, e o prevê como elemento constitutivo da própria essência da propriedade. Deveras, tão logo proclama “é garantido o direito de propriedade” (art. 5º, XXII), o Texto Constitucional dispõe que “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º, XXIII); tão logo estabelece que a “propriedade privada” é um dos princípios da ordem econômica (art. 170, II), segue prevendo, também, o da “função social da propriedade” (art. 170, III). Finalmente, quando disciplina a propriedade urbana (art. 182), diz também que ela cumprirá sua função social (vide o precitado art. 182, §3º), e quando disciplina a propriedade rural (art. 184 e ss.), segue prevendo os requisitos para o atendimento de sua função social (art. 186). Tudo isso de

modo a evidenciar que o atendimento à função social é mesmo, no Brasil, condicionamento inafastável à propriedade.¹

Ademais, como se disse, há outro gênero de condicionamentos à propriedade, composto pelas chamadas limitações administrativas. Estas *impõem ao proprietário obrigações de não fazer e, inclusive, de fazer, para adequar o exercício da propriedade a objetivos públicos.*²

A diferença entre as limitações administrativas e o princípio da função social é algo sutil, embora tenha significado um largo passo na história do instituto da propriedade privada. Neste (princípio da função social), o objetivo primordial é a *ação* do proprietário; nas limitações administrativas, o objetivo primeiro é *conformar* a ação do proprietário. Em ambos os casos, evidentemente, há uma finalidade de interesse público a ser atingida — na função social almeja-se que a ação do proprietário atinja finalidade de interesse público, assim como na limitação administrativa quer-se conformar a ação do proprietário também a finalidade de interesse público. A diferença é que o princípio da função social quer, antes de tudo, que o proprietário *faça algo*, rechaçando a idéia de um proprietário de solo urbano que se proponha a não edificá-lo, subutilizá-lo ou não utilizá-lo; já a limitação administrativa parte do pressuposto de que o proprietário faz algo, exigindo-lhe apenas que o faça em conformidade com requisitos de interesse coletivo. Em suma, o princípio da função social quer, sobretudo, *o exercício do direito*, ao passo que as limitações administrativas querem, isto sim, *ajustar o exercício* — sempre, num caso ou no outro, tendo-se em mira um interesse social ou um outro objetivo público relevante.

¹ Sobre esta realidade normativa inaugurada pela Constituição de 1988, que é mais densa quanto ao conteúdo do princípio da função social da propriedade que todas as constituições brasileiras anteriores, ainda assim valem as observações feitas por um dos subscritores do presente estudo sob a vigência da Carta pretérita: “Como se vê, ao acolher o princípio da função social da propriedade, o Constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, vale dizer, pretendeu trazer ao Direito Privado algo até então tido por exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade. Não se trata de extinguir a propriedade privada, mas de vinculá-la a interesses outros que não os exclusivos do proprietário. Assim como a imposição de deveres inderrogáveis ao empregador, no interesse do empregado, não faz dele um ente público, também a função social não desnatura o proprietário nem a propriedade: apenas lhe impõe cerceamentos diferenciados.” Salientou-se, como se vê, que a essência do princípio da função social da propriedade é o condicionamento do poder a uma finalidade. Essa idéia também é válida sob a Constituição de 1988, que a encampa claramente. SUNDFELD, Carlos Ari. *Função Social da Propriedade*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Temas de Direito Urbanístico – 1*, São Paulo, 1987, p. 5.

² Neste sentido, um dos subscritores do presente estudo já afirmou: “Tanto é possível limitar uma propriedade impedindo a construção de mais de 10 andares (obrigação de não fazer), como condicionando o exercício do direito de construir à instalação de aparelhos contra incêndio (obrigação de fazer). A limitação, em outras palavras, tanto pode traduzir uma proibição como uma exigência de obrigação de fazer.” SUNDFELD, Carlos Ari. “Função Social da Propriedade”, op. cit., p. 10.

De se notar que a consagração do princípio da função social foi um avanço em relação às limitações administrativas à propriedade (que já existiam há muito mais tempo), pois exigir o cumprimento da função social é impedir que a propriedade fique ao total arbítrio do proprietário. É fácil explicar a razão pela qual esse foi um avanço importantíssimo. Quando o Direito não previa nada do gênero, o proprietário experimentava condicionamentos, no interesse da coletividade, apenas quando passasse a exercer o seu direito; se optasse pela inércia, pela não utilização ou subutilização de seus imóveis, pelo abandono de seus terrenos, o Direito pouco ou nada tinha a dizer sobre essa sua postura egoística, especulativa, desalinhada do interesse social. No mais das vezes, o direito de propriedade — numa completa inversão de seu perfil atual — poderia até ser invocado como fundamento de defesa do especulador, do egoísta, do inerte etc. “Ora, sendo sua a propriedade” — dir-se-ia na época —, “deixe-o comportar-se como bem entender”. Agora, consagrado o princípio da função social da propriedade, a reação do Direito a essa postura é completamente outra. O proprietário experimenta condicionamentos não apenas quando exerce o seu direito, mas também com o objetivo de que dê início ao seu exercício. Para se ter reconhecido um direito de propriedade (o uso, gozo e disposição de um bem com exclusividade), é condição *sine qua non* que ele seja exercido, de tal modo que alguma destinação socialmente relevante lhe seja dada.³

Vê-se, pelo exposto, que o direito de propriedade é essencialmente condicionado, sempre por razões de interesse público. Sejam os condicionamentos oriundos do princípio da função social da propriedade, sejam os derivados das limitações administrativas, todos delimitam o perfil do direito de propriedade. Este é, por natureza, condicionado. Aliás, esta é uma característica dos direitos subjetivos em geral, não só do direito à propriedade privada. Negá-la, como visto, é recusar a possibilidade de convivência das liberdades públicas e, até mesmo, manietar o Estado de Direito.

