

31/10/2011 14:18:17

Servidões administrativas

SÉRGIO ROXO DA FONSECA
Promotor de Justiça — SP

SUMÁRIO: 1 — Introdução; 2 — A intervenção administrativa como atividade jurídica; 3 — O conceito jurídico de propriedade; 4 — Servidão administrativa; 5 — A constituição de servidões administrativas; 6 — A responsabilidade patrimonial do Estado por ato lícito; 7 — Conclusões.

1 — Introdução

O Estado em busca da satisfação do interesse comum vale-se dos serviços das pessoas ou do uso de coisas.

Na primeira hipótese, o trabalho humano poderá ser voluntário ou involuntário. Será voluntário, quando desenvolvido pelos agentes públicos e involuntários, quando prestado por pessoas estranhas ao seu quadro, que assim são submetidas ao cumprimento de determinadas tarefas por força de determinação legal, como, por exemplo, com a prestação do serviço militar obrigatório.

Na segunda hipótese, o Estado instrumenta-se das coisas que ou compõem o patrimônio público ou o domínio privado.

Desta forma, sustenta-se que o Estado tem poderes para proceder intervenções no domínio privado em busca da satisfação do interesse público, seja por intermédio da supressão do direito de propriedade, por meio das expropriações, seja pela imposição de restrições ao seu exercício, como quando são constituídas as servidões administrativas¹.

As disciplinas, que, regem as expropriações e as servidões administrativas, muito embora mantenham certo grau de similitude, não são iguais, merecendo, pois, apreciação em apartado.

O presente trabalho busca tecer algumas considerações a respeito do regime jurídico-administrativo das servidões administrativas e a possibilidade de ser indenizável o interesse sacrificado com a sua constituição.

1. OVIEDO, CARLOS GARCIA, Derecho Administrativo, EISA, Madrid, 1953, 4.ª edição, pág. 259.

2 — A intervenção administrativa como atividade jurídica

As intervenções administrativas em área do domínio privado exteriorizam atividade jurídica e como tal o problema merece ser enfrentado.

A atividade administrativa é assim sempre antecedida por uma autorização legal. O ato administrativo, como norma jurídica, tem o seu fundamento de validade na norma legal que está, desta forma, para ele como a matriz de seus efeitos. Não é possível conceber a existência de um ato administrativo válido que não seja precedida por norma legal atributiva de poder².

O fundamento jurídico do sistema é constitucional, pois radicado no art. 5.º, II, e, art. 84, IV, da Carta de 1988. Refiro-me, pois, ao princípio da legalidade administrativa, que tem tão grande consagração doutrinária que, no Brasil, poucos admitem exceções à sua aplicação³.

É escusado dizer que o princípio da legalidade administrativa não pode ser dissociado do princípio constitucional da isonomia, pois dele é o seu instrumento. Não seria ousado dizer, pois, que o princípio da legalidade administrativa existe para dar sentido à cláusula constitucional da igualdade, que, assim sendo, põe-se na cúspide do sistema normativo.

Segundo essa visão, a intervenção administrativa, na propriedade privada, somente pode ser efetivada, *secundum legem*, nunca *praeter legem* ou *contra legem*, pois, como ficou anteriormente grifado, trata-se de atividade jurídica, vale dizer, sempre balizada pela norma legal.

3 — O conceito jurídico de propriedade

A disciplina jurídica da propriedade privada é hoje regulada tanto por normas de direito privado como por aquelas outras de direito público.

Segundo a dicção do art. 524, do Código Civil, atribui-se ao proprietário o poder de usar a coisa, dela extrair seus frutos, decidindo sobre a sua disposição, podendo reivindicá-la daquele que a detiver ilegalmente. A doutrina assinala que não foram os romanos que cunharam a expressão *jus utendi, fruendi et abutendi*, mas, sim, os comentadores.

