

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**NOVA ABORDAGEM DA INTERFERÊNCIA DA SERVIDÃO
ADMINISTRATIVA NO DIREITO DO TITULAR, NAS PROPRIEDADES
URBANAS PARTICULARES, SOB A ÉGIDE DA CARTA POLÍTICA DE**

1988



CURITIBA

2005

NELSON KUHN DENES FILHO

**NOVA ABORDAGEM DA INTERFERÊNCIA DA SERVIDÃO ADMINISTRATIVA NO
DIREITO DO TITULAR, NAS PROPRIEDADES URBANAS PARTICULARES, SOB A
ÉGIDE DA CARTA POLÍTICA DE 1988**

**Monografia de graduação apresentada no
Curso de Bacharelado em Direito da
Universidade Federal do Paraná como
conclusão de curso para obtenção de
grau.**

**Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe
Bacellar Filho**

**CURITIBA
2005**

TERMO DE APROVAÇÃO

NELSON KUHN DENES FILHO

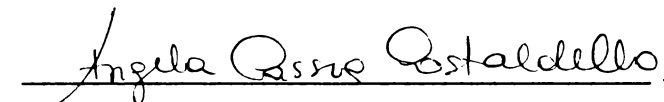
NOVA ABORDAGEM DA INTERFERÊNCIA DA SERVIDÃO ADMINISTRATIVA NO DIREITO DO TITULAR, NAS PROPRIEDADES URBANAS PARTICULARES, SOB A ÉGIDE DA CARTA POLÍTICA DE 1988

Monografia aprovada como requisito para a obtenção de grau no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora.

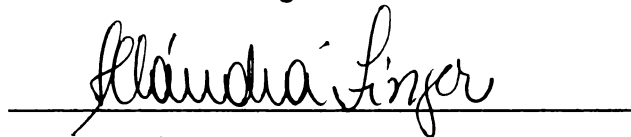


Orientador: ~~Prof. Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho~~

Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Profª Doutora Angela Cassia Costaldello



Profª Mestra Ana Cláudia Finger

Curitiba, 14 de outubro de 2005

DEDICATÓRIA

“À minha família, com muito amor e carinho”.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS	
RESUMO	
ABSTRACT	
INTRODUÇÃO	09
1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO REAL DE PROPRIEDADE	
1.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	16
1.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICA DA PROPRIEDADE	19
2. O TEMA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	25
3. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS DE ORDEM GERAL	41
4. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ESPECÍFICAS	61
CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac.	-	acórdão
ADIn.	-	ação direta de inconstitucionalidade
Ag.	-	agravo
ApCív	-	apelação cível
ampl.	-	ampliado(a)
art.	-	artigo
atual	-	atualizado(a)
cap.	-	capítulo
CC/1916.-	-	Código Civil de 1916, Lei nº 3.071 de 1º.1.1916
CCB	-	Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406 de 10.1.2002
Ccív	-	Câmara(s) cível(eis)
cit.	-	citado(a)
CPC	-	Código de Processo Civil, Lei nº 5.869 de 11.1.1973
CRFB	-	Constituição da República Federativa do Brasil
Des.	-	Desembargador
DF	-	Distrito Federal
DJ	-	Diário da Justiça
e.g.	-	<i>exempli gratia</i>
ed.	-	edição
EI.	-	embargos infringentes
MC	-	medida cautelar
Min.	-	Ministro
MP	-	medida provisória
Nº/nº/n.	-	número
op. Cit-	-	<i>opus citatum</i>
p.	-	página
par	-	parágrafo
PR	-	Paraná
RDA	-	Revista de Direito Administrativo
RE	-	Recurso extraordinário
Rel.	-	relator

Resp	-	Recurso especial
rev.	-	revisto(a)
RISTF-		Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RT	-	Revista dos Tribunais
SC	-	Santa Catarina
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
t.	-	tomo
TFR	-	Tribunal Federal de Recursos
Tir	-	tiragem
tít	-	título
TJPR	-	Tribunal de Justiça do Paraná
TJSC	-	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TRF	-	Tribunal Regional Federal
v.	-	volume
v.m	-	votação por maioria
v.u.	-	votação unânime

RESUMO

Discutir o problema decorrente do ônus que recai sobre as propriedades urbanas particulares atingidas por servidão administrativa e oferecer uma via possível, geral e abstrata de interpretação da lei, que possa vir a permitir uma solução mais justa para o proprietário ou possuidor de boa-fé do imóvel serviente, especialmente em relação aos terrenos urbanos edificados, edificáveis, loteados ou loteáveis - em contraponto ao manejo do instrumental jurídico privatístico e publicístico até aqui observado - com vistas à indicação de uma solução viável para eliminar as distorções existentes na apreciação do impacto patrimonial sobre o direito de propriedade do titular, decorrente da instituição da servidão pública nessas propriedades, de modo a compensar com a maior completude possível e na forma da lei, a diminuição que se inflige àquele complexo de direitos reais, respeitando-se a garantia da ampla, prévia e justa indenização pecuniária prevista na Constituição de 1988, através da interpretação da lei segundo o ordenamento jurídico constitucional. Demonstrar que a propriedade urbana teve seu alcance ampliado com a acolhida e o reavivamento de certos institutos do Direito Privado, de que são exemplos a outorga onerosa do direito de construir e o direito de superfície, tornando-se imperioso que a indenização devida pela restrição gerada com a instituição da servidão administrativa sobre a propriedade urbana deva considerar os efeitos econômicos gerados por aqueles direitos. Propor que a abrangência da análise que objetiva determinar a indenização ao *dominus* não mais deva restringir-se apenas aos danos materiais imediatamente quantificáveis, para passar a contemplar eventuais perdas e danos cujos efeitos, embora ainda não-incidentes no momento em que nasce a restrição, sejam dotados de existência, validade e eficácia futuras, desde que certas e comprovadas. Examinar institutos jurídicos como a perda de chance, a incolumidade relativa da casa, a elasticidade do domínio, a supressão da exclusividade e da liberdade de exercício dos poderes inerentes ao domínio, com o objetivo de delinear uma solução mais adequada, hábil a refletir a restrição imposta em cada caso concreto, sem o que a decisão judicial que fixa a indenização não cumpre o papel de garantir a recomposição patrimonial da forma mais ampla, assim como desejado pelo legislador constituinte.

Palavras-chave: princípios constitucionais; servidão administrativa; restrições; indenização ampla; propriedade urbana.

ABSTRACT

To argue the decurrent problem of the duty on particular urban real properties reached by public servitude and to offer a possible way, general and abstract of interpretation of the law, that can be able to allow a fair solution for the proprietor or good-faith possessor of the servient property, especially the built urban lands or those to be built, divided urban lands into parcels or those to be divided - in counterpoint to the handling of the Private and Public Law instruments until now observed - towards the indication of a viable solution for eliminating the existing distortions in the appreciation of the patrimonial impact on the right of property of the bearer, decurrent of the institution of the public servitude in these properties, in order to enclose with the best possible completeness and in the form of law, the reduction inflicted to that complex of rights "in rem", respecting the ample, previous, fair, pecuniary indemnity guarantee foreseen in the Federal Constitution of 1988, through the interpretation of the law according to constitutional legal system. To demonstrate that urban property had its range extended after the reception and revival of some institutes of the Private law, of which are examples the right of construction onerous grant and the real estate lease to use and build, turning it imperious that the indemnity due for the restriction caused by the institution of the administrative servitude on urban property must to consider the economic effect generated on those rights. To consider that the reach of the analysis that objectifies to determine the indemnity to the "dominus" ought not to be limited only to the material damages immediately quantifiable, even better to contemplate other eventual damages, although still not-incidents at the moment the restriction raised in but which effect can be admitted endowed with future existence, validity and effectiveness since then certain and proven. To examine legal instruments such as the loss of opportunity, the principle of the relative non-vulnerability of house, the principle of the elasticity of domain, the suppression of both exclusiveness and free exercise of the domain inherent rights, capable to allow to delineate a more adequate, skillful solution to reflect the restriction imposed in a situation "in concreto", otherwise the sentence that fixes the indemnity does not fulfill the role of guaranteeing the patrimonial resetting in the most ample form, as well as desired by the constituent legislator.

Key words: constitutional principles; public servitude; whole indemnity; restrictions; urban property.

INTRODUÇÃO

Com o advento da atual Constituição Federal acentuou-se o incremento da relativização do direito de propriedade, outrora tido como absoluto, que vem sendo experimentado após a incorporação pelo ordenamento pátrio de noções como a assim chamada função social da propriedade ou a propriedade como função social.

Se por um lado a Lei Maior, por possuir contornos híbridos inspirados em ideais liberal-socialistas, representa a modernização do conceito do direito de propriedade, constringindo-o por diversos modos, é certo que tal relativização da propriedade não poderá ir a ponto de impor ao particular, ônus tamanhos que se não lhes corresponda justa compensação, a qual o legislador sabiamente fez incluir *in abstracto* no ordenamento jurídico, com o fim de permitir socorrer o titular da propriedade que se defrontar com situação de qual sobrevém diminuição ou supressão desse direito.

Pois bem. Muito embora a Constituição Federal (art. 5º, XXIV), a legislação especial (Decreto-lei nº 3.365/1941 de 21/6/1941, em seu art. 40, leis esparsas e suas alterações posteriores), a melhor doutrina pátria, e por vezes, alguma jurisprudência mais acurada, contemplem a previsão de pagamento de justa e prévia indenização nas hipóteses de transmissão da coisa independente da vontade do proprietário, motivada por interesse social ou por necessidade ou utilidade pública - modalidade-gênero de perda da propriedade do qual é espécie a servidão administrativa ou pública - e ressalvada a indenização nas hipóteses de ocorrência de atos ilícitos, nota-se que a interpretação e aplicação da lei têm-se revelado insuficientes para recompor o direito de propriedade limitado ou diminuído pela servidão administrativa nos casos das propriedades urbanas particulares, quando o dano patrimonial torna-se considerável em face do valor e das condições de uso do imóvel, vez que o *quantum* indenizatório devido pela formação da faixa de servidão pública, consoante entendimento que está majoritariamente disseminado na doutrina e nos tribunais, vem historicamente tendo por base certos coeficientes ou percentuais pré-definidos que pouca ou nenhuma base teórica possuem.

Esses coeficientes e percentuais, citados fartamente em julgados por todo País, não raro, nenhuma aproximação guardam com o caso concreto, mas os julgadores de modo generalizado passaram ao longo do tempo a entender que devem ser obrigatoriamente aplicados para a determinação matemática do valor venal da faixa servienda - cabe dizer, por certo tendo em vista se tratar de solução que demanda quase nenhum cálculo ou estudo, quando não eliminando a intervenção de perito versado em conhecimento científico e até por isso criando falsa ilusão de redução do custo do processo, e de todo o modo, sem sombra de dúvida facilitando a tarefa do juiz ao examinar a questão de mérito pela abstração de maiores complexidades técnicas.

Porém, tal solução no caso concreto, se em tese estaria a permitir o incremento da produção da atividade judicante, porque diminuído o fardo a pesar sobre o juiz, termina por não representar a justa indenização prevista em lei.

Esse desfecho processual não faz justiça àquele que buscara socorro à tutela jurisdicional em face dos efeitos do ato de Estado.

Se não há dano, não se há de indenizar. Entretanto, verificado que ocorreu dano, a esfera patrimonial do proprietário haverá de ser recomposta da forma mais adequada. E aqui se torna fundamental não se prender apenas aos danos aparentes que emergem do exame apriorístico da coisa imóvel.

Normalmente, o dano buscado pelo hermeneuta cinge-se a verificar se há a circunstância de ver-se o *dominus* obrigado a suportar a demolição total ou parcial de eventuais acessões existentes sobre o imóvel. Insuficiente a análise que esteja limitada a isso.

A progressiva complexificação da vida contemporânea e, por conseguinte, das relações humanas e jurídicas fizeram com que a propriedade imóvel seja hoje mais do que o valor pecuniário resultante da singela soma da terra nua e das acessões e benfeitorias. Ou ainda: a análise definidora da indenização deve tomar o imóvel serviente em sua inteireza para somente assim corretamente permitir aquilatar os danos efetivamente infligidos ao proprietário.

Trata-se da antítese da função social da propriedade, como alguns podem preferir dizer. Na medida em que o ordenamento jurídico impõe ônus crescentes a serem tolerados pelo proprietário do bem imóvel, deverá haver uma compensação tão judiciosa quanto proporcional àquele fardo. O ordenamento jurídico e a

interpretação da lei devem acompanhar as mudanças sociais e econômicas da vida. O inverso disso seria entronizar o injusto.

É intento obter neste trabalho a demonstração, sobre bases jurídicas, de que a análise que leva à indenização deve necessariamente contemplar a efetiva redução do valor econômico do imóvel após a instituição da servidão, no mundo dos fatos concretos, pela consideração de toda e qualquer alteração havida que tenha acarretado a diminuição do valor de mercado do imóvel serviente, comparando-o com idêntico imóvel situado no mesmo local e região e que não tenha sofrido a restrição, direcionando a análise para dois pontos essenciais: (i) primeiro, o aproveitamento econômico do *serviens* que ainda será possível depois da servidão sob aspecto quantitativo (em termos de coeficiente de aproveitamento - a área máxima edificável sobre o terreno - e de taxa de ocupação - a projeção horizontal sobre o terreno da área máxima edificável - os quais em conjunto, nas legislações municipais de zoneamento e uso do solo, definem o chamado potencial construtivo); e (ii) segundo, o aproveitamento econômico sob aspecto qualitativo, ou seja, o alcance e a natureza de todas as restrições efetivamente impostas sobre o imóvel, isto é, a desvalorização em termos de perda de exclusividade e de perda da liberdade do exercício de um ou mais poderes e faculdades do domínio, efetivamente ocorridas.

Caso comum seria aquele em que a posição da faixa servienda em um lote urbano é tal que impeça a liberdade de construção na faixa, ainda que não impeça a edificação na área remanescente. Ou quando elide o livre uso paisagístico da faixa como parte da composição e harmonia segundo um possível partido arquitetônico.

Note-se que o aproveitamento econômico pode nem mesmo ter sido quantitativamente diminuído, remanescendo intocado *in quantitate* após a servidão, de modo que, vista de relance a questão, possa parecer que sobre o imóvel estejam a pesar somente as limitações abstratamente impostas pela autoridade municipal como ação de política de ordenamento urbano, ou mesmo restrições decorrentes de outra servidão pré-existente, e, ainda assim, qualitativamente, poderá haver restrição advinda pela servidão ao ser esta qualitativamente considerada.

É que sobre a faixa servienda a perda em relação a um ou mais poderes ou faculdades do domínio dá-se desde logo. A perda de exclusividade sempre ocorrerá em favor do Poder Público seja qual for a natureza da servidão.

A questão que importa para aquilatar o dano imposto ao *dominus* é saber se a imposição da servidão sobre o *serviens* - especialmente em se tratando de lote de terreno urbano edificado, edificável, loteado ou loteável - é tal que impeça o normal aproveitamento econômico da faixa servienda de acordo com o interesse legítimo do dono e os regulamentos locais de uso do solo, pois a propriedade era plena antes da servidão, e a ela se integrava em um todo a faixa servienda, com os poderes e as faculdades próprios do domínio nela exercitáveis.

Se, tendo sido por ato da vontade estatal desmembrados, restringidos ou extintos um ou mais poderes e faculdades plenamente exercitáveis na faixa, a propriedade deixa de ser plena, para reconfigurar-se de modo que depois da servidão subsiste na faixa servienda somente reduzida ou diminuta parcela do domínio, ou apenas a posse, que nada mais passará a representar do que falsa aparência de propriedade, desvestida de conteúdo utilitário ou dispositivo, e, por conseguinte, econômico.