³ Sobre a novidade trazida ao mundo jurídico pelo princípio da função social da propriedade (que, no início, foi confundido por muitos como algo idêntico às limitações administrativas já existentes, ou simplesmente visto como um novo fundamento genérico para tais limitações), um dos subscritores do presente estudo já teve a oportunidade de escrever: “Sempre se aceitou normalmente a imposição de obrigação de fazer ao proprietário, como condição para o exercício do direito de propriedade. São exemplos: a obrigação de construir muro, de limpar o terreno, aprovar planta, de instalar extintor de incêndio. Do que nunca se cogitou, porque incompatível com a propriedade individualista, *foi da imposição da obrigação de utilizar o imóvel, isto é, obrigação de exercer o direito em benefício de um interesse social. E é justamente tal tipo de obrigação que se deve impor com fundamento na função social.*” SUNDFELD, Carlos Ari. “Função Social da Propriedade”, op. cit., p. 11.

II Limitações ao uso do subsolo pelo proprietário

Se os condicionamentos à propriedade são perfeitamente naturais, isto é, fazem parte da própria natureza do direito de propriedade; se este só existe assim, limitado; o que se pode dizer das limitações à propriedade de imóveis urbanos no que tange ao uso do subsolo? Há limitações?

É evidente que há. O direito de uso do subsolo, pelo proprietário de imóvel urbano ou rural, não é irrestrito. Tampouco lhe cabe um direito absoluto de opor-se à realização de atividades, por outrem, no subsolo de seu imóvel.

Já vai muito longe o tempo em que cabia proclamar, com ares de verdade, a fórmula dos glosadores segundo a qual a propriedade do solo estender-se-ia “até ao céu” e “até ao inferno”. Sua superação — no mundo inteiro — há muito foi reconhecida. Veja-se a consideração, a respeito da fórmula, feita entre nós por Caio Mário da Silva Pereira:

Os glosadores, tomando literalmente os textos, sem uma depuração das condições psico-sociais que os inspiraram, a seu turno construíram uma teoria, que se condensou numa fórmula repetida pelos juristas em toda a Idade Média, e que chegou ao nosso tempo: *qui dominus est soli dominus est usque ad coelos et usque ad inferos* — quem é dono do solo é também dono até ao céu e até ao inferno. A fórmula é poética, mas não exprime uma realidade econômica nem encerra uma verdade material.⁴

Obviamente, a fórmula é inapropriada para caracterizar o direito de propriedade hodierno. Em toda parte as legislações repudiam a idéia de uma propriedade infinitamente projetada às alturas e, evidentemente, ao subsolo.

Na legislação brasileira, é claro, também se encontram limites à projeção vertical da propriedade. O Código Civil de 1916 já as previa,⁵ o que se manteve no Código Civil em vigor, só que agora na redação de seu art. 1.229:

Código Civil de 2002:

Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Posse, Propriedade, Direitos Reais de Fruição, Garantia e Aquisição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. IV, p. 87.

⁵ Eis, neste sentido, o que dispunha o art. 526, do Código Civil de 1916: “Art. 526. A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los.”

altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

Nota-se que a propriedade do solo, segundo o dispositivo, estende-se apenas em altura e profundidade consideradas *úteis* ao seu exercício — não indefinidamente, por óbvio. Ademais, se há algum direito de o proprietário opor-se a atividades realizadas por terceiros no espaço aéreo de seu imóvel ou no subsolo, tal direito só vai até onde haja o seu *interesse legítimo* em impedi-las. Do contrário, o proprietário está expressamente proibido de fazer qualquer oposição.

Ainda que seja difícil definir *concretamente* até onde vai esta *utilidade* do espaço aéreo e do subsolo ao exercício da propriedade, ou até onde vai este *interesse legítimo* do proprietário em opor-se a atividades de outrem, *não se pode simplesmente equiparar tais parâmetros à intolerância do uso destes espaços por outrem*. A intolerância está definitivamente proscria. Mesmo sendo difícil a conceituação concreta, caso a caso, da “utilidade” ou do “interesse legítimo”, isto não pode dar ensejo a que a definição dos limites à projeção vertical da propriedade do solo (em altura e profundidade) fique ao sabor de meras conjecturas do proprietário, nem a que prevaleça pretensão egoística do dono de que não seja feito *nada* em seu subsolo ou espaço aéreo, para se evitar mesmo as repercussões normais que a atividade possa ter sobre a sua propriedade. Entender-se o contrário — que há um cheque em branco para o dono estipular de maneira intolerante o que é “útil” ao exercício da sua propriedade e o que é do seu “interesse legítimo” impedir —, significa conferir-lhe um direito ilimitado, projetado ao infinito. Isso a lei não admite, muito menos a Constituição.

O que se depreende do Código Civil é que, se é certo que existe um direito de propriedade do solo e que este abrange uma parte do espaço aéreo e do subsolo correspondentes, há também os indispensáveis limites. *Se atividades realizadas por terceiros no subsolo ou no espaço aéreo do imóvel, no interesse da sociedade, não repercutirem de maneira anormal sobre o exercício da propriedade, deve o proprietário tolerá-las*.

É isto o que quer dizer o preceito do Código Civil, em consonância com toda a teoria dos condicionamentos à propriedade privada, que é um direito essencialmente limitado.