Por sua vez, a Constituição de 1988 acrescenta ainda ao núcleo conceitual outro elemento, de caráter finalístico, exteriorizado pela expressão *função social da propriedade*.

Sendo assim, possível se torna dizer que o perfil normativo da propriedade pode ser definido como sendo o direito que atribui ao seu titular o poder de usar a coisa, extrair os seus frutos, resolvendo sobre a sua disposição, reivindicando-a das mãos de quem a possuir ilegalmente, sempre em busca da satisfação de um interesse social.

Nesse sentido está a doutrina mais moderna⁴.

2. STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des Actes Administratifs*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1973, pág. 33.

3. GASPARINI, DIOGENES, *Poder Regulamentar*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, 2.ª edição.

4. SILVA, JOSÉ AFONSO, *Direito Urbanístico Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, 1.ª edição, pág. 485: "Em verdade, a Constituição assegura o direito de propriedade, mas não só isso, como assinalamos, pois estabelece também seu regime fundamental, de tal sorte que o direito civil não disciplina a propriedade mas tão-somente regula as relações civis a ela referentes. (...) **Função Social** é um elemento do regime jurídico da propriedade; é pois princípio ordenador da propriedade privada; incide no conteúdo do direito de propriedade; impõe-lhe um novo conceito"; COLLADO, PEDRO ESCRIBANO, *La Propiedad Privada Urbana*, Montecorvo, Madrid, 1979, pág. 115.

Leciona-se, pois, que o direito real atribui ao seu titular um poder imediato sobre a coisa, que o distingue do direito das obrigações.

Direito real será, pois, aquele que outorga ao seu titular um especial poder sobre a coisa, não dependente mais da participação direta de qualquer outra pessoa, ao contrário do que se passa em área de direito das obrigações, onde o seu exercício está sempre condicionado a uma prestação do devedor.

Da especial situação jurídica do proprietário, extraíram-se os elementos que conferem o caráter do direito de propriedade.

Muito embora o art. 544, do Código Napoleão tenha previsto a possibilidade da limitação da propriedade por meio de leis e regulamentos, reconheceu-se ser **absoluto** o direito correspondente. O vocábulo é empregado aí com uma empostação técnica. É absoluto o direito real porque, por meio dele, o seu titular submete a coisa independentemente da vontade de qualquer pessoa.

O BGB, por outro lado, assinalou ser o direito real também **exclusivo**, assim considerado o atributo que confere ao seu titular o poder de reagir contra o ataque encetado por terceiros no âmbito do seu exercício. Já se pôs a descoberto que essa afirmação não é peculiar do direito real pois se trata de um efeito jurídico produzido por qualquer relação jurídica de outra natureza⁵.

Afirmou-se mais ainda que se tratava de um direito **perpétuo**, desde que não se esgotava pelo desuso, eis que o seu perdimento somente poderia ser pronunciado pela lei ou por ato de vontade do seu titular.

Destarte, ao lado do conceito anteriormente formulado, de dupla feição, acrescentou-se que o direito de propriedade, como espécie de direito real, exibe três caracteres ontológicos: é absoluto, é exclusivo e é perpétuo.

Ora, a intervenção jurídica do Estado somente poderá ser efetivada sobre os elementos e os caracteres anotados.

Vale a pena anotar que esses são os limites impostos à propriedade, ou seja, tal é o perfil normativo do direito de propriedade.

Tem-se hoje como certo que não se limita o direito de propriedade. O direito limita a propriedade. A propriedade, desta forma, tem os seus limites definidos pelo sistema normativo. Ao direito impõem-se restrições legais ou administrativas⁶.

No âmbito dessas restrições legais ou administrativas do direito de propriedade pretendo ver as servidões administrativas.

Se a limitação da propriedade corresponde ao perfil normativo do seu direito, possível se torna afirmar que o direito contorna o caráter **absoluto** da propriedade, demarca, assim, os seus confins.