Não por acaso, no exemplo dado mais acima, está presente a noção de liberdade. Liberdade de construir e de usar o imóvel dentro dos limites pré-definidos na lei. Se a faixa de servidão provoca a redução dessa liberdade houve prejuízo, existe dano, também por essa razão, a par dos prejuízos materiais eventualmente causados pelo desapossamento e pelo uso público com a execução dos serviços, obras e manutenção.

É mister lembrar que, como na servidão pública o *dominus* sempre perderá a exclusividade, a expressão econômica dessa restrição dará, por assim dizer, a medida da mínima indenização devida.

Dano que decorre do incurso em prejuízo à liberdade de construir e de usar que é faculdade deixada ao proprietário pelo legislador (e ao conjunto dos proprietários de imóveis semelhantes, todos, então, rigorosamente em idêntica condição inicial de igualdade) e que previamente à instituição da servidão era pleno para este proprietário (que por isso, depois da servidão, deixa de figurar naquele plano de igualdade junto aos demais).

Se, por hipótese, o proprietário podia antes da servidão livremente edificar e utilizar para todo e qualquer fim lícito, em qualquer região do terreno, valendo-se da tecnologia e recursos arquitetônicos e construtivos disponíveis, e respeitadas as limitações administrativas para o local, e, após instituída a servidão, não mais lhe assiste tal liberdade, quer parecer que houve inegável prejuízo.

Ainda que possa construir idêntica quantidade de área, e mesmo que não se lhe tenha retirado a posse, houve prejuízo. A liberdade de usar o bem não é mais a mesma. Modificou-se em consequência de ato do Estado. Um dos componentes da propriedade foi suprimido. Cabe ao proprietário o direito de ver aquilatado o valor que servirá à correta recomposição patrimonial.

Entende-se para esse mister, como correto, o valor que resultar da análise técnica que for capaz de estabelecer qual é a efetiva redução de valor de mercado experimentada pelo imóvel serviente, a cada caso concreto, mediante o adequado emprego do instrumental da Engenharia de Avaliações e da Econometria, normalmente utilizados pelos peritos engenheiros, comparativamente a imóveis assemelhados ao serviente e que não suportam a restrição administrativa imposta.

Por evidente, deixa-se de adentrar em maiores detalhes sobre a conceituação ou a forma de utilização desse instrumental que pertence à diversa área técnica. Referências nesse sentido podem ser obtidas em literatura específica, escolhida dentre a mais abalizada existente, indicada ao final do trabalho.

Fundamental é dizer que, sendo a liberdade supra referida uma faculdade que é inerente ao direito real de propriedade, a decisão de exercê-la com maior ou menor plenitude, respeitados os limites da ordem econômica e social, cabia ao *dominus*. Este, em não a exercendo, nem por isso faz desaparecer o direito, não lhe rouba a substância ou o valor.

Ao contrário: tal faculdade é retirada do proprietário por ato de império do Estado.

E a indenização cabível deverá sempre espelhar com justeza e acerto o dano imposto ao proprietário pela obrigação de suportar que se faça, decorrente da servidão administrativa, pela consideração da restrição incidente sobre o imóvel mediante a dúplici valoração, nos seus aspectos quantitativo e qualitativo.

A objeção que se faz, ponto de arranque deste trabalho, qual seja, a necessidade de observar o efetivo dano causado ao direito do *dominus*, que vem do prejuízo efetivamente provocado ao imóvel, é em tudo convergente à direção do entendimento sustentado por MEIRELLES (1993, p. 533):

Indenização - A indenização da servidão faz-se em correspondência com o prejuízo causado ao imóvel. Não há fundamento algum para o estabelecimento de um percentual fixo sobre o valor do bem serviente, como pretendem alguns julgados. A indenização há que corresponder ao efetivo prejuízo causado ao imóvel, segundo a normal destinação. Se a servidão não prejudica a utilização do bem, nada há que indenizar; se o prejudica, o pagamento deverá corresponder ao efetivo prejuízo, chegando, mesmo, a transformar-se em desapropriação indireta com indenização total da propriedade, se a inutilizou para sua exploração econômica normal.¹

O que o célebre administrativista está a asseverar é que a indenização pela servidão administrativa deve espelhar da forma mais completa possível às garantias constitucionalmente consagradas no texto da Lei Magna.

No entanto, observa-se que a imensa maioria das situações levadas a juízo termina por se traduzir na sentença de mérito em autêntica malversação do instituto da servidão administrativa, quando, tendo a atuação do Poder Público por objeto a instituição de faixa servienda, quando incide sobre terreno urbano de menores dimensões, que representa o imóvel típico hoje existente nos centros urbanos, passa a não ser justa a verba indenizatória decretada ao fim do processo porque inábil a repor adequadamente os efeitos do impacto da servidão no patrimônio do proprietário, conduzindo a uma situação jurídica em que a servidão é parcialmente tratada como se limitação administrativa fosse. A propósito:

O Superior Tribunal de Justiça, fazendo confusão entre desapropriação e servidão, fixou o entendimento de que 'na desapropriação para instituir servidão administrativa são devidos juros compensatórios pela limitação de uso da propriedade' (Súmula nº 56). A confusão não está no reconhecimento do direito à indenização, mas na identificação feita entre dois institutos diversos como a desapropriação e a servidão administrativa: não é necessário desapropriar para instituir servidão. (DI PIETRO, 1998, p.128)

Portanto, de modo algum se está a defender a confusão entre servidão administrativa e desapropriação. Tampouco se está a pretender aqui que a indenização pela servidão se dê porque se imagina que a posse é retirada ou porque se supõe haver a supressão do domínio.

Mas, sim, que a indenização passe a corresponder mais fielmente ao impacto econômico sobre a esfera patrimonial do proprietário do bem *serviens* de forma abrangente e justa, que eventualmente pode coincidir com o valor que seria devido em desapropriação.

¹ STJ, REsp 5.741-RS, j. 8.5.91; TJSP, RITSP 130/44.

A indenização pela servidão se dá em relação aos danos efetivamente causados e não em relação à propriedade em si, aliás, como admite em uníssono a mais abalizada doutrina administrativista. Porque não se retira a propriedade, porque não se suprime por completo o domínio, a compreensão dominante é no sentido de que - em tese e em concreto - não poderia jamais o *quantum* da indenização igualar o valor da terra servienda.

Por isso mesmo, o Judiciário majoritariamente nas suas decisões vem respaldando a pretensão do Poder Público, qual seja, a de não ultrapassar a indenização determinado valor - este, elevado a foros de verdadeiro "teto" não - expresso na lei e tido sem qualquer base científica como "o que deve ser mansamente aceito", exatamente sob os argumentos de que o domínio não é fracionado, ou ainda que a posse não é retirada do *dominus*, ou mesmo que a Administração não pode ser onerada além de determinado valor, pena de se estar convertendo a servidão em desapropriação.

Descabe investigar aqui as causas que levam a esse quadro de desequilíbrio. Se a ausência de uma desejável e jamais alcançada base científica do processo, o qual se mostra cada vez mais casuístico e imediatista, redundando em decisões conflitantes sobre a mesma matéria, ou se é o atendimento aos clamores de um Estado enleado em dificuldades financeiras de que resulta pouca ou nenhuma capacidade de investimento, ou se por outra insondável causa.

Passemos, pois, a cuidar da questão proposta.

CAPÍTULO I

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO REAL DE PROPRIEDADE

1.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA

O direito de propriedade transmutou-se desde a Idade Antiga até os dias atuais, sem jamais desaparecer. A propriedade no início era comum ou tribal, sua natureza decorria da prevalência do interesse grupal. Posteriormente foi havendo a paulatina individualização da propriedade, com o primado do interesse individual, de cada um, sobre o da coletividade.

Passou a esta altura a propriedade a ser encarada tal qual seria mais tarde entendida, em sentido latíssimo, coincidentemente à noção de domínio. Constituem dessa época exemplos o latifúndio despótico, o senhorial e o de Roma após a crucial modificação das *possessiones* pelos patrícios romanos em seu próprio favor.

Das alterações na estrutura fundiária europeia, com a invasão visigótica de Roma e depois de um longo processo, resultaram a repartição e redistribuição das terras, entre lavradores e senhores. Na Reconquista, tomada dos árabes a terra pela realza ibérica e pelos proprietários godos, já se distinguia a propriedade em função do modo de aquisição (se em benefício do adquirente, se para cultivo mediante renda, se terra absoluta e livre).

Distinguidos os bens de raiz entre lavradores, beneficiários e senhores, havia ainda os bens da coroa, cujas origens costumavam serem oriundas de vários motivos: despojos de guerra e conquista, herança do súdito sem filhos, perdimento dos bens do criminoso, usurpação, rendas agrárias. Com a separação da pessoa do rei e do Estado, dividiram-se os bens da coroa em duas espécies: patrimoniais do rei e patrimoniais do Estado.

As terras distribuídas aos nobres detinham imunidade frente aos tributos, sendo chamadas de honras e coutos. Às distribuídas ao povo normalmente não

aproveitava tal liberalidade, submetidas que eram à jugada, tributo que tinha por medida a produção da semente obtível com um jugo de bois.

Honra, temor e fortuna familiar, nobre ou burguesa, sempre andaram *pari passu*, o que viria a justificar a primogenitura como critério de distribuição de terras, consubstanciada na Lei das Sete Partidas, dando origem ao morgado, forma precursora do direito sucessório. Em Portugal, admitiram-na as Ordenações Filipinas e as Manuelinas, tendo sido extinta em Portugal pela Lei de 19 de maio de 1863 e no Brasil pela Lei de 6 de outubro de 1835.

Interessante notar que a Lei das Sesmarias de 1375 foi virtualmente absorvida pelas Ordenações Afonsinas, tratando de obrigar os senhores de terras a cultivar, aforar ou arrendar a propriedade, sob pena de perdimento em favor de cultivadores dispostos e a justiça - primórdios do procedimento expropriatório.

A chamada Lei da Avoenga, que ganhara impulso com Dom Afonso II, dava aos descendentes e parentes mais próximos o direito de preferir aos demais quando da alienação de bens hereditários da família, bem ainda, o direito de remição desses bens a certo tempo, cuja inspiração vinha do direito romano.

No preciso ensinamento de MIRANDA:

A tradição dos direitos reais é romana. A influência germânica e as concepções modernas não conseguiram quebrar a armadura dos *jura in re*, desde o domínio até à hipoteca e o penhor, que são direitos já à porta do direito das obrigações, de que participam a dívida e o crédito. (...) o conceito romano se transformou. A transformação atendeu a sugestões econômicas e culturais. (1973 b, p. 41)

A lei precedente ao Código Civil reconhecia, além do domínio, os direitos reais limitados da enfiteuse, aforamento, prazo ou foro, domínio direto ou útil; censo ou venda constituída sobre imóvel, reservatório - se desmembrado do imóvel a alienar, consignativo - se o dono constituía em favor de outrem; usufruto; uso; habitação; penhor; hipoteca; anticrese; servidões. Do direito de superfície há registro de positivação somente em relação ao pau-brasil (Regimento de 12 de dezembro de 1605, Lei nº 243 de 20 de novembro de 1841, Regulamento de 11 de janeiro de 1842).

Tratava-se do *numerus clausus* que seria absorvido sem alterações com o advento da Codificação.

Durante a vigência da Lei nº 3.071 de primeiro de janeiro de 1916 dizia-se da propriedade que o domínio seria limitado ou ilimitado caso reunidos ou não os direitos elementares na pessoa do proprietário (art. 525, 1ª parte, CC/1916) ².

Pôs em relevo o legislador de então o sujeito do direito, o que trazia invariavelmente alguma confusão conceitual.

Uma vez mais, MIRANDA (1973 b, p. 42-3), sobre o aludido dispositivo do código anterior, reitera:

(...) Com isso (naquele art. 525) aludiu-se à limitação, quantitativa, do conteúdo, e à limitação temporal. A resolutividade concerne ao *tempus*. Em verdade, a propriedade ou é plena, ou não-plena: plena, na espécie do art. 525, 1ª parte; não-plena, nas espécies do art. 525, 2ª parte. Evitando-se o termo 'limitada', obvia-se aos inconvenientes que adviriam de também se falar de direitos reais limitados, em contraposição à propriedade, que é direito real ilimitado.

Sublinha-se com isso a natureza plena exclusiva do direito de propriedade - ressaltado, em substituição à imprópria noção de limitação do domínio existente na lei anterior, a contingência de o uso da propriedade não contrariar os valores trazidos pela ordem econômica e social na CRFB.

Em essência, do ponto de vista do Direito Privado, tem-se que a amplitude desse direito real foi mantida no CCB atual ³.

² CCB de 1916, art. 525. É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel.

³ CCB. art. 1.231. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário. (a lei anterior - CCB de 1916 - dispunha: art. 527. O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário).

1.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA PROPRIEDADE

Os direitos reais situam-se sob a principiologia do Direito Privado, matéria do Direito Civil. “O direito real de propriedade é o mais amplo dos direitos reais – ‘plena in re potesta’”. (GOMES, 2004, p. 109). Vem como garantia expressa constitucionalmente (CRFB, art. 5º, XXII).

O direito de instituir servidão administrativa é exclusivo das figuras estatais, ou seus delegados, subordinando-se a princípios do Direito Público, matéria do Direito Administrativo, como também a princípios da servidão civil.

Ao titular do direito real de propriedade assistem inúmeras faculdades que decorrem da complexidade, unicidade e caráter absoluto desse direito. Pode o proprietário decidir como, se e quando lhe convém usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la, ou limitar o próprio direito, partindo-o ou desmembrando-o em outros direitos reais em favor de terceiros, ao tempo em que pode fazê-lo opor-se a todos. E o faz exercendo o poder direto sobre o bem. Tal é como se manifesta o caráter absoluto da propriedade.

Tem caráter pessoal, no sentido de que terceiros sujeitam-se ao *jus prohibendi* em relação ao exercício de qualquer poder sobre a coisa.

Podem ser sujeitos titulares do direito de propriedade toda pessoa, natural ou jurídica, sejam constituídas de direito público ou privado, observando-se apenas as vedações previstas na lei.

Quanto ao objeto desse direito real, diz a doutrina que há de ser coisa especificamente determinada e recair sobre bens corpóreos, e segundo corrente minoritária que vem ganhando corpo, também sobre bens incorpóreos. À coisa principal segue os acessórios e as coisas que lhe são aderentes - corolário do princípio da acessoriedade.

Relativamente ao conteúdo do direito de propriedade pode-se dizer que há aí um aspecto dúplice. Um, externo, diz com os limites que objetivamente envolvem o poder do proprietário. De fácil determinação para as coisas móveis, perfeitamente identificáveis e individualizáveis, mais dificultosa em relação às imóveis, notadamente quanto à sua delimitação vertical, advindo a horizontal normalmente da confinação pela vizinhança.

O direito de propriedade diz-se pleno quando tem todos seus elementos reunidos sob um único titular. E restrito caso um ou mais se achem destacados e deixados a distinto titular. Em qualquer hipótese, remanesce-lhe a integridade, sobretudo.

A perpetuidade é atributo do direito de propriedade. Tem por isso duração ilimitada, não é *a priori* revogável. Pode sê-lo, por exceção, mediante condição resolúvel aposta no título constituinte.