Veja-se, inclusive, que uma das atividades de interesse social que podem ser realizadas no subsolo de imóveis urbanos e que têm sido apontadas pelos civilistas dentre aquelas a que o proprietário não pode se opor é, justamente, a de perfuração do túnel do metrô. Veja-se, neste

sentido, o que diz a obra de Washington de Barros Monteiro:

De conformidade, portanto, com o art. 1.229, o proprietário do imóvel tem direito não só à respectiva superfície como ao espaço aéreo e ao subsolo correspondentes. Mas a propriedade também é fato econômico, de modo que a extensão do espaço aéreo e do subsolo se delimita pela utilidade que ao proprietário pode proporcionar.

Igualmente, a este não assiste o direito de impugnar a realização de trabalhos que se efetuem a uma altura ou a uma profundidade tais, que não tenha interesse em impedi-los. Aqui intervém o interesse social a cercear a propriedade. No Rio de Janeiro, por exemplo, o proprietário não poderia opor-se à passagem dos cabos empregados na tração do bonde aéreo do Pão de Açúcar, devido à sua grande altura. *Em São Paulo, igualmente, não assistiria ao proprietário direito de contestar a perfuração do subsolo para instalação do metrô.*⁶ (grifou-se)

O mesmo exemplo, no sentido de que não assiste ao proprietário contestar a perfuração do subsolo de seu imóvel para instalação do Metrô, é dado por Maria Helena Diniz, em comentário ao art. 1.229 do Código Civil:

*O titular da propriedade imobiliária não poderá impedir que perfurem o subsolo, para instalação de metrô, por exemplo, nem obstar a efetivação de obras que se efetuem a uma determinada profundidade que não causem risco para a sua incolumidade, principalmente quando feitas em benefício do interesse social.*⁷ (grifou-se)

Do exposto até aqui, merecem destaque três constatações fundamentais: i) como todos os direitos subjetivos, o direito de propriedade é essencialmente condicionado, limitado, não absoluto; ii) se é certo que há um direito de propriedade do solo e que este abrange uma parte do espaço aéreo e do subsolo correspondentes, há também os indispensáveis limites; e iii) a grande limitação à propriedade, atinente ao seu subsolo, consiste em que, se atividades realizadas por terceiros neste subsolo, no interesse da sociedade, não repercutirem de maneira anormal sobre o exercício da propriedade, deve o proprietário tolerá-las.

III Limitações e sacrifícios do direito de propriedade

Como visto, a propriedade imobiliária está sujeita a condiciona-

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 37. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 89.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 9. ed. rev., aumentada e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 790.

mentos, decorrentes das limitações administrativas ou do princípio da função social da propriedade. São condicionamentos que fazem parte da própria natureza do direito de propriedade.

Há, contudo, a possibilidade de vir a ocorrer uma restrição ao exercício do direito de propriedade que lhe importe verdadeiro sacrifício, em nome de um interesse público relevante. Tais restrições excessivas, desmedidas, não se confundem com as limitações administrativas, tampouco com exigências do princípio da função social. Necessário explicitar aqui as suas peculiaridades, que, de resto, já estão bastante sedimentadas na doutrina.

A distinção fundamental está em que os sacrifícios de direito decorrem de constrangimentos anormais e específicos ao seu exercício, suportados por alguém em nome de um interesse coletivo, ao passo que as limitações não passam de condicionamentos normais e de caráter geral ao exercício de direito.

Para ser reputado anormal, o condicionamento deve ser excessivo, a ponto de ferir o próprio conteúdo mínimo do direito. Será específico se apanhar, isoladamente, uma pessoa. De outro lado, é normal o condicionamento razoável, não excessivo, que, embora repercuta sobre o conteúdo do direito, não fere o seu núcleo essencial. Será geral se apanhar a toda a coletividade, ou determinado grupo de pessoas que se encontre na mesma situação.

A utilidade da distinção entre as limitações e os sacrifícios de direito, decorrentes de medidas de interesse público tomadas pelo Estado, é ímpar. Isso porque apenas os sacrifícios geram o dever de indenização do particular pelo Estado, em virtude do prejuízo que lhe foi causado. As limitações não.

No caso de sacrifício, há o dever de indenização pelo Estado porque alguém, ou um grupo muito restrito de pessoas, foi obrigado a suportar um dano em prol de determinado interesse coletivo, sendo justo que este encargo seja repartido também com o restante da coletividade. Trata-se não apenas de medida de justiça, mas de providência indispensável para fazer prevalecer o preceito constitucional segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*). Daí falar-se na indenização como um meio de aplicação do princípio da repartição dos encargos públicos, corolário do princípio constitucional da isonomia.

No caso de limitação administrativa, justifica-se a inexistência de dever de indenização àquele que a suporta pelo fato de que, simplesmente, trata-se de um condicionamento normal, imposto à generalidade das

pessoas. Não há dano indenizável, mas simples condicionamentos ínsitos à vida em sociedade.

Cogitar do dano indenizável em virtude de sacrifício de direito, que tenha sido provocado por ente ou órgão estatal, é também cogitar da responsabilidade civil do Estado. Daí aproveitar a esta distinção entre limitações e sacrifícios do direito de propriedade, certamente, toda a teoria da responsabilidade civil do Estado, no âmbito da qual se têm estudado as circunstâncias em que cabe a indenização ao titular do direito de propriedade atingido por uma constrição estatal. Vejam-se as palavras de Rui Stoco, notório monografista em matéria de responsabilidade do Estado, sobre as circunstâncias em que a constrição estatal caracteriza a responsabilidade e gera o dever de indenizar o proprietário:

...o dano possibilitador de indenização reclama mais que o simples agravo patrimonial, exige que a ordem jurídica reconheça em favor do lesado determinada situação que fora desrespeitada.

Se assim não for a Administração estará sempre coarctada com a possibilidade de, a cada melhoramento público que realizar, ter de indenizar um sem número de cidadãos eventualmente atingidos pelo desconforto das obras.