Admitindo-se a **perpetuidade** como sua contínua permanência temporal, percebe-se que não é a propriedade imarcescível, pois, como obra do homem, traz consigo a semente de sua perda.

5. PÉREZ, JESUS GONZALEZ, *Los Derechos Reales Administrativos*, Editorial Civitas S/A, Madrid, 1984, 2.ª edição, pág. 17.

6. BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO, *Apontamentos sobre o Poder de Polícia*, São Paulo, 1969, Revista de Direito Público, vol. 9/55; ALESSI, RENATO, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 1960, pág. 533; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 3.ª edição, tomo XI, pág. 9: "O próprio domínio tem o seu conteúdo normal, que as leis determinam. Não há conteúdo a priori jusnaturalístico de propriedade, *senso lato*, nem conceito a priori jusnaturalístico de domínio".

Finalmente a **exclusividade** do seu feito, demais disso, não se nos afigura como um poder de enfrentar todos os interesses públicos e privados, que, por muitas vezes, em sua detração merecem o amparo do sistema normativo.

Admitindo-se, como postulado axiomático (ressalvadas as questões vocabulares já anotadas) que a propriedade é absoluta, perpétua e exclusiva, teremos que o ataque a tais caracteres representarão sempre uma atividade válida enquanto contido pelo sistema normativo.

Agora sim, reconhece-se que o caráter **absoluto** pode ser atacado pelas **limitações**, que traçam o perfil normativo da propriedade. A sua **perpetuidade** pode ser interrompida pela **expropriação**. A sua **exclusividade** pode ser suspensa pelas **servidões administrativas**.

As limitações normativas da propriedade refletem sempre o exercício da soberania do Estado, que rege a matéria segundo a sua vontade política. Por conseguinte, as limitações não geram direito à indenização.

As expropriações deverão sempre dar azo às indenizações, segundo o nosso modelo constitucional (Constituição de 1988, art. 5.º, XXIV, art. 182, parágrafo quarto, III, e, art. 184).

As servidões administrativas exteriorizadas, pois, como restrições ao exercício do direito de propriedade, poderão ou não dar ensejo ao dever de indenizar.

Tem-se admitido a indenização de conformidade com o modo pelo qual é a servidão constituída e como também pelo tamanho do sacrifício imposto ao direito do administrado. Portanto, vale a pena de passagem examinar a extensão do conceito jurídico da entidade, não se olvidando que as limitações geram sempre um **non facere**, enquanto as servidões geram sempre um **pati**⁷.

4 — Servidão administrativa

Em sede de direito privado, servidão é direito real sobre coisa alheia imóvel⁸.

Observando-se a existência de traços semelhantes entre as servidões privadas e as restrições aqui estudadas, adotou-se o nome de servidões administrativas para estas últimas, o que contou com o prestígio de Garrido Falla, que para tanto se louvou na cátedra de Girola⁹.

Contudo, foi assinalado que a servidão administrativa não se pauta bem em face da existência de um prédio dominante e um outro serviente, mas, sim, de um interesse público dominante na presença de um interesse privado pelo menos enfraquecido perante o ordenamento jurídico. Existe, pois, a restrição administrativa somente para satisfazer um determinado interesse público¹⁰.

Desta forma, ao que parece, torna-se inconsistente perante o sistema a classificação proposta para as servidões, que as divide entre prediais e pessoais¹¹.

7. BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO, *Elementos de Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, 1.ª edição, 7.ª tiragem, pág. 179.

8. GOMES, ORLANDO, *Direitos Reais*, Forense, Rio de Janeiro, 1.ª edição, pág. 350: "servidão é o direito real sobre coisa imóvel alheia, que lhe impõe o ônus em proveito de outra, pertencente a diferente dono".

9. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, A.G. Marisal, Madrid, 1966, 3.ª edição, vol. II, pág. 233.