Atributo de extrema importância da propriedade de imóveis é a extensão. Por este, o feixe de poderes inerentes à propriedade imóvel vai além do solo, horizontalmente, abrangendo as partes integrantes essenciais e tudo o que não puder ser removido sem destruição, plantações ou construções. O CCB em vigência consagra nos art. 1.258 a 1.259 ⁴ a “presunção *‘juris tantum’* em favor do proprietário, das construções e plantações existentes em seu terreno. (...), valorizando a boa-fé daquele que construiu ou penalizando aquele que agiu com má-fé”. (GOMES, 2004, p. 138-9). Esses dispositivos constatam que vale em relação à propriedade a tendência natural a utilização e ocupação, que lhe é inerente.

E verticalmente, estende-se a partir do solo em direção ao espaço aéreo, sendo de relevância para este trabalho, o dever imposto ao *dominus* de suportar a passagem de fios e canos e a navegação aérea, que de outro modo restariam generalizadas.

Ressalva deve ser feita com relação às jazidas, que por disposição expressa são pertença da União. Assim, a extensão vertical que também se compreende na direção do subsolo, encontra limite traçado em face de que as riquezas aí encontráveis reservam-se ao Estado. Novamente GOMES (2004, p. 138) esclarece que: “*pertencem à União as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais, constituindo propriedade distinta do solo*” (art. 176 da CRFB).

⁴ art. 1.258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção.

art. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.

Em ambos os aspectos, horizontal e vertical, até o limite no qual seja possível identificar utilidade para o *dominus*.

A propriedade goza de perpetuidade. E, antes se afirmou, apresenta elasticidade. Isto é, o direito de propriedade pode ser distendido - digno de notar a noção de *jus in re aliena*, de larga aplicação nas relações jurídicas envolvendo direitos reais - como também pode vir a sofrer constrição - veja-se os direitos reais de garantia, hipoteca, penhor - como também em favor de valores proclamados pela ordem econômica e social, bem de acordo com o caráter liberal-socialista da vigente Lei Maior, alhures mencionado, falando-se então de mitigação do direito de propriedade segundo um condicionamento de finalidade, levando à tão utilizada e um tanto vaga expressão função social da propriedade.

Para além desses limites teleologicamente traçados ao exercício do direito de propriedade configura-se o abuso de que trata o Código Civil (CCB, art. 187), alçado expressamente a categoria de ilícito, que remete ao dever de observância do fim econômico ou social que se espera da propriedade nos termos delineados na Constituição (CRFB, art. 5º, XXIII).

Quer seja a coisa móvel ou imóvel.

O art. 1.228, parágrafos primeiro e segundo do Código Civil procurou dar contornos à função social da propriedade, e estabeleceu hipóteses genéricas para as finalidades econômicas e sociais mencionadas na Carta Constitucional, embora não com a precisão desejável ou o alcance pretendido pelo constituinte.

A propriedade é direito real e subjetivo, cujo conteúdo e extensão vêm fixados na lei. Sofre a ação permanente de certas regras constritivas que são as limitações e as restrições. Convém desde logo diferenciar umas das outras.

Consoante a lição de MIRANDA (1973 b, p.18):

Todo direito subjetivo é linha que se lança em certa direção. Até onde pode ir, ou até onde não pode ir, previsto pela lei, o seu conteúdo ou seu exercício, dizem-no as regras limitativas, que são as regras que configuram, que traçam a estrutura dos direitos e da sua exercitação. O conteúdo dessas regras são as limitações.

A propriedade, que também se diz direito material privado, encontra na previsão legal da desapropriação - que é um dos modos de perda da propriedade - por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, o mais evidente ponto de contato com o direito material público (art. 5º, XXIV, CRFB).

O Direito Civil informa que a desapropriação é modo involuntário de perda da propriedade. Do mesmo modo como a arrematação e a adjudicação, tem caráter de transmissão forçada, "(...) visto que o dono da coisa se vê compelido a transmiti-la ao expropriante. A extinção é involuntária. O proprietário do bem não pode impedi-la". (GOMES, 2004, p. 212).

De passagem, mencionam-se como modos de perda da propriedade o perdimento de determinados bens previsto na lei penal, requisição compulsória em tempo de guerra, a *exceptio rei venditae et traditae* - conquanto em relação a esta não haja consenso entre os doutrinadores quanto a involuntariedade.

Na hipótese de perecimento da coisa, diz-se que a extinção da propriedade é absoluta, ou seja, desaparece o domínio e não se consolida na pessoa de mais ninguém. Nos demais casos a extinção é relativa, porque o direito renasce em outro momento para pessoa diversa, sendo ou não por ato de vontade do *dominus*, exceção feita à hipótese do abandono.

É gravame menor do que a desapropriação, sobre a propriedade, o representado pela servidão administrativa, que com a primeira não se confunde, sobretudo, por ocasionar danos menores à propriedade, mas que, tampouco, por tal circunstância, estaria a justificar indenização eivada de incorreção ou inadequada.

Igualmente não há que se conceituar erroneamente a servidão administrativa *lato sensu* com o tombamento - categoria de restrição à propriedade muito próxima daquela, impingida a bem determinado em favor de interesse público específico, "*porém dela difere porque falta a coisa dominante*" (DI PIETRO, 1998, p. 123) - ou a servidão temporária (figura de controvertida aceitação, já que o mais correto seria chamá-la ocupação temporária, precipuamente, para EURICO SODRÉ "*uma verdadeira servidão administrativa, imposta por lei, a prazo certo*", ou segundo PONTES DE MIRANDA, "*se apresenta como desapropriação temporária de uso*". (apud DI PIETRO, 1998, p. 111)

Trata-se de questão que se encontra superada para a doutrina nacional, sendo suficiente destacar como exemplos esses três reconhecidos autores, cujo entendimento sobre o tema não por acaso é convergente também com o da professora DI PIETRO.

E, via de consequência, tampouco se iguala servidão administrativa à ocupação temporária (regulada pelo Decreto-lei nº 3.365, art. 36), esta, geradora de menores danos do que servidão administrativa dotada de perpetuidade.

Nenhuma dessas espécies, por fim, compara-se à requisição que *“assemelha-se à desapropriação, porém com ela não se confunde: na requisição a indenização é posterior, o fundamento é necessidade pública inadiável e urgente”* (DI PIETRO, 1998, p. 113) e o Poder Público independe de ato judicial autorizatório.

Têm, em comum, a desapropriação e a servidão administrativa os dispositivos da Lei das Desapropriações (Decreto-lei nº 3.365/1941), diploma que regula especificamente a desapropriação, entretanto, aplicável no que couber, a servidão administrativa.

Por fim, cumpre dizer que as citadas servidões decorrentes diretamente de lei comportam diversas modalidades reguladas em diplomas específicos.

A servidão sobre terrenos marginais, tratada na Lei nº 1.507 de 26/9/1867, art. 39, Decreto nº 4.105 de 22/2/1868 e Decreto nº 24.643 de 10/7/1934 (“Código de Águas”).

A servidão a favor das fontes de águas minerais, termais e de recursos hídricos, vem no Decreto-lei nº 7.841 de 8/8/1945.

A servidão sobre prédios lindeiros a obras ou imóvel tido como patrimônio histórico e artístico nacional, na dicção do Decreto nº 25 de 30/11/1937.

A servidão no entorno dos aeródromos e heliportos, regulada no Código Aeronáutico, Lei nº 7.565/1986, em plena vigência, e no Decreto-lei nº 7.917/1945.

A denominada servidão militar vem no Decreto-lei nº 3.437 de 17/7/1941, sobre o entorno das fortificações em terra, e o Decreto nº 26.959 de 27/7/1949 em relação às fortificações costeiras.

Haveria outras tantas a citar, pois que as servidões administrativas formam o mais numeroso grupo de espécies restritivas ao direito de propriedade.

Essas modalidades de servidão não mostram maior relevância a este estudo.

Merecem e justificam especial destaque a servidão de aqueduto (e por extensão, gasoduto ou polduto) e a servidão de energia elétrica.

Essas duas modalidades têm previsão, exatamente, no art. 40 do Decreto-lei nº 3.365/1941, combinado com leis esparsas, e sua instituição advém de sentença judicial ou acordo entre o particular e o Poder Público.

À primeira aplicam-se as regras das servidões civis (art. 567 do CCB), concebidas como autênticos direitos de vizinhança. Já o Código de Águas previu nos art. 117 e 118 a faculdade de o Poder Público constituir por concessão servidão - legal, diz a lei, impropriamente - de aqueduto para aproveitamento de águas no

interesse público. A constituição da servidão depende de ato do Executivo, decreto governamental.

A servidão de energia elétrica, ou de potencial de energia hidráulica, decorre de comando constitucional (CRFB, art. 21, XII, b, e 176) que reserva à União a exploração direta ou mediante autorização, permissão ou concessão todos os serviços atinentes à energia elétrica, concorrentemente aos Estados-membros.

O regime de aproveitamento dos recursos hídricos vem regulado no Código de Águas, art. 151, regulamentado pelo Decreto nº 35.851 de 16/7/1954, o qual prevê em favor dos concessionários dos serviços a servidão de passagem para transporte e distribuição de energia.

Para aclarar, e ilustrar por ora, o alcance da servidão e seus efeitos concretos sobre a propriedade, tomando-se como paradigma a servidão típica de energia elétrica, de notar, que os exercícios facultados ao titular da servidão são os de poder na área ou faixa servienda praticar todo e qualquer ato voltado a garantir a construção, conservação, manutenção, inspeção das instalações e linhas de transmissão de energia e eventuais instalações e linhas auxiliares, podas ou abate de árvores que tragam perigo às linhas, inclusive o acesso à área servienda através do imóvel serviente, caso preciso.

CAPÍTULO II

2. O TEMA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O que importa dizer é que não se pode admitir que o proprietário seja levado a suportar ônus que lhe é indevidamente imputado, ao fim de ação judicial, sob que pretexto for, nem mesmo ao se pretender fundar entendimento sob o sempre lembrado manto do princípio da supremacia do interesse público, pois aí sim, estar-se-á aniquilando as poucas e frágeis barreiras que sustentam o Estado democrático de direito.

Trata-se, em conseqüência, de uma visão juridicamente equivocada com a qual não pode concordar todo aquele que conceber o instituto da servidão administrativa segundo o ordenamento jurídico, entendendo-se por ordenamento jurídico o complexo das leis do País constitucionalmente interpretadas, porquanto, do modo como a questão vem sendo compreendida pelos juizes e tribunais é forçoso reconhecer que não se chega à necessária e suficiente recomposição do desfalque econômico sofrido pelo proprietário do terreno urbano serviente.

E não sendo suficiente a verba indenizatória deixa de ser justa, como quis o constituinte (CRFB, art. 5º, XXIV)⁵ e o legislador (Decreto-lei nº 3.365/1941, art. 40).

Ora, indo mais a fundo, o que se quer aqui demonstrar é que as verbas de indenização que são de ordinário pagas pela instituição de servidão administrativa sobre imóveis urbanos que possuem menores dimensões, não são suficientes para essa recomposição patrimonial, quer seja sob o enfoque do princípio da isonomia de todos perante o Estado, quer seja sob o enfoque do princípio da igual distribuição da carga dos atos da Administração sobre os cidadãos, o que sem sombra de dúvida contradiz e afronta o ordenamento jurídico.

⁵ CRFB, Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Mencionou-se há pouco a denominada função social da propriedade, ou como querem alguns, a propriedade como função social, a qual fica caracterizada desde que se atenda na sua normal exploração na medida que lhe dá o legítimo interesse do titular - isto é, o interesse que não se chocar com a lei - e a certos valores ínsitos à ordem econômica e social.

A partir da Constituição de 1988 recobriu-se de coloração liberal-socialista o universo dos interesses privados. Se bem que esteja a perdurar o predomínio dos valores mais de acordo com o ideário liberal, na prática, a intervenção do Estado manifesta-se com força crescente no domínio privado, em particular, em relação à propriedade.

No Brasil garante-se constitucionalmente o direito à propriedade (art. 5º, XXII, CRFB: "é garantido o direito à propriedade"). O destaque dado ao direito real de propriedade, nesse dispositivo, é mitigado logo no inciso seguinte: "A propriedade atenderá a sua função social". Esta a fórmula pela qual o constituinte quis dar ênfase a essa nova dimensão estrutural do direito de propriedade.

No próprio texto constitucional, nos títulos que cuidam da Tributação e do Orçamento (CRFB, Tít. VI, Cap. I, art. 156, § 1º), da Ordem Econômica e Financeira (CRFB, Tít. VII, Cap. I, Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, art. 170, II e III; Cap. II, Da Política Urbana, art. 182, e seus §§, 184, *caput*, 185, par. único e 186 e incisos)⁶, busca o constituinte, através de normas de conteúdo programático, tratar

⁶ CRFB, art. 156. "Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) § 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel. (...)

art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

do delineamento das formas pelas quais materializa-se a função social da propriedade.

Ainda no art. 5º, XXIV, com maior destaque, eis que encartadas em dispositivo exclusivo, elencam-se hipóteses de perda da propriedade por desapropriação: “A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Sabe-se que à servidão administrativa aplicam-se, no que couberem, os princípios de Direito Público atinentes à desapropriação e os de Direito Privado reservados à servidão civil.

Diz MORAES (2002, p. 266): “(...) a Constituição Federal adotou a moderna concepção de direito de propriedade, pois, ao mesmo tempo e quem o consagrou como direito fundamental, deixou de caracterizá-lo como incondicional e absoluto”. Pretende com isso que ninguém seja privado da propriedade mediante ato arbitrário, vale dizer, sem o devido processo legal e seus pressupostos do contraditório e a ampla defesa, ao tempo em que a propriedade passa a estar em uma relação de subordinação para com aqueles valores da ordem econômica e social antes referidos.

Continua nessa linha o constitucionalista:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. (...)

art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

A norma constitucional exige ainda como requisito para a desapropriação a prévia e justa indenização. Entendemos que a efetividade da indenização justa deve ser realizada previamente ao momento em que o expropriado sofrerá a perda do exercício de qualquer dos poderes relativos à propriedade (...). (MORAES, 2002, p. 267)

Muito embora a observação tenha sido dirigida a dispositivo que trata da desapropriação, a referência serve *mutatis mutandi* à servidão administrativa, pelas razões anteriormente postas.

Espécies de um mesmo gênero - restrição, e não há erro aqui, ontologicamente, ao chamar de limitação, desde que referido simultaneamente à substância e às faculdades inerentes ao direito material que é atingido - desapropriação e servidão administrativa são classificáveis e caracterizáveis através do exame da extensão na qual modificam o direito constringido e do fundamento que as originou.

Registra Gomes (2004, p. 144):

Do ponto de vista da extensão, a limitação pode atingir o direito em si ou alguma de suas faculdades. A limitação mais extensa verifica-se por meio da desapropriação, em virtude da qual o Estado priva o proprietário do seu direito, mediante indenização. Sem chegar a esse extremo, medidas há que atingem apenas o exercício do direito, restringindo a faculdade de uso, ou o poder de disposição.

Pelo critério do fundamento, as limitações podem ser agrupadas conforme se inspirem no interesse público ou no da coordenação dos direitos privados. As primeiras, como salienta MESSINEO, pressupõem a idéia de subordinação do direito de propriedade privada aos interesses da coletividade. As outras inspiram-se no princípio da relatividade dos direitos e no propósito de sua coexistência harmônica. É de se considerar, ainda, as limitações que se fundam no próprio interesse do dono da coisa, ou de terceiro a quem queira beneficiar, as quais, intuitivamente, hão de provir da vontade do proprietário.