Desse modo, para efeito de reparação por parte do Estado, exige-se, além do mero desconforto, um prejuízo real e superior ao que normalmente deveria ocorrer, que se torne insuportável para a pessoa atingida e desarrazoado em relação ao benefício que lhe foi ou que lhe será proporcionado.

Uma das contingências de quem vive nas grandes cidades é justamente a de adaptar-se às restrições impostas pelo convívio social. As exigências urbanísticas obrigam e conduzem a alterações de vida e afetam o próprio conceito de propriedade, que vai perdendo sua aparência egoisticamente unitária para ganhar contornos de solidariedade, em nome da função social, tal como previsto no artigo 182 da Constituição Federal.

Quando as normas restritivas são de caráter geral, impostas no interesse público, não se justifica a indenização, pois não se trata de restrição imposta a determinados indivíduos, mas a toda a coletividade, caso em que a perda parcial do direito de usar e fruir da propriedade é compensado por um benefício de ordem geral.⁸

Como se vê, o autor bem esclarece a necessidade de que o dano indenizável, isto é, o que gera o dever de reparação por parte do Estado, constitua-se como um prejuízo a direito, efetivamente real e superior ao que normalmente deveria ocorrer, dotado de caráter específico e não geral. Estes traços característicos do dano que gera a responsabilidade

⁸ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 380.

do Estado podem ser resumidos, realmente, sob a noção de sacrifício de direito. Daí a estreita correlação entre a distinção entre limitações e sacrifícios de direito, de um lado, e a distinção entre os danos que não geram responsabilidade estatal e os que geram tal responsabilidade, de outro.

Obviamente, nem sempre é tarefa fácil distinguir-se, concretamente, a constrição normal à propriedade da que é anormal; a constrição geral da que é específica.⁹ Nem por isso o desafio de distinguir pode ser ignorado. Especialmente em se tratando da análise das repercussões de determinadas medidas de interesse público sobre o direito de propriedade, é imprescindível que se o faça. É justamente o que se procurará fazer no tópico subsequente, ao analisar-se a situação objetiva da implantação de túnel de metrô no subsolo de imóveis urbanos à luz destes critérios.

Antes, porém, cabe explicitar ainda a distinção entre as limitações à propriedade decorrentes de *disposição normativa* e as oriundas, simplesmente, de um *fato da Administração* (isto é, ocasionado pela Administração Pública). Dentre as limitações oriundas de disposição normativa, há, por exemplo, as decorrentes da lei de zoneamento do município, que subdivide a cidade em zonas geográficas e fixa os possíveis tipos de destinação à propriedade imobiliária em cada zona. Assim, o proprietário de um imóvel localizado em uma zona de uso exclusivamente residencial — isto é, uma zona em que o único tipo admitido de destinação da propriedade imobiliária é a residencial — sofre, por força da lei, uma limitação à faculdade

⁹ Um dos subscritores do presente estudo já teve a oportunidade de observar que o critério da “generalidade x singularidade” para distinguir as limitações dos sacrifícios de direito tem suas limitações, embora nem por isso deva ser descartado. Como suas limitações, destacaram-se três delas: i) ele é pouco firme (já que nem sempre é fácil distinguir a constrição geral da singular); ii) ele desconsidera que a regulação genérica por vezes atinge a substância do direito regulado (quando, p.ex., a constrição ao direito de propriedade, embora genérica, extingue a viabilidade prática e econômica do emprego da coisa); iii) ele não é absoluto (pois o condicionamento, mesmo quando gerado por ato específico, difere do sacrifício na medida em que corresponde a gravame normal, tido por indispensável e coerente com os graus de exigência da vida social, ou então dele se distingue na medida em que não provoca prejuízo, ou o provoca por breve tempo ou em reduzida extensão). Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 89-95.

Essas duas últimas limitações do critério da “generalidade X singularidade” são remediadas pela adoção, ao seu lado, do critério da “normalidade X anormalidade”. De fato, um critério complementa o outro. Agora, com relação à primeira das limitações, atinente à falta de firmeza do critério, vale aqui reproduzir as considerações já feitas a seu respeito: “A distinção entre o geral e o singular não é nem pode ser exata (quantas pessoas formam uma multidão?). Daí as dúvidas quanto à generalidade de certas medidas: o tombamento de todas as casas de uma rua é geral? De um lado sim, porque colhe indistintamente os que se encontram numa mesma situação (estar localizado na rua tal); de outro não, porque, se tomado outro sinal mais amplo (o estar situado no mesmo bairro ou cidade), o ato surgirá como especificador. O problema reside, como se vê, no fator à base do qual se vai em busca das semelhanças e diferenças. Tais dificuldades não aconselham o total abandono do critério, mas o reconhecimento de suas limitações. A questão essencial, que se procura refletir com essa teoria, é a de ver respeitado o princípio da igualdade; quer-se evitar a discriminação entre as pessoas, exigindo mais de uma que de outras.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito*

de uso de seu imóvel. Tal limitação não constitui uma constrição à propriedade que possa, em princípio, ser considerado anormal, tampouco específica. Não é anormal porque não é excessiva, já que não aniquila a faculdade de uso do imóvel; o que faz é apenas condicionar este uso à observância da vocação própria daquela zona da cidade, segundo o planejamento de ocupação do espaço urbano definido em lei. Também não se trata de medida específica porque apanha a todos imóveis que se encontram na mesma situação, isto é, que estejam localizados naquela zona da cidade. Já um exemplo de limitação decorrente de *fato da Administração* é a que se impõe a todos os imóveis situados na região do chamado *cone de aproximação* dos aeroportos, onde o exercício do direito de propriedade é condicionado. Todos os imóveis situados nessa região estão naturalmente sujeitos à circunstância de que, para serem edificadas, devem observar um limite de altura por certo inferior ao que apanha os imóveis que, embora circunvizinhos, situam-se fora da região do cone. Tais limitações à edificação no cone de aproximação decorrem da obra de construção do aeroporto, que faz surgir condicionamentos às possibilidades de edificação na região.¹⁰

Tal distinção entre as limitações à propriedade derivadas de fato da Administração e as oriundas de disposição normativa é relevante apenas para acentuar o aspecto de que mesmo os fatos da Administração (geralmente obras públicas), e não apenas as normas jurídicas, podem gerar condicionamentos ao exercício da propriedade. Não há, contudo, uma diferença de regime jurídico entre ambas as espécies.