10. ALESSI, RENATO, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1970, vol. II, pág. 428.

11. MAYER, OTTO, *Derecho Administrativo Alemán* Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, tomo III, pág. 272: "A servidão de direito público é um poder jurídico parcial constituído sobre um imóvel em favor de um interesse público" (LIMA, RUY CIRNE, *Das Servidões Administrativas*, São Paulo, 1968, Revista de Direito Público, vol. 5, pág. 18).

Portanto, sobrevindo a servidão administrativa cabe ao proprietário suportar os seus efeitos, compelido que estará a um comportamento **in patiendo**. Impõe-se anotar que o sacrifício deverá sempre recair sobre a propriedade alheia em homenagem ao princípio **nemine res sua propria servire potest**.

Destarte, o ônus real que recai sobre bem alheio, submetendo o seu proprietário à satisfação de um interesse público dominante que, não suprimindo o domínio, tende a restringir o seu exercício, chama-se servidão administrativa¹².

5 — A constituição de servidões administrativas

As servidões administrativas podem ser constituídas por título público ou por título privado.

Serão constituídas por título público quando tiverem a lei e a convenção como matriz; a usucapião é modo privado de constituição da servidão administrativa¹³.

Emergindo a servidão administrativa da fluência do prazo de usucapião afirma-se que o proprietário não fará jus à indenização pois que, enfim, o Direito Civil não a prevê para a espécie.

As partes, na convenção, estabelecerão se o interesse privado, posto em sacrifício, será ou não substituído pelo seu valor monetário.

E, enfim, a servidão constituída por força de norma legal gerará ou não indenização, de conformidade com o que será adiante explicitado.

6 — A responsabilidade patrimonial do Estado por ato lícito

A matéria está encartada na área da responsabilidade do Estado por ato lícito, o que hoje já se admite seja em razão de sua atividade legislativa, administrativa ou judicial.

Não se nega a possibilidade de ser o Estado condenado ao ressarcimento de danos ocasionados ao particular em decorrência do sacrifício de seu interesse por força da lei, do ato administrativo ou da sentença judicial. Essa responsabilidade patrimonial, vale a pena grifar, sobrevém mesmo na hipótese da validade da lei, da decisão administrativa ou da sentença judicial, ao menos segundo o melhor padrão de Estado de Direito.

Pois, na vigência do Estado de Direito (melhor seria dizer Estado Material de Direito¹⁴ não se concebe a possibilidade do particular ser discriminado pelo Estado, mesmo quando licitamente presencia a detração do seu interesse em nome da satisfação do bem comum. Estabelecendo-se um ônus maior sobre o patrimônio de

12. CAETANO, MARCELO, *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1977, pág. 470; ELUSTIZA, ANGEL SUSTAETA, *Propiedad y Urbanismo*, Montecorvo, Madrid, 1978, pág. 278.

13. PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI, *Servidão Administrativa*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, pág. 64.

14. ENTERRIA, EDUARDO GARCIA DE, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1986, 1.ª edição, 1.ª reimpressão, pág. 104: "A este cambio de perspectiva es a lo que la doctrina alemana ha llamado expresivamente el paso de un Estado formal de Derecho (que sería, por cierto, el Estado *burgués* de Derecho) a un Estado material de Derecho, o del Derecho en su sentido material e formal. (...) Lo cual quiere decir un Estado donde el poder del Estado, democráticamente formado, está vinculado al Derecho, en el sentido de sus valores materiales y de sus principios generales".

uma pessoa privada, o princípio da igualdade somente será restabelecido se for ela devidamente indenizada com a substituição do seu direito pelo valor pecuniário correspondente.

Portanto, tenho entendido que o fundamento jurídico da responsabilidade patrimonial do Estado por ato lícito está radicado no princípio da igualdade, que se instrumenta, com certeza, no princípio da legalidade administrativa, dado que todas e quaisquer de suas atividades são sempre atividades jurídicas. Ao menos na vigência do Estado de Direito¹⁵.