Outras classificações colocariam as restrições ao direito de propriedade entre objetivas e subjetivas, estas últimas, nos casos da vedação ser imposta pela lei a algumas pessoas pelo fato de serem donas de certos bens, sem maior interesse a este trabalho.

No entanto, para melhor desempenho na presente tarefa expositiva e sobretudo, em mira da distinção que se fará, mais adiante, no plano constitucional, entre a servidão e a limitação - em especial a administrativa - cumpre pôr em comento separadamente as limitações em legais, jurídicas, voluntárias e cláusula de

inalienabilidade, que por seu alcance merece situar-se a parte das limitações voluntárias.

Limitações legais vêm expressamente no CCB, na lei especial ou atos regulamentadores do Poder Executivo:

Tais restrições têm como fundamento o interesse público, social ou coletivo, de um lado, e, de outro, o interesse de outros proprietários considerados em função da necessidade social de coexistência pacífica. (GOMES, 2004, p. 144).

Ao Direito Administrativo cabem aquelas, imperativamente estabelecidas em vista da supremacia do interesse público sobre o dos particulares, e ao Direito Civil tocam as últimas, que têm bem caracterizada em si a natureza de autênticas limitações em louvor à convivência harmoniosa de todos em geral. Unilaterais umas e bilaterais outras.

Particularmente, as limitações administrativas alteram uma ou mais das faculdades do domínio. Valores como a segurança, saúde e cultura pública, economia popular, urbanismo, serviços públicos e a defesa nacional, vêm regulados em lei especial e em detrimento de uma ou mais liberdades do proprietário, pelo que o legislador busca dotar de eficácia as regras de ordem econômica e social incluídas na CRFB que submetem a propriedade.

Limitações jurídicas são as decorrentes da incidência de princípios insculpidos no ordenamento jurídico sobre os direitos subjetivos, como o de propriedade, de forma que seu exercício seja convergente à intenção do constituinte. Trata-se de diversos princípios dentre os quais merece destaque o da normalidade, cuja inobservância leva a variados graus de abuso de direito, de acordo com cada caso concreto.

Limitações existem que são classificadas como voluntárias, normalmente, as que advêm por ato unilateral da vontade do proprietário ou mediante disposição de contrato, tais como o testamento, doação, compra e venda.

Muito embora tenha em comum com as demais, todos os caracteres próprios às limitações de vontade, a cláusula de inalienabilidade vai além porque retira do comércio, por vontade do *dominus*, o bem gravado com a restrição que institui. É proibição de alienar.

Obedece, como as demais limitações de direitos reais, rito e formalidades que vêm fixados na lei.

Esta, resumidamente, a topografia referente ao instituto da limitação no ordenamento pátrio.

Focalizando mais proximamente as limitações administrativas, pode-se então dizer que são atos constritivos genéricos ao direito de propriedade, nascidas por meio de lei e em prol do interesse público, através da imposição de uma obrigação de não fazer, ou um *non facere*.

Exemplo dos mais comuns é a vedação à edificação na extensão contida nos cinco metros de recuo frontal tomados perpendicularmente a partir do alinhamento predial dos terrenos urbanos, como se dá no caso dos imóveis localizados na Cidade de Curitiba, Estado do Paraná.

Alcançam os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, mas, uma vez que são incidentes sobre todo um universo, classe ou conjunto de bens, indistintamente, em benefício de interesse abstrato, têm como característica a indeterminação quanto ao objeto atingido.

Não geram, por conseguinte, o dever de indenizar, a menos que impingida em desacordo com a lei ou manifesta irregularidade ou desnecessidade.

Por seu turno, as servidões administrativas atingem os poderes de usar e fruir bem determinado, em benefício de interesse público concretamente delimitado, o qual para sua satisfação impõe ao particular o ônus de “suportar que se faça” ou um *facere*, podendo ou não exigir a edição de lei, mais usualmente derivando de ato administrativo declaratório proferido do Executivo.

Contam com definição legal as servidões administrativas destinadas à implantação e operação de linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, implantação de obras hidráulicas, instalação e operação de poldutos, gasodutos, aquedutos e à passagem nas margens de cursos de água (Código de águas, art. 53, 54 e 120⁷).

⁷ Decreto nº 24.643/1934. “art. 53. Os utentes das águas públicas de uso comum ou os proprietários marginais são obrigados a se abster de fatos que prejudiquem ou embarcem o regime e o curso das águas, e a navegação ou flutuação exceto se para tais fatos forem especialmente autorizados por alguma concessão.

Parágrafo único. Pela infração do disposto neste artigo, os contraventores, além das multas estabelecidas nos regulamentos administrativos, são obrigados a remover os obstáculos produzidos. Na sua falta, a remoção será feita a custa dos mesmos pela administração pública.

art. 54. Os proprietários marginais de águas públicas são obrigados a remover os obstáculos que tenham origem nos seus prédios e sejam nocivos aos fins indicados no artigo precedente.

Neste ponto convém lembrar, como apontam BASTOS e MARTINS que “o conceito constitucional de propriedade é mais ‘lato’ do que aquele de que se serve o direito privado”. (1989, p. 118).

Porque, em virtude do desenvolvimento da civilização, do progresso tecnológico e cultural, da complexificação das relações humanas e seus reflexos no comércio jurídico, a propriedade passou a açambarcar diversos bens de interesse do homem que não detêm necessariamente corporiedade.

A propriedade na ordem instituída pela Carta de 1988 passou a representar o bastião constitucional a equilibrar os interesses público e privado.

Os mesmos constitucionalistas reiteram:

A referida multiplicidade de propriedades leva a uma correspondente diversificação dos regimes jurídicos de cada uma. Canotilho observa que a ampliação e diversificação do espaço do direito de propriedade conduziu a uma espécie de ‘fracionamento’ do seu conceito unitário-primitivo, responsável por uma diversidade de regimes.

Quer-nos parecer, contudo que, embora transplantável aquela afirmação para o direito brasileiro, ela aqui deva sofrer uma drástica contenção. É que a nossa Carta, malgrado algumas incursões estatizantes ou nacionalistas, ainda assim é um documento eminentemente consagrador do liberal capitalismo. No nosso sistema, a propriedade privada tanto colabora para a expressão da individualidade, quando incidente sobre meios de produção, quanto sobre bens de consumo, daí porque no nosso sistema constitucional a propriedade estar simultaneamente vinculada ao regime das liberdades pessoais que estatui como também à própria ordem econômica.

As restrições ao direito de propriedade que a lei poderá trazer só serão aquelas fundadas na própria Constituição, ou então nas concepções aceitas sobre o poder de polícia. Não pode a lei colocar fora do domínio apropriável pelos particulares certos tipos ou classes de bens, o que só é dado à constituição fazer.

A liberdade de uso e fruição hoje vê-se, em muitos casos, transformada em dever de uso. (...) (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 119).

Trata-se das imposições decorrentes das normas constitucionais que põem em relevo os valores incluídos da ordem econômica e social anteriormente referidas.

Constitucionalmente, chega-se ao seguinte: a propriedade encontra-se perfilhada entre as garantias individuais, apenas que, no atual sistema jurídico-político, o seu uso e exploração como exercício dos poderes inerentes ao domínio é dirigido finalisticamente à concretização dos interesses sociais, no sentido de que

Parágrafo único. Si, intimados, os proprietários marginais não cumprirem a obrigação que lhes é imposta pelo presente artigo, de igual forma serão passíveis das multas estabelecidas pelos regulamentos administrativos, e a custa dos mesmos, a administração pública fará a remoção dos obstáculos. (...)

art. 120. A servidão que está em causa será decretada pelo Governo, no caso de aproveitamento das águas, em virtude de concessão por utilidade pública; e pelo juiz, nos outros casos.”

qualquer desvio ou abuso desses poderes deverá receber o necessário controle pela aplicação das normas jurídicas interpretadas a lume do texto constitucional.

Com o que a denominada função social da propriedade, ou propriedade como função social, corresponde a esse esforço do aparelho jurídico-político destinado a prevenir que a propriedade não venha a sofrer malversações em sua destinação, ou a reparar os danos caso tenham ocorrido desvios de uso ou exploração - na verdade, propriedade como função social é mal-colocada expressão que alguns insistem em disseminar, pois jamais foi vontade do constituinte que a propriedade descesse da condição de direito autônomo e protegido, à de mera função dependente de outros direitos ou valores, bastando ver o destaque que lhe é dado na CRFB.

Os critérios de que se vale a CRFB para graduar o caráter social da propriedade revelam-se evadidos de vagueza e imprecisão, e, em essência, já se encontram regulados em leis especiais ou específicas.

Em se tratando de propriedade imóvel rural, do que se pode extrair da CRFB, merece ser citado o critério da produtividade, o qual tem demonstrado na prática sua efetiva e eficaz aplicação. Os imóveis urbanos encontram seu correspondente na adequada ocupação para fins de construção de acordo com as posturas e limitações administrativas municipais do local.

É de se entender que a realização da função social da propriedade diga respeito às pessoas de todos os demais, como também, à pessoa do proprietário, uma vez que este último não poderia estar excluído dos resultados obtidos com a construção da propriedade, sob pena de ofensa ao princípio garantidor da isonomia.

Nesse sentido, faz-se mister esclarecer, mesmo que resumidamente, em quais hipóteses e por que modos a servidão administrativa materializa-se de acordo com o ordenamento legal pátrio:

As servidões administrativas podem ser instituídas por duas formas distintas:

- a) acordo administrativo;
- b) sentença judicial.

Pelo acordo administrativo, o proprietário do imóvel particular e o Poder Público celebram um acordo formal por escritura pública, que garante ao Estado o direito de uso da propriedade, para determinada finalidade pública. Esse acordo deve ser sempre precedido da declaração de necessidade pública de instituir a servidão por parte do Estado.

A segunda forma de instituição da servidão administrativa é por sentença judicial, quando não há acordo entre as partes. Não havendo acordo, o Poder Público promove ação contra o proprietário, demonstrando ao juiz a

existência do decreto específico, indicativo da declaração de utilidade pública. Pode acontecer, também, de o Poder Público instalar a servidão sem a existência de prévio acordo, situação em que caberá ao proprietário do imóvel pleitear judicialmente o reconhecimento da servidão, para o fim de eventual indenização, se for o caso.(ALEXANDRINO; PAULO, 2002, p. 528-9).

Sobre esse tema, MEIRELLES (1996, p. 134) afirma:

A instituição da servidão administrativa ou pública pode ser feita por ato do Poder Público (lei ou decreto, ou por convenção entre a Administração e o particular, em que se identifique e delimite a área serviente e se declare a utilidade pública e as condições de utilização da propriedade privada. **E ainda: A forma legal para a declaração da servidão administrativa e o processo judicial para se fixar a justa indenização** devem obedecer, no que lhes for aplicável, ao previsto para a desapropriação, *ex vi* do art. 40 do Decreto-lei nº 3.365/1941 (...). **(grifo nosso)**.

O mesmo Decreto-lei nº 3.365/1941 traz as definições atinentes à desapropriação por necessidade - conceito mais estrito - e por utilidade pública - este, mais amplo - e tem aplicação subsidiária ao regular a instituição e a indenização nas hipóteses de servidão administrativa⁸.

Dos três fins autorizadores da desapropriação incluídos expressamente na CRFB⁹ - necessidade, utilidade pública e interesse social - este último veio a ser admitido somente na Constituição de 1946.

Desde os tempos em que o rei subtraía do proprietário as suas terras, no uso do poder soberano e ilimitado, até os dias atuais, em que vigora o Estado Democrático de Direito e, nele, a ordem constitucional, atingiu-se hoje um nível em que a supremacia do Poder Público encontra-se relativizada e cujos limites de atuação repousam na ordem legal.

Nem por isso o Poder Público, o Estado - administração, encontra-se legitimado a subtrair a propriedade, ou mesmo qualquer dos poderes que lhe são inerentes, sem a concomitância de ato que seja capaz de contrabalançar juridicamente a constrição impingida ao proprietário.

Do mesmo modo, ao Estado - juiz, o Poder Judiciário, sendo-lhe submetida questão na qual um particular é levado a provocar a jurisdição contenciosa porque

⁸ Decreto-lei nº 3.365/1941, art. 40: O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei.

⁹ CRFB. Art. 5º (...) XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

enfrenta a perspectiva de ver a ocupação, mesmo que parcial, de sua propriedade imóvel em caráter perpétuo - como é a servidão administrativa - sendo de concluir, que o Estado - juiz deve decidir de forma a permitir a mais ampla recomposição do patrimônio do particular.

Por essa razão, que decorre do próprio ordenamento jurídico, não parece poder ser aceitável o entendimento, para os casos em que o proprietário (ou possuidor de boa-fé) é forçado a suportar a imposição de servidão administrativa, pelo qual se afirma e reafirma deva a indenização pela faixa servienda ser fixada em termos definidos *a priori*, mediante o arbitramento de percentuais ou coeficientes pré-estabelecidos pela *praxis* forense.

A propósito, DI PIETRO (1998, p. 128) menciona, com relação à servidão administrativa de passagem de rede de energia elétrica, que nos julgados costumam-se fixar valores em torno de percentuais que medeiam de 20% a 30% do valor da faixa atingida, a partir do valor da terra nua. E, de fato, observa-se que tais percentuais são de há muito generalizadamente aceitos pelos tribunais pátrios com pouquíssimos casos de divergência jurisprudencial.

Não se questiona aqui o cabimento dos acréscimos legais - juros de mora e atualização da moeda, honorários advocatícios, periciais e custas processuais, ou ainda os juros legais de índole compensatória destinados a repor os danos sofridos pelo *dominus* nos casos de tomada de posse pela Administração antes de indenizar, especialmente nas hipóteses em for demonstrada a urgência do uso público (*ex vi* art. 15, Decreto-lei nº 3.365/1941, art. 685-CPC e as regras de imissão na posse da Lei nº 1.075/1970), a exemplo de como se dá na desapropriação (Súmula 56-STJ)¹⁰. Quanto a estes todos, transparece superada a discussão. Se presentes os pressupostos autorizadores, lícito é fixá-los e pagá-los. Aliás, trata-se matéria sumulada.

Porém, apesar de a reconhecida administrativista admitir como justa a indenização naqueles patamares jurisprudencialmente arbitrados, entre 20% e 30% do valor da faixa servienda, no que há concordância igualmente da parte de ALBUQUERQUE (1987) não parece que estabelecer indenização devida por servidão instituída pelo Poder Público sobre imóvel determinado para o fim de satisfazer interesse público concreto e específico, tendo por base tais referências

¹⁰ STJ, Súmula 56: "Na desapropriação para instituir servidão administrativa são devidos os juros compensatórios pela limitação de uso da propriedade".

pouco científicas e que não raro dissociam-se das circunstâncias do caso concreto, quando não, alheando-se das características do mercado local e de outras condicionantes eventualmente existentes determinadoras do valor da terra naquele local. Não parece que possa ser esse o caminho que hábil a conduzir ao resultado mais justo. (apud DI PIETRO, 1998, p. 128-9).

Não, necessariamente, em todo e qualquer caso.

Porque, longe de pretender resvalar para a casuística jurídica, por outro tanto, há que se atentar na sentença que fixar o *quantum* indenizatório, para as especificidades que por certo hão de moldar o valor médio para venda do imóvel serviente, naquele tempo e naquele local. O contrário desatende-se o comando constitucional justa e prévia indenização que, ademais, deve dar-se em pecúnia (art. 5º, XXIV, CRFB).