Além da construção de aeroporto, a perfuração do subsolo para a instalação do metrô é exemplo típico de fato da Administração que pode ensejar limitações à propriedade imobiliária. É justamente esta a situação objetiva que será examinada, detidamente, a seguir.

IV Análise da situação objetiva do uso do subsolo de imóvel urbano para a implantação de túnel do metrô

Considerado o Direito aplicável à espécie e as classificações feitas a partir da sua interpretação, tal qual explicitadas nos tópicos anteriores, pode-se dizer, fundamentalmente, que a implantação de túneis de metrô no subsolo da cidade, quando traz alguma repercussão sobre os imóveis da superfície, gera — salvo casos especialíssimos — uma *limitação administrativa* à propriedade, *derivada de fato da Administração*. A situação não se confunde

¹⁰ Obviamente, concorrem com as limitações derivadas da obra de construção do aeroporto aquelas próprias da legislação atinente ao uso do espaço no entorno destas infra-estruturas.

com a de dano indenizável ao proprietário.

Cuida-se de limitação administrativa porque, como todas de mesmo gênero, impõe apenas condicionamento *normal* ao seu uso, gozo ou fruição, e apanha a todo o *grupo* que se encontra na mesma situação. Além disso, trata-se de limitação *de fato*, isto é, oriunda de fato da Administração, na medida em que não deriva de disposição normativa, mas sim de obra pública realizada no interesse da coletividade.

A grande questão está em saber o porquê de se considerar que as repercussões, caso existentes, serão, como regra, normais e de caráter geral. É a demonstração deste porquê que se pretende fazer nesse tópico, levando-se em consideração as normas jurídicas e as classificações explicitadas nos tópicos anteriores.

Nesse sentido, uma constatação preliminar merece registro. Está-se a cogitar, aqui, dos casos em que a implantação do túnel do Metrô traz alguma repercussão sobre o imóvel da superfície; não havendo repercussão alguma, a questão da indenizabilidade sequer se põe. Isso porque, à luz do direito positivo, que não consagra ao proprietário um direito irrestrito de uso do subsolo — antes ao contrário, atribui-lhe um direito essencialmente limitado —, seria absurda a suposição de que, por onde passassem os túneis do metrô, exsurgiria, *ipso facto*, dano ao proprietário da superfície e dever do Estado de indenizá-lo. O só fato da passagem do metrô, sem qualquer repercussão sobre o uso da propriedade em tela, não enseja ao proprietário a possibilidade de um pleito legítimo de indenização. Se o direito de propriedade, como visto à exaustão, não se projeta ilimitadamente ao subsolo — tampouco às alturas —, não há que se tomar a perfuração do túnel do metrô como uma espécie de “uso indevido” de subsolo alheio ou de fato gerador de “prejuízo presumido” ao proprietário do imóvel da superfície. Em suma, não havendo repercussão alguma do túnel do metrô sobre a propriedade situada acima, não há que se presumir dano ou indenização ao proprietário; a Constituição e a lei repudiam uma tal pressuposição.

Feita esta constatação preliminar, que decorre da simples inexistência de um direito ilimitado de uso do subsolo, o foco da análise aqui devem ser as hipóteses em que a instalação de túnel de metrô no subsolo de imóvel urbano gera, sim, repercussão sobre a propriedade. E aqui se cuidará do tipo de repercussão cogitado na introdução do presente estudo, que é a *repercussão econômica negativa* sobre a propriedade, gerada pela implantação

do túnel.

Tais repercussões econômicas negativas são suscitadas, notadamente, como fruto de limitações à possibilidade de edificação no imóvel. Deveras, é possível que o proprietário de imóvel urbano em cujo subsolo vá passar a linha do metrô perca uma parcela do potencial construtivo cujo exercício lhe era facultado antes da previsão ou da efetiva implantação daquela infra-estrutura. São os casos em que, antes dos condicionamentos ocasionados pelo túnel do metrô, o imóvel podia — potencialmente — comportar um prédio com tantos andares de subsolo, ou com tantos andares acima da superfície, mas depois da previsão de instalação do túnel ele passou a comportar apenas um prédio dotado de número inferior de andares (subterrâneos ou expostos). Nestes casos, em que a perfuração do túnel acarreta uma redução do potencial construtivo do imóvel, costuma-se identificar que houve, na realidade, uma redução do próprio potencial de exploração econômica do imóvel — já que esta exploração dependeria, fundamentalmente, do quanto nele se pode edificar. Em outras palavras, o raciocínio básico é o de que onde se podia construir mais, passou-se a poder construir menos; igualmente, onde se poderia ter maior exploração ou valorização econômica do imóvel, passou-se ter menor possibilidade de exploração ou valorização. É este o raciocínio feito para se sustentar que a implantação de túnel do metrô no subsolo pode acarretar repercussão econômica negativa sobre a propriedade.

Considerada esta espécie de repercussão, a questão que se põe é: será ela *anormal*?

A resposta é negativa.