Observo que, para muitos autores, a proposição nada mais representa do que a aplicação do princípio da justa distribuição da carga pública, que não deve pesar sobre um patrimônio particular mesmo quando a detração é imposta em nome do bem comum.

É escusado dizer que a disciplina da responsabilidade patrimonial do Estado, por atos lícitos e ilícitos, desde há muito tempo no Brasil é regida por texto constitucional.

Ocorre, contudo, que o ataque do interesse particular pelo Estado, no exercício de seus jurídicos poderes, nem sempre faz gerar em favor do particular o direito à indenização ou à conversão do direito no seu equivalente pecuniário, como querem outros.

Neste sentido, afirma-se que somente existe direito à indenização na hipótese de verificados e cumpridos os requisitos fundamentais da responsabilidade patrimonial por atos lícitos.

Canotilho, que estudou a matéria de maneira insuperável, afirma que esses requisitos podem assim ser averbados: "a) que o ato da administração fosse legal, isto é, réentrasse formal e substancialmente nos limites do poder concedido ao ente público; b) que o sacrifício resultante de tal ato não constituísse uma simples **limitação do direito subjetivo**. Devia, por conseguinte, não se tratar de uma compressão abstrata comum a toda categoria de direitos, mas sim de um ataque grave contra determinado direito; c) o sacrifício, para ter dignidade indenizatória, devia traduzir-se na **ablação ou limitação substancial de um direito subjetivo perfeito** e não na simples ofensa de um interesse legítimo¹⁶."

Bem possível se torna examinar o dever de pagar indenização pela constituição por lei de servidões administrativas segundo a ótica do grande professor português.

Para que a imposição da medida restritiva ganhe foros de validade, impõe-se estar perfeitamente enquadrada no ordenamento jurídico. O seu desdinhamento com o balizamento normativo deverá gerar a sua supressão e possível indenização por ato ilícito, não por atividade lícita do Estado.

Em segundo lugar, a limitação da propriedade resultante de nova configuração legal não dá azo à reclamação indenizatória. A limitação de fatos por lei espelha atividade soberana do Estado, daí resultando tratamento igualitário para todos que

15. CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES O Problema da Responsabilidade do Estado por Atos Lícitos, Livraria Almedina, Coimbra, 1974, pág. 135.
16. CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, O Problema da Responsabilidade do Estado por Atos Lícitos, Livraria Almedina, Coimbra, 1974, pág. 82.

se encontram sob o halo de sua previsão. Alterado o modelo normativo da entidade jurídica, todos os interessados serão atingidos pela nova disciplina, incorrendo na espécie, pois, qualquer violação à cláusula isonômica ou ao princípio da legalidade administrativa¹⁷.

Tal não ocorre com a imposição de uma **restrição** ao exercício do direito de uma ou de algumas pessoas privadas que, porventura, sejam surpreendidas com a proibição de não mais edificar acima de certa altura em razão da construção de um aeroporto ou de uma unidade militar localizados na vizinhança de seu prédio. Nesta hipótese, a entidade jurídica não tem o seu modelo original alterado, permanecendo intangível para todos os proprietários, exceção feita para aqueles que mantêm lotes de terra nas imediações daquele sítio. Seguramente, estes últimos em nome de uma utilidade pública, presenciam a imposição de uma medida restritiva ao exercício de seu direito, que os submete a um sacrifício (**pati**), correspondente ao ônus de uma ingerência externa no exercício do direito de sua propriedade, o que implica inescindível alteração na **exclusividade** do seu caráter.

Finalmente, a servidão imposta unilateralmente pelo Estado somente resultará no direito à indenização, quando um dos elementos nucleares do direito vem a ser **especialmente sacrificado**, denotando, assim um considerável ônus patrimonial¹⁸. Desta maneira, seria aplicado o princípio do mínimo prejuízo¹⁹.