Situando-se o valor médio de venda do imóvel em um determinado nível expresso em moeda nacional, sem deixar de notar as eventuais condicionantes que podem atuar sobre os preços no mercado imobiliário local, tem-se que a indenização decretada a partir dos percentuais jurisprudenciais poderá ou não corresponder à desvalorização sofrida.

Seria o caso, mediante singelíssimo exemplo, de lote urbano que se situa em zona residencial - comercial sobre o qual pode ser edificada e explorada loja comercial. Se o lote possui, antes da instituição da servidão, medida da testada ou frente com extensão de doze (12) metros e passa a ter, após a servidão, frente com extensão edificável de onze (11) metros, sendo a faixa servienda destinada à implantação de tubulação de rede de esgotamento sanitário, desenvolvendo-se perpendicularmente à testada e ao longo de uma das divisas laterais, é inegável que houve perda de um (01) metro na frente útil do lote, dada a restrição a um dos poderes elementares do domínio, qual seja, o de edificar em toda a testada do lote, obedecidas às limitações administrativas existentes (recoo frontal, altura-limite, etc).

Se houve restrição ao poder de edificar nessa faixa de um metro, reduzindo a frente útil do terreno para onze metros, não é mais possível dizer que o lote serviente encontra-se, destarte, em situação de igualdade com os demais terrenos localizados na mesma rua, quadra, e bairro local, que não sofrem os efeitos de tal restrição.

Nos demais terrenos, admitida a hipótese, pode-se edificar prédio comercial - por exemplo, loja - de modo que a área de exposição das mercadorias e o acesso

da clientela à vitrine é maior, privilegiada, relativamente às condições a que se submete o lote serviente, entre várias outras diferenças que poderiam ser arroladas.

Ainda que a área construída permissível sobre o lote serviente - definida nas limitações administrativas aplicáveis ao local: usualmente, a taxa de ocupação e o potencial construtivo não tenham sido globalmente modificados. Deve-se aí atentar, é de todo importante ser frisado, para o impacto qualitativo que recai sobre o imóvel serviente, ou seja, a área que passou a poder ser construída vendável ou locável.

A isto juntam-se outros danos igualmente indenizáveis que podem ocorrer no caso concreto, e por isso devem ser contabilizados na verba indenizatória, tomados, apenas exemplificativamente, a outorga de direito de superfície sobre o imóvel (art. 21 a 24 do Estatuto das Cidades, Lei nº 10.257/2001)¹¹, ou a outorga onerosa do direito de construir (art. 28 a 30 do Estatuto das Cidades).

¹¹ Lei nº 10.257/2001: "art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

§ 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

§ 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.

§ 3º O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície salvo disposição em contrário do contrato respectivo.

§ 4º O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos aos termos do contrato respectivo.

§ 5º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.

art. 22. Em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros.

Art. 23. Extingue-se o direito de superfície:

I – pelo advento do termo;

II – pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.

art. 24. Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.

§ 1º Antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida.

§ 2º A extinção do direito de superfície será averbada no cartório de registro de imóveis. (...)

art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

§ 2º O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

§ 3º O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área.

art. 29. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

art. 30. Lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, determinando:

Sem olvidar que o proprietário - ou às suas vezes, o possuidor - seguirá *ad eternum* suportando o imposto predial urbano correspondente à faixa servienda, dado o caráter de perpetuidade da servidão impingida ao *serviens*.

Note-se que o conteúdo da propriedade imóvel urbana *per se* é suficiente para configurar a hipótese de ocorrência desses outros prejuízos indenizáveis, uma vez que, interpretado o direito de propriedade em conexão com o texto constitucional e os direitos reais cujo exercício é facultado ao proprietário, como os previstos no Estatuto das Cidades, pouco importará se há ou não contrato firmado outorgando o direito de superfície ou a entrega onerosa de construir.

É o que surge do ordenamento jurídico vigente. Ou seja, o conteúdo e a extensão da propriedade tem natureza eminentemente econômica e, em se tratando de propriedade imóvel e urbana, a sua vocação não é outra que não a de receber edificação até os lindes demarcados pelas limitações e restrições administrativas incidentes.

A contrário senso, é desviar-se do corolário da legalidade, se, por causa da imposição de servidão administrativa pretender-se indenizar a faixa atingida de forma apriorística - mediante os percentuais de que há pouco se falava - e ainda obrigar o *dominus* após a servidão instituída, a não mais ter o imóvel em igualdade de condições frente aos demais imóveis assemelhados não-atingidos, seja concretamente - por exemplo, caso haja escritura registrada outorgando direito de superfície, anterior à passagem da faixa servienda - ou mesmo potencialmente - por exemplo, caso em que seria tomada a potencialidade do imóvel em permitir ao *dominus* exercer o direito de outorga de superfície - sempre tendo em vista o conteúdo e a extensão econômica da propriedade.

Isto significa tolher o exercício de faculdade legítima do dono, porque é impor ao proprietário que deixe de fazer algo não-defeso em lei, o que configura em tese o ilícito encartado no art. 186 do CCB, e ademais, ofensa às garantias estatuídas no art. 5º, *caput* e II da CRFB.¹²

I – a fórmula de cálculo para a cobrança;

II – os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga;

III – a contrapartida do beneficiário.

¹² CRFB, “art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. CCB, art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Há, sem sombra de dúvida, necessidade de indenizar com justeza o proprietário.

Mas, com quais parâmetros e com qual critério?

Do ponto de vista da técnica avaliatória, o critério deve ser o que traduza mais amplamente a expressão econômica da diminuição patrimonial enfrentada pela restrição imposta.

Um tal critério, para ser considerado cientificamente correto, deve valer-se de parâmetros matemáticos e econométricos adequados às características do imóvel e às condições mercadológicas vigentes à data da fixação da verba indenizatória.

Eventualmente, poderá até mesmo ocorrer que venha a ser coincidente o resultado com o que se obtém da simplista aplicação dos percentuais que a jurisprudência houve por bem consagrar.

Juridicamente, há direito à indenização sempre que se demonstrar que ao bem serviente impõe-se prejuízo maior do que aquele a que abstratamente está sujeita toda a coletividade de bens à qual aquele pertence.

Insuficiente a afirmação de que o imóvel tenha que sofrer demolição para que o proprietário possa fazer jus à indenização. (DI PIETRO, 1998, p. 128). Sobressai do próprio ordenamento jurídico (art. 40 do Decreto-lei nº 3.365/1941 interpretado sistematicamente com a letra do art. 5º, XXIV da CFRB) que a indenização deve ser prévia e justa, qualquer que seja o prejuízo causado pela superveniência de servidão administrativa.

Ressalta ao olhar que o prejuízo não há de ser necessariamente visível e nem se traduzir em exacerbada penalização para, somente aí, dar azo a indenização ao *serviens*, caso contrário, isto é, não havendo prejuízo àquele determinado bem em especial, estar-se-á diante de servidão decorrente de lei ou de limitação administrativa, que não comportam indenização.

Veja-se que a doutrina entende, *a priori*, que até mesmo o tombamento dá direito a indenizar, desde que o proprietário faça demonstração de prejuízo ocorrente. (DI PIETRO, 1998, p. 115)

Aliás, sabe-se que as autoridades municipais normalmente concedem a partir de lei específica, incentivos construtivos em outro local em troca das restrições impostas ao imóvel tombado, como é o caso da Cidade de Curitiba, Estado do Paraná, localidade em que se prevêem unidades imobiliárias de interesse de preservação do patrimônio arquitetônico, cultural e histórico.

Se é verdade que uma vez instituída a servidão administrativa e demonstrado o prejuízo, cabe a indenização, e que para fixação desta última deve-se obedecer à vontade do constituinte, vale salientar o entendimento de BASTOS e MARTINS acerca do assunto, pois:

(...) o comando constitucional da justa indenização sobrepairá de forma incontestável (...) É necessário, portanto, que a legislação e, se não for esta, a própria jurisprudência tenham critérios seguros de fazer prevalecer o ditame constitucional. Não podemos ter dúvida que neste particular reside um dos pontos cardais do Estado de Direito. Enquanto não houver justa indenização, há sim confisco. (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 133)

Então, também nos casos de servidão administrativa há que se fixar verba, mediante análise do impacto patrimonial sob duplice aspecto, quantitativo e qualitativo.

Não há amparo legal para que sob alegação de não ser retirada a propriedade, nem a posse, mas, um ou mais poderes componentes do domínio, depois da instituição da servidão administrativa, tenha o *dominus* que se conformar com a circunstância de ver o valor da indenização limitada por verdadeiro “teto”.

DI PIETRO (1998, p. 128), como outros tantos administrativistas, contrapõe à servidão legal a servidão administrativa, dizendo que na última, ocorrente o dano a regra é indenizar, e na primeira, indenizar é exceção, pois exige comprovação de prejuízo. O cálculo do *quantum* indenizatório continua DI PIETRO, deve ser a partir da efetividade dos prejuízos infligidos, para, em seguida, consignar que a servidão de energia elétrica gera indenização que é ordinariamente fixada nos tribunais entre 20% e 30% do valor da faixa atingida.

Nada a reparar quando o *serviens* é constituído por área rural ou terreno de grandes dimensões, nos quais o impacto da faixa servienda dificilmente traduzir-se-ia em prejuízo aquilatável, considerado o uso econômico possível e o interesse legítimo do proprietário.

É facilmente demonstrável e imaginável que o impacto econômico da faixa servienda aí tende a patamares desprezíveis, dilui-se ante a expressão econômica concreta dos poderes do domínio.

Por outro lado, é de difícil compreensão que em se tratando do universo de típicos lotes urbanos submetidos à passagem de faixa de servidão, aérea ou

enterrada, possa vir o mesmo critério a conduzir a um resultado justo e harmonizado com os preceitos da Lei Magna.

Instituem-se servidões administrativas sobre imóveis rurais e sobre imóveis urbanos. De grandes dimensões e de reduzidas dimensões. Mas o critério de valoração adotado pelos tribunais em todos os casos é único, na vastíssima maioria dos casos concretos julgados.

Para refletir a vontade da Constituição a indenização que vier a ser fixada pelo juiz "(...) *terá que ser calculada em cada caso concreto*" (DI PIETRO, 1998, p. 128). Não é escusável a alegação de eventual dificuldade encontrada para o cálculo da indenização, para obtenção de elementos fáticos ou documentais, pois para isso a lei prevê o elastecimento dos poderes do juiz na instrução do processo e a nomeação de perito versado na área, além de outras providências, decorrência dos numerosos princípios que fornece a teoria processual.

É bem verdade que o Superior Tribunal de Justiça acabou por contribuir negativamente para o esclarecimento da matéria ao incorrer em equívoco na Súmula nº 56, "na desapropriação para instituir servidão administrativa são devidos juros compensatórios pela limitação de uso da propriedade".

Houve ali confusão entre os conceitos de desapropriação e servidão administrativa. Afortunadamente, a doutrina admite de forma unânime que o equívoco não está na previsão da paga dos juros, admitida, portanto, no caso de servidão.

CAPÍTULO III

3. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS DE ORDEM GERAL

A esta altura já se tem uma delimitação segura para o tema. Ou seja, a discussão que se pretende não diz com a possibilidade de indenizar previamente o dano efetivo suportado pelo proprietário do fundo imobiliário gravado pelo *non facere* (e eventualmente pelo deixar que se faça) decorrente da servidão administrativa, mesmo porque há previsão legal expressa nesse sentido (art. 40, Decreto-lei nº 3.365/41).

Convém não perder de vista que o foco que se impõe é outro: havendo tal previsão no ordenamento, porque sujeitar o proprietário à autêntica tarifação da compensação devida pela restrição imposta, segundo certos parâmetros pré-estabelecidos, que de ordinário não guardam a correta e justa relação com o prejuízo infligido, de forma a não permitir a mais ampla recomposição patrimonial estatuída na lei?

Desse modo, longe de resvalar para a casuística jurídica, conforme já afirmado alhures, para que se produza o melhor direito, há que se atentar na fixação do *quantum* indenizatório pela instituição da faixa servienda, sem perder de vista as especificidades que amoldam o valor médio para venda do imóvel serviente, ao tempo e local em que ocorre a imposição da restrição, ainda que se admita que a *“indenização não deve ser considerada o preço de uma venda; porquanto a desapropriação (e por analogia, a servidão) é um ato de direito público pelo qual o Estado se substitui ao particular no domínio (no caso da servidão, em parte deste) de certo bem”*. (GOMES, 2004, p. 148) (grifo nosso).

Observe-se que hoje a doutrina administrativista sobre os direitos reais, ao tratar da amplitude dos efeitos da servidão administrativa sobre a propriedade, é unânime quanto à circunstância de aquela conter em sua essência de direito real limitado, também, a natureza expropriatória.

Lembra MOREIRA NETO (2003, p. 368):

Admitida, genericamente, no art. 5º, XXIII, e implicitamente, no inciso XXIV da Constituição, a servidão administrativa pode ser conceituada como intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, **parcialmente expropriatória**, impositiva de ônus real de uso público, onerosa, permanente, não executória e de execução delegável. **(grifo nosso)**

Veja-se ALEXANDRINO e PAULO (2002, p. 529):

As servidões administrativas, por constituírem direito real de uso em favor do Estado sobre propriedade particular, devem ser inscritas no Registro de Imóveis para produzir efeitos contra todos (eficácia *erga omnes*)¹³.

(...) A indenização não será pela propriedade do imóvel (não há perda de propriedade, a propriedade não é transferida do particular para o Poder Público), mas sim pelos danos ou prejuízos **que o uso dessa propriedade pelo Poder Público efetivamente causar ao imóvel**.

(...) Só o exame de cada caso concreto é que permitirá avaliar se haverá ou não direito à indenização. **(grifo nosso)**

E ainda, JUSTEN FILHO (2005, p. 27):

A servidão administrativa depende da existência de uma lei que autorize sua instituição, mas não surge senão em virtude de ato administrativo concreto e determinado.

(...) O mero ato administrativo não basta, porém, quando a servidão importar sacrifício tão intenso da propriedade atingida que corresponda a uma modalidade de expropriação, subordinando sua instituição à indenização prévia. Nesse caso, a instituição da servidão dependerá da indenização prévia.

Em que pese ressaltar a evidência tal qualificação jurídica, parte da doutrina sustenta haver flagrante incompatibilidade entre o instituto da servidão administrativa e o ramo privatístico do direito, e por isso não há consenso em admitir que sobre aquela se apliquem as regras do direito civil:

Parte considerável da doutrina qualifica a servidão administrativa como direito real limitado, de natureza pública. Assemelham servidão administrativa e servidão privada (nesse sentido, HELY LOPES MEIRELLES, 1993). Opta-se por entendimento diverso, partindo do pressuposto de que a servidão administrativa não obedece ao regime jurídico da servidão de direito civil. (apud JUSTEN FILHO, 2005, p. 402).

¹³ Conforme estabelece a lei nº 6.015/1973, art. 168, *caput*: "Na designação genérica de registro, consideram-se englobadas a inscrição e a transcrição a que se referem as leis civis".

Evidentemente, as regras privadas que atuam especificamente sobre a servidão predial não têm possibilidade de aplicação sobre a administrativa, em especial as relativas à posse - assim, inadmissível é que a servidão administrativa seja suscetível de posse¹⁴, dada a circunstância específica - ato administrativo para uns, lei para outros - que deve cercar a instituição da servidão administrativa.