Não se trata de constrição anormal ao direito de propriedade porque não há como reputá-la excessiva ou desarrazoada. Sua origem é uma obra realizada no interesse da coletividade e do próprio proprietário, que não acarreta supressão desmedida de qualquer das faculdades inerentes ao domínio. Ante a implantação do túnel em seu subsolo, o proprietário precisa apenas ajustar o exercício de sua propriedade à nova circunstância. O túnel não aniquila a possibilidade de edificar no local, embora possa gerar, naturalmente, a necessidade de edificar menos; também não impede que se extraia proveito econômico do imóvel, vez que tal proveito nem sempre está atrelado à realização de portentosas edificações. É evidente que não há, aí, algo que se possa reconhecer como uma supressão desmedida de parcela do conteúdo do direito de propriedade. Não há,

portanto, qualquer sacrifício de direito.

Como o proprietário poderá adequar o modo de exercício de seu direito de propriedade à nova circunstância da existência do túnel? Duas hipóteses devem ser cogitadas: a de terreno não edificado e a de terreno edificado. Se o terreno não é edificado, a nova circunstância lhe impõe a necessidade de, quando vier a edificá-lo, levá-la em consideração. Se o terreno já é edificado e o túnel não comprometer a preservação do prédio existente, o proprietário deverá adequar-se à nova circunstância que o impede de, futuramente, edificar mais do que já edificou.

É claro que ambos os casos, em que cabe uma adequação do modo de exercício do direito de propriedade à nova circunstância da implantação do túnel do metrô, distinguem-se daqueles outros em que já há edificação e a perfuração do túnel venha a ser incompatível com a sua existência. Nesses últimos casos, o prédio simplesmente não pode subsistir e é claro que, por isso, haverá a necessidade de expropriação e indenização do proprietário. Também nos casos em que, apesar de não edificado o imóvel, o proprietário já tenha pleiteado e efetivamente obtido em seu favor, por outorga da autoridade competente, licença válida para construir de maneira inconciliável com a localização do túnel, haverá a necessidade de indenização pelo dano sofrido. É que a licença para construir gera, ao proprietário, direito adquirido de exercê-la nos termos em que outorgada. Este entendimento é bem sintetizado, nos seguintes termos, por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em síntese: licença válida gera direito adquirido. Sua supressão ulterior só pode efetivar-se mediante expropriação, que é a via constitucional prevista para a conversão de um direito em seu sucedâneo patrimonial. Razões de conveniência não se podem opor a direitos. Leis novas, por não poderem ser retroativas, também não podem desconstituir direitos anteriormente formados. A proteção aos direitos adquiridos, estabelecida na Lei Maior, garante os que iniciaram construção com base em licença regularmente expedida. Só a expropriação pode harmonizar os choques de interesses que exijam composição, quando ambas as partes possuem pretensões que merecem a tutela do Direito.¹¹

Assim, descabe falar em sacrifício de direito, à exceção desses casos em que o prédio não poderá subsistir com a instalação do túnel do metrô, bem como dos casos em que tenha sido efetivamente expedida válida licença para construir de maneira inconciliável com existência do túnel. Isso

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 182-183.

porque a edificação do imóvel — condicionada à nova circunstância — ainda será possível, assim como a sua exploração econômica. Ambas não terão sido suprimidas de forma desmedida.

Destaque-se que não assiste ao proprietário um suposto direito à imutabilidade das leis, muito menos dos fatos (por óbvio) próprios da conjuntura em que o seu imóvel foi adquirido. As leis e os fatos alteram-se de maneira dinâmica (estes últimos, por certo, muito mais rapidamente), de modo que não é dado ao proprietário apegar-se à lei vigente à época da aquisição de seu imóvel, ou apegar-se à circunstância de que inexistia metrô em seu subsolo àquela época, para proclamar que é detentor de supostos direitos adquiridos de edificação ao máximo então admitido. Seria mesmo um absurdo supor que ao proprietário assistiria o direito adquirido de construir o quanto quisesse e como quisesse, respeitadas apenas a legislação e as circunstâncias da época da aquisição do imóvel. Tal suposição — veja-se o seu absurdo — significaria, em última análise, admitir que cada proprietário de imóvel na cidade teria um direito de construir todo próprio, com características peculiares, tendo em vista a época da aquisição de seu imóvel e a legislação e os fatos então existentes. Pouco importaria a legislação vigente e os fatos existentes à época da outorga da licença para construir; importaria, isto sim, a legislação e os demais condicionamentos à propriedade existentes à época da aquisição do imóvel, com base nos quais seria tutelada a mera expectativa dos proprietários de que um dia, sabe-se lá qual, viessem a realizar ao máximo os potenciais construtivos de seus imóveis, conforme existentes à época de sua aquisição. O absurdo de tal suposição, como se vê, seria patente. Sustentar-se o cabimento de indenização ao proprietário pelo condicionamento ao exercício de sua propriedade oriundo da implantação do túnel do metrô é, exatamente, admitir tal absurdo, por meio do qual se supõe imutáveis as circunstâncias existentes quando da aquisição de imóvel (dentre elas, a de inexistir túnel do metrô em seu subsolo).