7 — Conclusões

Concluo, assim, afirmando:

- a) que não tem cabida a indenização na hipótese de limitações normativas da propriedade;
- b) que também ela não se dá pela constituição de servidão administrativa pela usucapião;
- c) que a conversão do direito privado sacrificado dará azo à substituição pelo seu equivalente econômico, segundo a vontade das partes, quando constituída uma servidão administrativa por meio de convenção;
- d) que a constituição de servidão administrativa por lei dá direito à indenização por atividade lícita do Estado, quando impuser especial restrição ao direito atacado, que implique a imposição de especial ônus ao patrimônio privado.

17. MAYER, OTTO, Derecho Administrativo Alemán, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, tomo III, pág. 286.
18. BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO, Elementos de Direito Administrativo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, 1.ª edição, 5.ª tiragem, pág. 180; FIGUEIREDO, LUCIA VALLE, Disciplina Urbanística da Propriedade, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, pág. 20: "E, finalmente, as servidões administrativas podem constituir-se sobre quaisquer bens, móveis ou imóveis, e devem ser indenizadas, na medida do ônus causado ao particular".
19. CAETANO, MARCELO, Princípios Fundamentais de Direito Administrativo, Forense, Rio de Janeiro, 1977, pág. 471: "A servidão administrativa deve ser constituída de modo a permitir que os prédios servientes continuem a ser utilizados pelos seus donos como dantes, segundo o princípio do mínimo prejuízo e nesse caso não haverá lugar ao pagamento da indenização. A obrigação deste só nascerá quando a servidão impeça a continuação da fruição normal do todo ou de parte do prédio serviente, de modo a diminuir efetivamente o seu valor. Neste caso haverá um sacrifício excepcional imposto ao proprietário com violação ao princípio da igualdade dos cidadãos no encargo público, justificativo da indenização".

Bibliografia

1. ALESSI, RENATO, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 1969, 3.^a edição.
2. BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO, *Apontamentos sobre o Poder de Polícia*, São Paulo, 1969, Revista de Direito Público, vol. IX, pág. 55.
BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO, *Elementos de Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, 1.^a edição, 7.^a tiragem.
3. CAETANO, MARCELO, *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1977.
4. CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *O Problema da Responsabilidade do Estado por Atos Lícitos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1974.
5. COLLADO, PEDRO ESCRIBANO, *La Propiedad Privada Urbana*, Montecorvo, Madrid, 1979.
6. ELUSTIA, ANGEL SUSTAETA, *Propiedad y Urbanismo*, Montecorvo, Madrid, 1978.
7. ENTERRIA, EDUARDO GARCIA DE, *Reflexiones sobre la Lei y los Principios Generales del Derecho*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, 1.^a edição.
8. FALLA, GARRIDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, A.G. Marisal, Madrid, 1966, 3.^a edição.
9. FIGUEIREDO, LUCIA VALLE, *Disciplina Urbanística da Propriedade*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.
10. GASPARINI, DIOGENES, *Poder Regulamentar*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, 2.^a edição.
11. GOMES, ORLANDO, *Direitos Reais*, Forense, Rio de Janeiro, 1.^a edição.
12. LIMA, RUY CIRNE, *Das Servidões Administrativas*, São Paulo, 1968, Revista de Direito Público, vol. V, página 18.
13. MAYER, OTTO, *Derecho Administrativo Alemán*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951.
14. OVIEDO, CARLOS GARCIA, *Derecho Administrativo*, EISA, Madrid, 1953, 4.^a edição.
15. PEREZ, JESUS GONZALEZ, *Los Derechos Reales, Administrativos*, Editorial Civitas, Madrid, 1984, 2.^a edição.
16. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Forense, Rio de Janeiro, 3.^a edição.
17. PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI, *Servidão Administrativa*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978.
18. SILVA, JOSÉ AFONSO DA, *Direito Urbanístico Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, 1.^a edição.
19. STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des Actes Administratifs*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1973.