No entanto, tome-se como exemplo, não deixará jamais de sujeitar-se servidão à regra geral do direito civil quanto à obrigação de reparar danos causados. Danos estes efetivamente demonstrados resultantes da servidão administrativa devem dar azo à justa indenização na forma da lei, inteligência do art. 189-CCB.

Prosseguindo, enfocando a doutrina administrativista interpretada segundo o vigente texto constitucional, não há dúvida de que a servidão administrativa é identificada como *jus in re aliena*; que é decorrente de lei em favor de um ou mais serviços públicos específicos que aproveitam à coletividade; que se consubstancia em um espectro limitativo mais ou menos intenso das faculdades ou poderes inerentes ao domínio - este que, ao lado da posse, integra o feixe de direitos que é a propriedade em si considerada.

Importando, em síntese, dizer que a servidão administrativa ao recair sobre um dado bem imóvel provoca a limitação do direito de propriedade, porque restringe um ou mais poderes ou faculdades próprios do domínio, que sendo parte essencial da propriedade, e muito embora mantenha-se intocada a posse, leva à inafastável conclusão de que a propriedade termina por esse modo tornando-se restringida.

Então, o problema da prévia e justa indenização pela instituição da servidão administrativa sobre um determinado bem serviente fica melhor posto do seguinte modo: nos termos da lei, será prévia e justa a indenização que corresponder da forma mais ampla possível, em extensão e temporalmente, aos efeitos restritivos causados pela servidão administrativa sobre a propriedade.

¹⁴ Código Civil, art. 1.379, *caput*: O exercício incontestado e contínuo de servidão aparente, por 10 (dez) anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado o usucapião. Súmula 415-STF: Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória.

Porém, o que se tem na prática, é que a resposta jurisdicional ao proprietário acaba por resumir-se na maior parte das vezes em mera aproximação dos danos decorrentes dos efeitos limitativos da propriedade, do ponto de vista do bem da vida pretendido pelo proprietário do imóvel que suporta a servidão, ao pedir o pronunciamento judicial a ser prolatado ao final do processo, qual seja, a adequada recomposição da esfera patrimonial.

Quando o poder público, por si ou seus concessionários, manifesta legitimamente e na forma da lei faz exercer a imperiosa necessidade de instituir alguma das modalidades de servidão administrativa sobre certo imóvel, e em não tendo sido possível a composição administrativa amigável, iniciada perante o juízo competente a ação de constituição de servidão administrativa, a sentença ou decisão em grau recursal invariavelmente terá no *quantum* indenizatório o ponto fulcral da discussão.

E na realidade, não importa se se trata ou não de hipótese de imissão na posse *in initio litis*, da faixa servienda em favor da entidade expropriante, vez que a previsão de juros compensatórios nesses casos é matéria que já se encontra sumulada (*ex vi* Súmula 56-STJ, cit.), tornando despicienda discussão nesse sentido.

O que daí sobressai é que a adequada recomposição da esfera patrimonial do proprietário de fundo imobiliário que passa a suportar a imposição de servidão administrativa somente é conseguida quando satisfeita a lei infraconstitucional interpretada em consonância à Carta vigente, se for hábil a traduzir no caso concreto do modo mais amplo e completo a reparação dos danos gerados pelos efeitos limitativos sobre a propriedade, quer temporalmente quer quanto à extensão desses danos.

Assim, sempre que o *quantum* indenizatório judicialmente fixado em ação de constituição de servidão administrativa não representar em sua totalidade os danos advindos da limitação à propriedade, nos termos do ordenamento jurídico sistematicamente interpretado, pode-se dizer que não será adequada a resposta jurisdicional prestada.

Referiu-se, em mais de uma passagem neste trabalho, a certos parâmetros de que se tem valido a jurisprudência para o fim de fixar o montante indenizatório cabível pela passagem de servidão administrativa.

Trata-se de certos coeficientes ou índices numéricos, ou simplesmente números, que indicariam, em tese, em qual proporção - tomando-se tal proporção em relação à propriedade admitindo-a como um todo unitário de que são partes essenciais a posse e o domínio com seus diversos poderes e faculdades - dar-se-ia a limitação incidente sobre o domínio - uma vez que não há, *a priori*, que falar de perda da posse da faixa servienda - relativamente às faculdades ou poderes cujo exercício sofreria impedimento, após a instituição da servidão administrativa.

A literatura técnico-científica especializada em Engenharia de Avaliações, comumente, sói denominar tais números de “coeficientes de Phillipe Westin” ou “índices de Phillipe Westin”, os quais, ao serem aplicados mediante operação de multiplicação ao valor unitário da terra calculado e tido como válido para o *serviens*, permitiriam segundo seus defensores a noção exata ou aproximada da limitação imposta sobre a faixa servienda, gerada pela servidão administrativa, de qual trata a lei¹⁵.

Inexiste na literatura técnico-científica de Engenharia de Avaliações fonte segura a apontar indubitavelmente a origem e o fundamento desses números. No entanto, sempre tiveram tais números, durante a vigência das ordens constitucionais anteriores, como de fato têm, e na vigência da atual Carta, larga aceitação e aplicação pelos peritos judiciais, e acolhimento generalizado pelos juízos de conhecimento e tribunais pátrios.

Fala-se mesmo de uma tendência à padronização dos procedimentos de valoração do *quantum* indenizatório nas servidões. A respeito, assim se pronuncia um dos mais conceituados autores brasileiros na área de Engenharia de Avaliações:

Tem-se conhecimento de que várias tentativas de padronização de critérios avaliatórios para servidões têm sido efetuadas e algumas delas preconizam o emprego de fatores de depreciação, como é o caso da tabela organizada por Philipe Westin, que transcrevemos a seguir:

¹⁵ Nos termos do antes citado art. 40 do Decreto-lei nº 3.365/1941.

Principais fatores depreciativos	Índices de depreciação	
	Linhas de transmissão	Oleodutos
Proibição de construção	0,30	0,30
Proibição de culturas	-	0,33
Limitação de culturas	0,10	-
Perigos decorrentes	0,10	0,02
Indução	0,02	-
Fiscalização e reparos	0,03	0,05
Desvalorização do	0,08	0,10
remanescente		
Seccionamento do imóvel	-	0,10
(cortes)		0,20

Fonte: *Moreira, 1991. p. 172.*

Esses índices seriam aplicados, segundo seu autor, sobre o valor da faixa de servidão como terra nua, para se chegar ao valor da indenização, ou seja:

$$V_i = n V_r$$

onde :

V_i = valor da indenização

n = índice ou fator de depreciação

V_r = valor da terra nua da faixa

Por esse critério, para a passagem de uma linha de transmissão que acarretasse todos os fatores depreciativos aí mencionados, o índice de depreciação seria de 0,63, enquanto que, se fosse um oleoduto, o índice seria de 1,00, o que equivaleria a uma expropriação total.

Essa tabela, da mesma forma que outras similares, apresenta os inconvenientes do caráter empírico e aleatório da escolha dos índices e pretende ser genérica, quando se sabe das variações de características entre as diversas regiões do país. (MOREIRA, 1991, p. 172-3)

É esse, então, não mais do que um singelo critério, dentre tantos outros possíveis e tecnicamente mais recomendáveis para fixação da indenização, por respeitarem as circunstâncias e especificidades do caso concreto.

Melhor seria adotar outros métodos científicos existentes que a mesma literatura técnica tem a oferecer, dentre os quais, por exemplo, um dos mais corretos e justos vem a ser o método da rentabilidade ou das taxas de renda, desenvolvido pelo Engenheiro PELLEGRINO (1970) citado por MOREIRA (1991, p. 173-4):

Por esse critério, parte-se do pressuposto que a rentabilidade produzida pela quantia resultante da indenização deve ser igual à rentabilidade que a faixa expropriada pelo poder público proporcionaria se não fosse instituída a servidão ; isto, matematicamente, assim se traduz:

i = taxa de renda líquida anual sobre capital representado pela indenização a receber,

V_i = valor da indenização
 t = taxa de renda líquida anual sobre o valor real da terra nua da faixa de servidão;

V_r = valor da terra nua da faixa (sem benfeitorias).

$V_i = t : i \times V_r$

ou : $n = t : i$

Então, esse fator, n , deixa de ser aleatório e passa a ser resultante da relação entre as duas taxas vigentes no mercado (excluída qualquer correção monetária porque esta apareceria igualmente dos dois lados).

Partindo dessa premissa, Pellegrino analisou os casos de faixas de servidão em zonas urbanas e rurais.

(...)

Resumindo, tem-se atualmente (**esses números eram válidos para a região da Grande São Paulo, para o ano de 1990, e que por isso têm de ser obrigatoriamente pesquisados e recalculados cada caso e época em particular**):

Zona	T	i	N
Urbana	8%	12%	0,6667
Rural	4%	12%	0,3333

Fonte: *Moreira, Alberto L. op. cit.. p. 174*

(...)

O avaliador também não deverá perder de vista que o proprietário do terreno serviente ainda ficará com o encargo de pagar o imposto predial ou territorial da área referente à servidão, uma vez que (...) ainda permanece de sua propriedade. (**grifo nosso**)

MOREIRA (1991), refere, ainda, a outros itens que devem estar computados na verba indenizatória, além da terra nua, desde que presentes *in casu*: valor das acessões e benfeitorias, valor das plantações, valor das jazidas, valor em marcha, lucros cessantes, valor por desvalorização adicional da área remanescente.

Vê-se, apenas em um único exemplo, que o método baseado na rentabilidade leva a um resultado muito mais justo porque melhor se aproxima da realidade específica de cada caso, em contraposição àqueles critérios que se valem de coeficientes arbitrariamente fixados.

Haveria outros métodos mais a apresentar que conduzem à fixação da indenização, igualmente com acerto e justiça, deixando-se por ora de o fazer, por se situar a matéria no âmbito da Engenharia de Avaliações.

Porém, rápida vista de olhos sobre os julgados dos tribunais pátrios permite concluir que são de forma generalizada acolhidos nas decisões proferidas em ações de constituição de servidão percentuais de desvalorização¹⁶ senão idênticos aos da tabela Phillippe Westin.

¹⁶ Fala-se, ordinariamente, até mesmo na literatura técnica de Engenharia de Avaliações em "depreciação" da terra nua da faixa de servidão, o que é flagrante e impróprio uso da palavra : certo é

Uma possível explicação de ordem técnica para o apego a esses coeficientes, de que fala MOREIRA (1991, p. 174), seria a disseminação, que remonta há décadas, de um critério que se baseava na legislação tributária que regulava a forma de cobrança do imposto devido nas transações imobiliárias inter-vivos, pela qual fixara-se a base de cálculo do tributo em um terço do valor venal cadastrado para a faixa servienda, e que generalizadamente vem orientando decisões judiciais de primeiro grau e em fase recursal, embora seja critério absolutamente desprovido de mínima logicidade.

Provável razão de tão larga aceitação grangeada junto aos tribunais por esse critério - inescusável é dizer: padronizado, estandardizado - na determinação da indenização devida ao *dominus* - razão esta que possui raízes histórico-jurídicas - pode repousar nas noções de posse e de propriedade - domínio - tal como eram tratadas nas Ordenações do Reino (especialmente o Livro IV, Título V, das Ordenações Filipinas, que cuida da posse).

Dali colhe-se a regra pela qual “avalia-se a posse como metade do valor da coisa”.

A propósito, noção presente em diversos julgados de nossa Corte de Justiça local (v. TJPR. 1º Grupo de CCív. El 015436301. Rel. OTO LUIZ SPONHOLZ. Ac. 2107. v.m. data de julgamento : 01/04/1993; e no mesmo sentido, TJPR. 4ª CCív. El 017250100. Rel. TROIANO NETTO. Ac. 7471. v.u. data de julgamento : 23/10/1991).^{17 18}

dizer “desvalorização” da terra nua pela passagem da servidão, pois, depreciação - no campo da Engenharia, em geral - é o efeito degradante produzido sobre um dado bem pelas intempéries, pelo uso normal ou abusivo, e pelo obsolescimento funcional ou tecnológico, com o passar do tempo, e dessa forma, recai propriamente sobre as acessões e benfeitorias existentes no imóvel. No entanto, essa é discussão que não reside exatamente na seara do Direito.

¹⁷ “DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DO PRIMEIRO GRUPO DE CAMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR MAIORIA DE VOTOS, EM RECEBER PARCIALMENTE OS EMBARGOS INFRINGENTES. EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO DE SERVIDÃO - PASSAGEM DE FIOS CONDUTORES DE ELETRICIDADE - POSSEIRO COMO BENEFICIÁRIO DA INDENIZAÇÃO - DECISÃO MAJORITÁRIA A PROCLAMAR A NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS COMPENSATÓRIOS NAS HIPÓTESES DE SERVIDÃO DE PASSAGEM E A JULGAR VIÁVEL O PAGAMENTO AO POSSEIRO DE 50% DO VALOR DA INDENIZAÇÃO - (...)VOTO VENCIDO A ENSEJAR OS EMBARGOS INFRINGENTES QUE PLEITEIAM: A) CONCESSÃO DOS JUROS COMPENSATÓRIOS E B) AUMENTO DO PERCENTUAL DE INDENIZAÇÃO PARA 70%. RECURSO ACOLHIDO PARCIALMENTE: CONCESSÃO, POR DECISÃO MAJORITÁRIA, DOS JUROS COMPENSATÓRIOS, NOS TERMOS DO VOTO VENCIDO. (1) JUROS COMPENSATÓRIOS. INCIDÊNCIA NAS AÇÕES DE SERVIDÃO DE PASSAGEM AÉREA. OS JUROS COMPENSATÓRIOS TÊM POR ESCOPO RESSARCIR O PROPRIETÁRIO DE EVENTUAIS PREJUÍZOS OU LUCROS CESSANTES PELA OCUPAÇÃO DO IMÓVEL POR PARTE DO PODER EXPROPRIANTE E A PERDA ANTECIPADA DA POSSE POR PARTE DO TITULAR DO DOMÍNIO. MESMO NAS SERVIDÕES ADMINISTRATIVAS, QUE IMPÕEM

Ousamos dissentir da afirmação de que a indenização com base no percentual pré-estabelecido repara a limitação imposta, todavia, sendo claro que os juros compensatórios cobrem o prejuízo pela demora no pagamento ou prévia ocupação da faixa.

Neste último caso, a distinção feita entre imóveis urbanos e rurais é relevante em face das diferentes condições de uso e aproveitamento entre uns e outros, o que se reflete na forma pela qual são absorvidos os efeitos restritivos da servidão. Note-se que o critério em relação aos juros compensatórios foi aqui diverso: a ocorrência ou não de perda da posse - e, no caso anterior, a demora no pagamento. De todo o modo, a indenização calculada em termos de percentuais fixos é fruto de contraditado e desnecessário empirismo, que, neste como também no caso anterior, é agravado pela duvidosa proporcionalidade adotada entre posse e domínio, noção trazida das longínquas e vetustas Ordenações do Reino.