Assim como não assiste ao proprietário um direito à imutabilidade das leis ou dos fatos próprios da conjuntura em que o seu imóvel foi adquirido, também não lhe cabe enriquecer-se sem causa, ilícitamente, às custas do Poder Público. Isto ocorreria, p.ex., em hipóteses como a descrita a seguir. Suponha-se que determinado proprietário, dizendo-se titular de direito adquirido à construção de prédio de vinte andares em dado imóvel (considerado o coeficiente de aproveitamento de imóveis vigente na

região da cidade), peça indenização ao Poder Público pelo fato de que, no subsolo deste imóvel, ele promoveu a perfuração de túnel de tal maneira que, agora, somente é viável a construção de prédio de dezenove andares. O proprietário em questão jamais obteve uma licença para construir o prédio de vinte andares, mas alega que este direito é ínsito à sua propriedade, já que ela fora adquirida sob uma legislação que estipulava um coeficiente de aproveitamento do imóvel compatível com os vinte andares. Suponha-se, também, que seja o Poder Público compelido a pagar ao proprietário em questão uma indenização, por força de seu suposto prejuízo — correspondente ao “andar perdido”. O que ocorrerá caso, antes de qualquer iniciativa de edificação, haja uma mudança na legislação urbanística, que reduza o coeficiente de aproveitamento da região de tal forma que o imóvel em questão passe a comportar, no máximo, um prédio de dez andares? O proprietário terá que devolver ao Poder Público o numerário que recebera a título de indenização? Todas estas questões evidenciam as perplexidades geradas pela suposição equivocada de que, na hipótese cogitada, o proprietário teria sofrido algum prejuízo indenizável.

Em suma, há de se ter em vista que pagar suposta “indenização” ao proprietário de imóvel urbano, em virtude de singela redução do potencial construtivo deste imóvel — que é absolutamente normal e pode ser ocasionada pelos mais variados fatores —, é pretender imunizá-lo frente à flutuação do valor econômico de seus bens, própria da lógica capitalista. Pior, é pagar-lhe numerário a título de indenização quando não há dano algum a direito e, portanto, não há causa para o pagamento — donde o seu enriquecimento sem causa. Finalmente, é garantir-lhe apenas os eventuais ganhos oriundos das variações do potencial construtivo (decorrentes de lei ou de fato da Administração), mas injustamente distribuir, a toda a coletividade, as frustrações em suas expectativas de lucro pela especulação capitalista.¹²

Cabe lembrar, ainda, que o referido condicionamento ao exercício do direito de propriedade, derivado da instalação do túnel do metrô, assemelha-se a tantas outras restrições normais a que a propriedade está sujeita. A semelhança com exemplos de limitação já mencionados

¹² Vale destacar julgamento em que o Supremo Tribunal Federal, por meio de sua 2ª Turma, entendeu justamente que não há um direito adquirido de edificar com base na legislação vigente à época da aquisição de imóvel. Cuidava-se de recurso extraordinário em sede de mandado de segurança impetrado contra ato do Diretor do Departamento de Obras e Serviços do Município de Ribeirão Preto, pelo qual se negara aos impetrantes licença para edificar prédio residencial, em terreno que adquiriram, por ter sido instituído no

A & C. R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 41-62, abr./jun. 2005

é evidente: assim como a implantação de túnel do metrô no subsolo de imóveis, a construção de aeroporto pode trazer como consequência a redução das potencialidades de edificação nestes imóveis; ademais, tal como o túnel do metrô no subsolo da cidade, uma alteração na legislação urbanística que reduza o coeficiente de aproveitamento máximo permitido em determinada zona da cidade causa impacto sobre as potencialidades de edificação dos imóveis afetados. Todas estas restrições — algumas derivadas de norma, outras derivadas de fatos da Administração — são perfeitamente razoáveis e não excessivas, na medida em que, em regra, não implicam supressão desmedida de faculdade inerente ao domínio. Tampouco afetam um proprietário apenas, mas atingem a uma ampla gama de imóveis na mesma situação.

Finalmente, registre-se que o caso de implantação do túnel de metrô no subsolo de imóveis urbanos distingue-se, decisivamente, da hipótese de

local um "corredor comercial", aprovado pela Lei n.º 5.685/90. A sentença denegara a segurança e, após recurso dos impetrantes, foi confirmada pela Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O STF, em face do recurso extraordinário interposto pelos impetrantes, não conheceu do recurso, confirmando, pois, o entendimento prevalecente desde o primeiro grau de jurisdição. Confira-se o teor da ementa do julgado (Recurso Extraordinário n.º 178.836-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 8.6.1999):

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA.

I. O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: CF, art. 5º, XXII e XXIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido o alvará de construção, já existia lei que impedia o tipo de imóvel no local.

II. Inocorrência de ofensa aos §§1º e 2º do art. 182, C.F.

III. Inocorrência de ofensa ao princípio isonômico, mesmo porque o seu exame, no caso, demandaria a comprovação de questões, o que não ocorreu. Ademais, o fato de ter sido construído no local um prédio em desacordo com a lei municipal não confere ao recorrente o direito de, também ele, infringir a citada lei." É imperioso registrar que votou vencido o Min. Marco Aurélio, no sentido do conhecer do recurso e dar-lhe provimento, ao argumento de que não caberia o indeferimento da licença porque "o planejamento urbano", disse, "é simplesmente indicativo para a iniciativa privada", nos termos do art. 174 da Constituição. Acredita-se no presente estudo, *data venia*, que o argumento suscitado pelo magistrado é improcedente, na medida em que não há dúvidas de que o planejamento de que cuida o art. 174 é econômico, distinguindo-se do planejamento urbanístico aludido no art. 182, que têm inequívoco caráter vinculante para o Poder Público e para a iniciativa privada. As normas urbanísticas, em atenção às quais devem ser outorgadas as licenças para construir, têm inequívoco caráter vinculante. Não são meramente indicativas para a iniciativa privada, como pareceu entender o ministro.