TÃO SÓ LIMITAÇÃO AO USO DA PROPRIEDADE, SEM QUE OCORRA A PERDA DA POSSE, A MAIORIA DO PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS ENTENDEU DEVIDA A INCIDÊNCIA DE JUROS COMPENSATÓRIOS, POIS PELA RESTRIÇÃO IMPOSTA COM A PASSAGEM DE FIAÇÃO ELÉTRICA, O PROPRIETÁRIO DA ÁREA É REPARADO PELA EVENTUAL LIMITAÇÃO ATRAVÉS DA INDENIZAÇÃO E OS JUROS COBREM O PREJUÍZO PELA DEMORA NO SEU PAGAMENTO. (RESSALVADA RESTOU A POSIÇÃO VENCIDA DO RELATOR, QUE NAO CONCEDIA OS JUROS COMPENSATÓRIOS). (2) INDENIZAÇÃO PELA RESTRIÇÃO DECORRENTE DA INSTITUIÇÃO DA SERVIDÃO. POSSEIRO COMO OCUPANTE DA ÁREA. INDENIZAÇÃO FIXADA EM 50% DO VALOR ATRIBUÍVEL AO TITULAR DO DOMÍNIO. CRITÉRIO RAZOÁVEL. NÃO É DESCONHECIDA A DIFICULDADE QUE EXISTE QUANDO SE PROCURA MENSURAR POSSE E PROPRIEDADE. JURIDICAMENTE ESTA TEM MAIOR VALIA, MAS NO TERRENO FÁTICO É NÍTIDA A PRIMAZIA DA POSSE. TRATANDO-SE DE SERVIDÃO - QUE É DIREITO REAL - TRAZ RESTRIÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE, MAS ACABA POR ATINGIR A POSSE. E COMO NA ESPÉCIE A CAUSA TRATA DE INDENIZAÇÃO A POSSEIRO, JUSTO É QUE PERCEBA ELE A METADE DO QUE TOCARIA AO TITULAR DO DOMÍNIO, SEGUNDO PRINCÍPIO QUE NOS VEM DAS ORDENAÇÕES ("AVALIA-SE A POSSE COMO O EQUIVALENTE A METADE DO VALOR DA COISA"). EMBARGOS INFRINGENTES PARCIALMENTE RECEBIDOS."

¹⁸ "DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA QUARTA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, NEGAR PROVIMENTO A APELAÇÃO DO RÉU E POR MAIORIA DAR PROVIMENTO AO RECURSO DA COPEL PARA REDUZIR O PERCENTUAL DA INDENIZAÇÃO PARA 20% E EXCLUIR OS JUROS COMPENSATÓRIOS. EMENTA: DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - SERVIDÃO DE PASSAGEM DE FIOS ELÉTRICOS - AÇÃO CONTRA O POSSUIDOR, DESCONHECIDO O TITULAR DE DOMÍNIO - PARCELA DAQUELE NO VALOR DA INDENIZAÇÃO - CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO PERCENTUAL DE DESVALORIZAÇÃO - JUROS COMPENSATÓRIOS. SEGUNDO PRINCÍPIO VINDO DAS ORDENAÇÕES, AVALIA-SE A POSSE COMO O EQUIVALENTE A METADE DO VALOR DA COISA. NAS SERVIDÕES DE PASSAGEM DE FIOS ELÉTRICOS, O PERCENTUAL DE DESVALORIZAÇÃO DEVE SER ESTABELECIDO, EM REGRA, EM 20% PARA AS TERRAS DE CAMPO, 30% PARA OS TERRENOS RURAIS COM EXPLORAÇÃO AGRÍCOLA, 50% PARA OS TERRENOS SITUADOS EM ZONA URBANA NÃO URBANIZADA E 80% PARA OS TERRENOS URBANIZADOS. NESSAS SERVIDÕES OS JUROS COMPENSATÓRIOS NORMALMENTE SÃO INDEVIDOS, POIS NÃO COSTUMA OCORRER PERDA DA POSSE, MAS SIMPLEMENTE LIMITAÇÃO DO USO, JÁ DEVIDAMENTE REPARADO PELO VALOR DA INDENIZAÇÃO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 32.861-9".

A propósito da inconfundibilidade entre domínio e posse, e a conseqüente insuficiência conceitual desta última para caracterizar-se como direito real, diz MIRANDA (1973 a, p. 13):

Para a teoria da posse, segundo os art. 485-523 (atuais art. 1.196 a 1.224, CCB), o que importa é a senhoria da coisa (*pot, sedere*), o estado de fato, a situação real, o poder fático sobre a coisa. A posse, em si, é *res facti*, e somente *res facti*. Nem conseguiu fazê-la direito subjetivo o direito romano pós-clássico, quando lançou mão de analogias com o direito.

Cabe notar que, assim como os juízes e tribunais, os entes expropriantes dos três níveis estatais, da administração pública direta ou indireta, ao longo dos anos convenceram-se do acerto e da virtual incontestabilidade desses números.

Entretanto, basta o exame de apenas um caso, de ocorrência assaz freqüente, analisado sob a luz do ordenamento jurídico vigente, para que a fragilidade desse critério torne-se clara e evidente.

Imagine-se um imóvel particular de medianas dimensões, situado em zona urbana de média ocupação e densidade populacional, qual seja, um lote típico situado em uma cidade brasileira qualquer. E que sobre faixa não-edificada desse lote seja instituída, pelo concessionário de serviço público local, servidão administrativa de passagem de rede de tubulação enterrada destinada a operar como rede coletora de esgoto, não tendo sido possível a composição administrativa amigável com o proprietário quanto ao preço, ausente qualquer vício no ato ou processo de constituição da servidão em si, como a obrigatoriedade de inscrição da servidão administrativa no Registro de Imóveis competente - assim com se dá com as servidões civis - a fim de dotá-la de plena existência e eficácia *erga omnes*.

Iniciada a ação, regularmente produzida durante a instrução probatória, dentre outras, a prova pericial, e chegada à fase decisória, certamente a sentença que fixar a verba indenizatória - quanto ao principal - o faria sobre tendo por base o critério arbitrário que aqui se discute, definindo-a em termos de um certo percentual que pretensamente daria a medida da limitação do valor da propriedade, e que possivelmente teria até mesmo sido admitido no laudo oficial.

A justificativa recorrente aponta invariavelmente para a circunstância de que a passagem da servidão teria produzido como únicos efeitos caracterizáveis como danos ao proprietário - ou possuidor - a limitação de algumas das faculdades inerentes ao domínio.

Porém, o exame da maioria das questões concretas submetidas ao crivo da Justiça permite verificar que os danos infligidos ao proprietário dificilmente são compensados por esse valor indenizatório, porque além das limitações impostas ao domínio há um elenco de prejuízos concretos, ainda que não manifestados ou que sequer se tenham tornado aparentes no momento ou mesmo após a passagem da servidão, pois não há como olvidar que o conteúdo econômico da propriedade ou posse, nos dias de hoje, assumiu uma extensão e complexidade maior do que as que anteriormente se lhes associavam.

Deve-se atentar, sim, para os efeitos incidentes sobre o patrimônio do *dominus* decorrentes da impossibilidade de exercício e da perda de exclusividade dos usos possíveis da terra na faixa servienda.

Urge que se faça, a esta altura, necessária e oportuna remissão à idéia de ser *“incomum que os estudiosos do Direito se ocupem do exame de ‘casos’, como forma de analisar vícios jurídicos e mesmo de despertar estudos sobre a forma de prevenir-lhes a reiteração”* (MELLO, 2000, p. 15), pois alguns poderiam afirmar que a indenização pela imposição de servidão administrativa é tema que estaria doutrinária e jurisprudencialmente esgotadas, além de que, encontra-se legalmente reguladas. *Data venia*, posição da qual dissentimos pelas razões que a seguir vêm apresentadas com mais vagar e detalhadamente.

Antes, porque de suma importância à presente discussão, convém não perder de vista que o direito de propriedade, sabendo-se que o ordenamento civil de 1916 e o de 2002, tendo acolhido e mantido a teoria de Jhering sobre a posse, veio tomar esta última como *“a exteriorização da propriedade, a visibilidade do domínio, o poder de dispor sobre a coisa”* (MONTEIRO, 2003, p. 18), e que *“a noção de propriedade mostra-se, destarte, mais ampla e mais compreensiva do que a de domínio. Aquela representa o gênero de que este vem a ser a espécie”*. (p. 83).

Entretanto:

Há quem assevere que a propriedade não constitua uma soma de direitos separáveis, mas direito único, com a faculdade de comprimir-se ou de reduzir-se a um mínimo de poderes, permanecendo, todavia, potencialmente unida, ante a possibilidade, que lhe é imanente, de volver à sua máxima e normal compreensão, logo que se eliminem ou se removam os pesos e restrições que a comprimam. (MONTEIRO, 2003, p. 88)

Trata-se aí do reconhecido princípio da elasticidade do domínio.

Esse princípio parece coadunar-se com o objetivo perseguido pelo constituinte e pelo legislador com a letra dos art. 1.228, *caput* e seus parágrafos, e 1.229 do CCB, interpretados sob a égide da CRFB, conforme seu art. 5º, e os citados incisos XXII, XXIII e XXIV.¹⁹ assumindo importância crucial na presente discussão.

Do inciso XXIV do art. 5º da Carta depreende-se que, sendo a hipótese de servidão de que trata o art. 40 do Decreto-lei nº 3.365/1941, o proprietário ou possuidor terá direito à justa e prévia indenização pelos danos efetivamente ocorridos.

Todavia, se são verdadeiras as afirmações de DINIZ (2002, p. 226) de que a *“servidão administrativa não tolhe o direito de propriedade do proprietário, nem a posse mediata do possuidor do prédio serviente, apenas restringe o seu uso, obrigando, p. ex., a não praticar certos atos ou, ainda, a suportar algo”*, e continua seu entendimento asseverando que:

Com a servidão administrativa (RT, 780:239; STJ, Súmula nº 56), não há transferência do domínio da área serviente, mas tão-somente a privação de certos poderes inerentes à propriedade a ser suportada pelo seu titular. Na lição de BIELSA, *‘la restricción solo conforma y nunca desintegra ni disminuye el derecho de propiedad, y obedece a una solidaridad de intereses : el publico y el privado (a restrição somente conforma e jamais desintegra ou diminui o direito de propriedade, e obedece a uma solidariedade de interesses : o público e o privado)’*. Há uma limitação de utilidade pública ao uso do prédio serviente em benefício do bem-estar social (JB, 49:252), correspondendo às justas exigências do interesse público que a motiva. (tradução nossa)

¹⁹ CCB, art. 1.228, *caput*: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”, e seus parágrafos 1º, 2º e 3º : “§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”; “§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem; “§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.”; 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 altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.”; CRFB, art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (...), e seus incisos XXII, XXIII e XXIV : “XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; “XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.”

Porque o domínio é conformado em sua essência, e não desintegrado pela servidão, a par de outras numerosas limitações de índole pública também incidente, deixaria de caber a indenização pela servidão imposta, da forma mais ampla, como diz a lei? Pensamos que não.

Nesse sentido, igualmente oportuno lembrar MONTEIRO (2003, p. 93), quando discorre sobre a atuação do Estado regulando o uso dos bens particulares:

O direito de construir é o que mais limitações apresenta. As normas edilícias e de zoneamento fixam usos e construções permitidos em cada região da cidade, estabelecem recuos, coeficiente de aproveitamento, a implantação no lote, área máxima de edificação, gabaritos de altura. A exigência de licença prévia de edificação evidencia a ingerência do Estado no direito de propriedade, conformando-o e harmonizando-o com os da coletividade.

Acaso, a circunstância de recaírem limitações em maior número sobre o direito de construir, do que sobre os demais, indicaria que o seu titular não faria jus à justa indenização por danos gerados por servidão pública?

Conveniente, também, referir a Aluísio Pires de Oliveira e Paulo César Pires de Carvalho, citados por GOMES (2004, p. 118-9):

Conseqüentemente, os termos dos arts. 182 e 183 da Constituição Federal agora regulados pelo Estatuto da Cidade, formam mais uma condicionante ao direito de propriedade. Isto significa dizer que a utilização do solo urbano fica submetida, primordialmente, à Constituição Federal, que estabelece a necessidade de cumprimento da função social das propriedades, e à observância do Estatuto da Cidade, leis urbanísticas e plano diretor.

Enfim, de que modo a submissão ao regime da função social da propriedade diminuiria o direito do *dominus* à eventual indenização decorrente de prejuízo causado por ato administrativo?

Lembrando que para o legislador privado o direito de propriedade não teve o seu alcance essencialmente modificado pela ordem econômica e social trazida pela CRFB (*vide* nota 4 supra) - aliás, ousamos dizer, até mesmo, que o alcance da propriedade foi em verdade amplificado pela dimensão social que lhe foi agora emprestada - então, como conclusão lógica, é de se admitir que essa nova ordem inaugurada com o Texto Maior de 1988 veio condicionar, sem jamais derogar, os poderes inerentes ao domínio.

Inevitável, neste ponto, deixar de sublinhar que José Afonso da SILVA (1994) citado por LEONETTI (2000, p. 65):

(...) repudia as manifestações doutrinárias que vêem na função social da propriedade um mero sistema de limitação da propriedade. Este, diz ele, com apoio de KARL RENNER; ANGEL SUSTAETA ELUTIZIA e M. S. GIANNINI, diz respeito 'ao exercício do direito, ao proprietário; aquela (a função social da propriedade), à estrutura do direito mesmo, à propriedade'.²⁰

E nesse mesmo sentido:

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (1992), por seu turno, também anota que há duas grandes correntes doutrinárias quanto à natureza do princípio da função social da propriedade: para uns, seria uma forma de manifestação do poder de polícia de que se reveste a Administração Pública; para outros, seria um novo instrumento que, conjugado aos já existentes, possibilita a obtenção de uma ordem econômica e social que realize o desenvolvimento com justiça social.²¹ (apud LEONETTI, 2000, p. 65-6)

Ainda com maior incisividade, *“a opinião de Orlando GOMES (1986), segundo a qual o princípio da função social da propriedade atinge a substância do direito de propriedade, dando origem a uma nova concepção do instituto”*.²² (apud LEONETTI, 2000, p. 66) pode parecer indicar que a ordem social e econômica de 1988 viria a alterar a essencialidade do direito de propriedade, porém, o que se tem em verdade é a expressão da vontade do constituinte posta em relevo no sentido de pretender a positivação do condicionamento do exercício da propriedade, e não a alteração ou derrogação desta.

Melhor seria dizer, como síntese das idéias explanadas por esses doutrinadores, que a propriedade sob a égide da Carta de 1988, verdadeiramente, assumiu uma nova dimensão que dela é esperada e que deve ser manifestada mediante o seu exercício segundo os novéis preceitos constitucionais.

Não é demais repisar que hoje se encontra dissipada qualquer dúvida, no dizer de DINIZ (2002, p. 226), de que:

²⁰ SILVA, J. A. da. (1994. p. 254).

²¹ DI PIETRO, M. S. Z.. (1992. p. 96).

²² GOMES. O. (1986. p. 60).

A servidão administrativa é espécie de ônus real de uso, imposto pelo Poder Público, ou por seus delegados, sobre propriedade particular ou coisa pública para assegurar a realização e a conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário.

E, prossegue a douta civilista:

A servidão administrativa, pelo fato de o bem passar a ser colocado sob parcial senhoria da coletividade, é considerada por Ernst Forsthoff como uma **quase-desapropriação** (*Der enteignungsgleiche*), sendo que Seabra Fagundes, por sua vez, prefere chamá-la **expropriação parcial**. A servidão administrativa é, portanto, o ônus real de uso, imposto pelo Poder Público, ou por seus delegados, sobre propriedade particular ou coisa pública para assegurar a realização e a conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário. **(grifo nosso)**.

Mas, quais prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário reputam-se como tais? Onde se situaria a linha caracterizadora da justa verba indenizatória para além da qual estar-se-ia dando azo ao eventual enriquecimento ilícito do *dominus* em desfavor do Poder Público?