Enfatize-se, de todo modo, que o entendimento do Min. Marco Aurélio não prevaleceu. Confira-se, pois, o seguinte trecho do voto do Min. Maurício Corrêa, bastante elucidativo do posicionamento adotado pela maioria:

"Ora, como é sabido, o direito de propriedade não é absoluto. Consoante preconiza a Carta da República, *a propriedade atenderá a sua função social, inserindo-se nesse conceito o cumprimento dos ditames da política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei.*

Também não merece acolhida o argumento dos impetrantes de que a lei municipal violou o princípio do direito adquirido com a compra do terreno, quando não havia nenhuma restrição legal para nele ser edificado prédio de apartamentos. Com efeito, se os impetrantes adquiriram o mencionado lote com o propósito de nele erguer edifício composto de unidades residenciais, como afirmam, mas não o fizeram nem requereram o respectivo alvará oportunamente, tiveram, até o advento da questionada lei municipal, mera expectativa de direito, não havendo falar-se em direito adquirido após editadas as novas normas com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CF, art. 182, *caput*)."

implantação de torres e fios de eletricidade no espaço aéreo de imóveis que, geralmente, são rurais. Neste último caso, freqüentemente lembrado como típico exemplo de servidão de passagem, há o reconhecimento praticamente uníssono da doutrina e da jurisprudência no sentido de que há sacrifício parcial do direito de propriedade afetado. As razões deste reconhecimento são, em regra, as seguintes: i) as torres e fios de eletricidade inviabilizam quase que por completo a edificação no local por onde passam, significando supressão excessiva de faculdade inerente ao domínio; e ii) há uma inequívoca agressão visual à paisagem, na propriedade, por força da presença das torres e fios de eletricidade. Nenhum desses dois fatores subsistem na hipótese da implantação do túnel do metrô no subsolo de imóvel urbano: nem se impede totalmente a edificação, nem há agressão visual à paisagem no âmbito da propriedade. Não cabe, pois, equiparar-se uma situação à outra.

Síntese das conclusões

O direito de propriedade sobre imóvel urbano *não* abrange o uso irrestrito do respectivo subsolo. Como todos os direitos subjetivos, trata-se de direito essencialmente limitado — seja por força das limitações administrativas à propriedade, seja em virtude do princípio da função social da propriedade. Se é certo que há um direito de propriedade do solo e que este abrange uma parte do espaço aéreo e do subsolo correspondentes, há também os indispensáveis limites. A grande limitação à propriedade, atinente ao seu subsolo, consiste em que, se atividades realizadas por terceiros neste subsolo, no interesse da sociedade, não repercutirem de maneira anormal sobre o exercício da propriedade, o proprietário tem o dever de tolerá-las.

Ademais, o só fato do uso do subsolo de propriedade alheia pelo Poder Público *não* produz dano indenizável ao proprietário. Em primeiro lugar porque o direito de uso do subsolo pelo proprietário de imóvel urbano não é, como dito acima, irrestrito. Não se trata de um direito absoluto, mas limitado. Em segundo lugar porque o uso do subsolo da cidade para fins de implantação de infra-estruturas de interesse coletivo, como os túneis do metrô, quando traz alguma repercussão sobre os imóveis da superfície, gera — salvo casos especialíssimos — uma limitação administrativa à propriedade, derivada de fato da Administração. Deveras, trata-se de repercussão perfeitamente *normal*, que apanha *indistintamente*

os imóveis situados na região da linha do metrô. Distingue-se totalmente de um suposto *sacrifício* de direito do proprietário, que haveria em caso de *supressão desmedida* de seu direito de propriedade, fazendo-o *suportar sozinho restrição anormal, excessiva*, ao seu direito (que, embora legítimo, é indiscutivelmente sujeito a condicionamentos razoáveis).

Saliente-se ainda que o fato de o proprietário, no momento de construir, sujeitar-se a condicionamento que não existia quando da aquisição da propriedade — condicionamento esse derivado de um ato ou fato estatal, como a passagem de túnel do metrô pelo subsolo do imóvel —, não lhe dá o direito de ser indenizado pela repercussão econômica negativa do novo condicionamento. Para fins de edificação, não há um direito adquirido à imutabilidade das normas jurídicas em vigor na data da aquisição de um imóvel. Novos condicionamentos ao exercício da propriedade certamente surgirão após a data da aquisição, assim como outros poderão deixar de existir. As limitações *fáticas e normativas* à propriedade não são estáticas, mas dinâmicas. As regras da lei de zoneamento podem vir a ser alteradas, assim como as do código de edificações e as da legislação ambiental, alterando *normalmente* as potencialidades de construção *da generalidade dos imóveis apanhados pelos novos condicionamentos* — sem, no entanto, aniquilar tais potencialidades ou torná-las inexpressivas. Igualmente poderão mudar os fatos que condicionam o exercício do direito de construir, como a existência ou ausência de um túnel de metrô no subsolo ou de um aeroporto próximo. A mutabilidade dos condicionamentos é inevitável e, por óbvio, *condiciona* o exercício da propriedade, mas não legitima pretensões compensatórias pelas eventuais repercussões econômicas negativas.

De resto, inexistindo dano ao proprietário, mas apenas flutuação no valor da propriedade — fenômeno típico do capitalismo — oriunda de condicionamento normal da vida em sociedade, que não lhe apanha exclusivamente, e que se cinge ao dever de adequação do exercício do direito de construir ao fato novo da passagem da linha do metrô, segue-se que qualquer pagamento de numerário para imunizá-lo quanto a esta repercussão importaria o seu *enriquecimento sem causa*. Enriquecimento assim, obviamente, seria *ilícito*. Por certo, o Direito não serve — e seria desastroso se servisse — para tutelar pretensões egoísticas de imunidade a possíveis frustrações de expectativas de ganho financeiro, por força de condicionamentos normais da vida em sociedade.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A Perfuração do Túnel do Metrô sob Imóveis Urbanos: Hipótese de Mera Limitação à Propriedade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 41-62, abr./jun. 2005.