Abrangente visão sobre a questão que se refere à servidão administrativa e seus efeitos sobre propriedade, pode ser encontrada, ainda, segundo a linha de pensamento de LIMA, em sua obra *Princípios de direito administrativo* (1982, p. 196-7) ao se apoiar no brilhante raciocínio do jurista Lacerda de Almeida (1910) acerca do assunto em tela.²³

²³ Afirma o ilustre e saudoso administrativista Lacerda de Almeida (1910): "De outra parte, a servidão administrativa, ao contrário da servidão real do direito privado (art. 695, Código Civil - atual art. 1.378-CCB), pode incidir sobre móveis ou imóveis. (...) Como as servidões reais privadas, entretanto, as servidões administrativas são inseparáveis da coisa serviente do serviço público dominante; são limitadas quanto ao seu conteúdo e ilimitadas quanto ao tempo de sua duração. Assim, porque inseparável do serviço público, a servidão administrativa de passagem de fios telefônicos ficará extinta, se o serviço público de telefones for extinto e substituído por um sistema de rádio-comunicação. Os fios existentes não poderão ser mantidos e utilizados para serviço diverso. Do mesmo modo, a servidão administrativa, porque tem conteúdo limitado, deve restringir-se às necessidades do serviço público, em favor da qual é constituída. Não se pode conceber que o proprietário de um imóvel, próximo a um aeroporto ou aeródromo, seja impedido de cultivar, em sua propriedade, trigo ou arroz, em virtude da servidão administrativa que lhe grava o prédio quanto às «instalações, edificações e culturas» (ex vi art. 133, § 1º, do Código do Ar, Decreto-lei nº 483, de 8 de junho de 1938). As necessidades do serviço público, neste caso, restringem-se a que as plantações ou culturas não embaracem a partida ou a chegada de aviões (ex vi art. 133, § 1º, do Código do Ar, Decreto-lei nº 483, cit.). Enfim, as servidões administrativas são ilimitadas no tempo, porque, a exemplo das servidões reais privadas, - destinando-se a sua imposição sobre o bem serviente a suprir uma deficiência do serviço público, que lhe é a «res dominans», - «...não poderia ser suprida aquela deficiência que, no dominante, é perpétua, se perpétua, não fosse a capacidade do serviente em supri-la (cf. LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, Rio de Janeiro, 1910, tomo II, § 99, p. 21)»."

Insista-se a esta altura: não é objeto deste trabalho discutir se há ou não cabimento em a Administração instituir servidão pública sobre o bem particular, ou estar para isto legitimada, ou investigar a natureza e o regime jurídico - que é misto - privado e público - da servidão administrativa, nem mesmo contestar a supremacia do interesse público sobre o privado. São essas todas questões inerentes ao instituto da servidão pública, pacificadas em doutrina e jurisprudência, vindo tratadas sem maiores ruídos interpretativos no ordenamento jurídico vigente após o advento da CRFB.

Bem ao contrário, o propósito desta discussão volta-se para o aprimoramento da técnica interpretativa da lei tendente à adequabilidade do *quantum* indenizatório devido pela servidão instituída sobre bem imóvel particular, já que em algumas circunstâncias não vem sendo atingida a solução mais justa. E mais: o legislador tem parcela de contribuição para a perpetuação desse quadro.

LIMA (1982, p. 198) assevera que:

Nem sempre, porém, a legislação obedece ao princípio da indenização, na imposição da servidão administrativa. A ausência de dano às coisas obscurece, não raro, a diminuição patrimonial decorrente da limitação do direito.

Quer parecer que para chegar ao fim e objetivo deste trabalho não se escapa de, ao menos rapidamente, pôr em relevo a natureza de dano tal qual doutrina e jurisprudência a compreendem hoje - senão porque a problemática que cerca a fixação da indenização pela servidão administrativa está na aferição da existência ou não da efetivação de dano ao patrimônio do *dominus*.

VENOSA (2005, p. 40-1), mui apropriadamente informa que:

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não-econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo.

E, mais além, o mesmo privatista amplia a caracterização do dano impingido ao *dominus* para abranger qualquer lesão a interesse legítimo. (p. 41)

Por fim, claro está que não haveria equívoco em aquilatar todo e qualquer dano ou lesão - quer presente quer futuramente, desde que comprováveis - enfrentados pelo proprietário ou possuidor, ajustando-se aí perfeitamente a noção

de “perda de oportunidade”, construção jurídica francesa, não por acaso admitida tanto por VENOSA (2005) quanto por Caio Mário da Silva PEREIRA (1999).²⁴

Com isso, vê-se que a sempre tormentosa noção de dano foi modificada, acompanhando a evolução das relações sociais, para também passar a abranger aquela ordem de prejuízos cuja manifestação não se dá no momento atual, e sim, diferida para instante futuro ou mesmo de forma distribuída ao longo do tempo.

Voltando ao tema principal, se não paira dúvida sobre o regime jurídico da servidão - que é misto, porque a um tempo público, quanto ao ato instituidor e ao seu exercício, como também sujeito a regras privatísticas, quanto à responsabilidade pelo dano e ao dever de indenizar - embora com predominância do interesse público, não é essa razão suficiente para que o ente estatal ponha-se livre para comprimir - na verdade, suprimir - em parte os poderes inerentes à propriedade sem destinar a devida compensação patrimonial pela imposição desse ônus ao titular do bem *serviens*, apenas porque a técnica de interpretação da regra que leva à fixação da indenização está a depender de um maior aprimoramento, mormente no que tange à caracterização da existência do dano de que fala a doutrina, que em inúmeras circunstâncias existe, mas deixa de ser considerado por deficiência interpretativa do verdadeiro alcance da propriedade no ordenamento atual.

Na linha do que acima se afirmara, os constitucionalistas de estirpe não se furtam - nem poderia ser diferente no Estado Democrático de Direito - de prudentemente sopesar o valor da propriedade frente à ordem social e econômica inaugurada pela CRFB. SILVA (1994) citado por LEONETTI (2000, p. 72) reitera afirmando que:

O princípio da função social da propriedade não autoriza suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada embora possa ‘fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário.’²⁵

²⁴ Assim lecionam os autores: “É claro, então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro na idéia de perda de uma oportunidade (perde d’une chance) e puder situar-se na certeza do dano.’ Quando vem à baila o conceito de chance, estamos em face de situações nas quais há um processo que propicia uma oportunidade de ganhos a uma pessoa no futuro. Na perda da chance ocorre a frustração na percepção desses ganhos. A indenização deverá fazer uma projeção dessas perdas, desde o momento do ato ou fato jurídico que lhe deu causa até um determinado tempo, final, que pode ser uma certa idade para a vítima, um certo fato ou a data da morte. Nessas hipóteses, a perda da oportunidade constitui efetiva perda patrimonial e não mera expectativa. O grau de probabilidade é que fará concluir pelo montante da indenização”.(cf. PEREIRA, C. M. da S. Responsabilidade civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 45)

²⁵ SILVA, J. A. da. (1994.p. 256).

Portanto, assumem relevo as circunstâncias reinantes no caso concreto, neste inevitável balanço de valores agora impostos para a aplicação da lei, entre os princípios da função social e o da garantia da propriedade privada, digam-se, ambos constitucionalmente inscritos.

A propriedade atinge sua finalidade constitucionalmente prevista quando, embora essencialmente expressão de uso, gozo e fruição individual, sejam tais poderes manifestados de modo a permitir maior ou menor repercussão em favor da coletividade, na forma da lei.

Indo mais além, no Brasil não é possível alijar-se da propriedade a noção de utilidade - econômica e, mais recentemente, social - à qual se acha ligada umbilicalmente.

A valorização da propriedade - e da propriedade da terra - como reflexo da liberdade individual na órbita econômica e a exteriorização da pessoa, não permitia a individualização do indivíduo na sociedade, assim como no direito de uso e gozo do bem, em relação ao indivíduo mantinha-se presente uma ilimitação de poderem os proprietários ir a ponto de ser possível abusar, sendo indiferente ao Estado a proveitosa gestão do bem. Ora, ao invés, no Brasil, ao início de sua história, a terra era concebida como a base territorial de uma atividade, assim como daí surge a consideração não tanto só na aparência, quanto na sua destinação produtiva.²⁶ (PORRU, 1983, p. 57-8 tradução nossa).

No ordenamento brasileiro não se separa da propriedade a sua utilidade. À utilidade inerente à propriedade contrapõe-se a utilidade motivadora da servidão instituída sobre o *serviens*. Diz MIRANDA (1973 c, p. 367) que esta última:

Limita, porque não se justificaria que se diminuísse, ao prédio serviente, o valor, sem que disso se aproveitasse o prédio dominante. A utilidade ou necessidade há de ser considerada quanto ao conteúdo da servidão e quanto ao seu exercício.

E mais: “No sistema jurídico brasileiro não há o princípio da atualidade da necessidade. A servidão coacta pode ser de futuro”. (MIRANDA, 1973 c, p. 294).

²⁶ “L’esaltazione della proprietà - e della proprietà terriera - quale riflesso della libertà individuale nell’orbita economica ed esteriorizzazione della persona umana, nono permetteva l’individuazione di nessi tra individuo e società, cosicché nel diritto di godimento del bene da parte dell’individuo si ritenne di riscontrare una illimitatezza di poteri proprietari fino al punto che era possibile abusarne, essendo completamente indifferente allo Stato la fruttuosa gestione del bene. Ora, invece, per il Brasile, e ciò fin dall’inizio della sua storia, la terra è concepita come base territoriale di una attività, cosicché essa assurge a considerazione non tanto sotto il profilo dell’appartenenza quanto sotto quello della sua destinazione produtiva.”

Com isso, quer-se dizer que o ente estatal expropriante pode instituir a servidão, demonstrando-lhe a necessidade e utilidade pública transpessoal em favor da coletividade, mesmo que o projeto da obra que enseja a servidão ainda esteja em elaboração, senão quando disso dependa o cumprimento do dever de prestar serviço adequado, ou quando sobrevier alteração das condições econômicas, e se tratar de serviço público objeto de concessão, hipótese em que se busca o reequilíbrio do contratual através da prorrogação do prazo de exploração, por exemplo.

Na proteção do interesse do *dominus*, que suporta os efeitos da servidão administrativa, houve de parte do legislador certa preocupação quanto a eventual onerosidade que adviria de tais servidões, a exemplo da regra do art. 118 do Decreto nº 24.643/1934 (Código de Águas, citado) no qual:

Lança-se o princípio, tradicional, da imunidade relativa das casas, e tal princípio há de ser entendido no sentido de se ter abstraído de se tratar prédio urbano ou prédio rústico (...) O que é casa e parte contígua, necessária, isto é, que seja indispensável à casa em sua concepção arquitetônica e econômica, está protegido pelo princípio da incolumidade relativa da casa. (MIRANDA, 1973 c, p. 294)

Veja-se que o parâmetro adotado pela lei é a necessidade e a utilidade, seja o prédio urbano ou rural.

Portanto, somente se há necessidade pública pode ir até aí a constituição desapropriativa de servidão. Não importa a destinação da casa (habitação, hotel, hospedaria, bar, armazém de secos e molhados, loja de fazendas, casa de campo ou de verão) (...) Todavia, se a aducação ou educação se pode fazer, sem excesso de onerosidade, por tubos subterrâneos, o art. 118, por sua "*ratio legis*", deixa de incidir. (MIRANDA, 1973 c, p. 294)

Transladando daquele cenário no longínquo início do século XX, em que lecionava MIRANDA, para o tempo atual, em que é notória a complexidade apresentada tanto pela gestão do espaço urbano quanto pela propriedade imóvel urbana, tem-se que, na hipótese de que trata este trabalho - servidão administrativa incidente sobre típicos médios e pequenos lotes de terrenos urbanos - a composição da indenização pelo dano experimentado pelo proprietário deverá contemplar o real impacto econômico sofrido pela restrição incidente sobre o imóvel, mesmo naquelas hipóteses de onerosidade reduzida, jamais afastada a obrigação de indenizar.

Entende-se, pela aplicação do princípio da isonomia, que se do agente expropriante não se exige a atualidade da necessidade ensejadora da servidão, ao proprietário há de ser garantida a indenização mais ampla, conforme a hipótese presente no caso concreto, acrescendo-se aos eventuais danos materiais suportados (demolições etc), também aqueles que possam decorrer do *non facere* próprio da servidão administrativa e que não raro, implicam na impossibilidade de edificar sobre a faixa servienda, ainda que, exemplificativamente, a aproveitabilidade do terreno - ou seja: a área total edificável permitida segundo as limitações administrativas - não tenha sofrido alteração, pois o fato de o proprietário passar a não mais poder edificar naquela parte específica é suficiente, *de per si*, para caracterizar autêntica restrição a exercício de faculdade típica dos poderes inerentes ao domínio, circunstância que desnivela a condição do imóvel dos demais não-sujeitos aos efeitos da servidão.

Isto porque, tendo em vista que a liberdade para adotar diferentes partidos arquitetônicos passíveis de serem implantados no terreno, ou a liberdade de orientar as construções segundo o melhor aproveitamento do espaço no lote de acordo com as condições de insolação e ventilação, ou a máxima utilização da frente do terreno quando se tratar de prédio comercial ou loja que não prescinde de área de exposição ou vitrine, ou ainda de modo a melhor adequar-se ao nível de qualidade e características construtivas dos demais empreendimentos imobiliários, ou aos usos e costumes do local, são todos fatores determinantes do valor de mercado do *serviens*, decisivos para a maior ou menor facilidade a ser encontrada em um futuro negócio jurídico e compra e venda.

Não se afigura palatável que quaisquer dessas restrições, se presentes, não tenham impacto sobre a esfera patrimonial do proprietário, portanto, que devam integrar a indenização, afastado desde logo o risco de configurar-se hipótese de enriquecimento indevido.

E neste ponto parece ganhar relevo a questão que de fato importa na definição da abrangência do dano a ser considerado na fixação da verba indenizatória.

CAPÍTULO IV

4. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ESPECÍFICAS

Sustenta-se, *de lege lata*, (basta lembrar, para tanto, a letra do art. 186-CCB) que somente será admissível o dano efetivamente suportado pelo proprietário, entendendo-se como efetivo o que decorre de ocupações ou demolições, totais ou parciais, e outras onerosidades excessivas que forem admitidas enquanto tais, desde que visíveis e materialmente quantificáveis. Privilegia-se na interpretação da lei a imediatidade na quantificação do dano enfrentado pelo proprietário.

Segundo esta vertente interpretativa e majoritária, jamais poderia ser considerada como dano a diminuição patrimonial experimentada pelo *dominus* em face do decréscimo de valor de mercado do *serviens* em decorrência da restrição adicional imposta sobre a faixa *servienda* e que não incide sobre os demais imóveis assemelhados, decréscimo que é economicamente identificável e aferível mediante as ferramentas conhecidas da Engenharia de Avaliações.

Porém, quando incidem restrições como as de que há pouco se falava, e cujos efeitos quase sempre se fazem sentir com muito maior força na hipótese de servidão administrativa instituída sobre lote de terreno urbano de menores dimensões, a conclusão obrigatória é que devam os respectivos efeitos serem economicamente quantificados com o objetivo de integrar os danos efetivamente ocorridos.

No plano da vida esse decréscimo patrimonial experimentado pelo dono do *serviens* é sentido desde logo, sob a forma de perda de valor de mercado pela restrição instituída - que é perfeitamente identificável e determinável, portanto, hábil a fazer prova em juízo - e deve ser pago na indenização devida, absolutamente despiciendo supor que se deva aguardar o evento futuro e incerto condizente em um ato negocial de compra e venda para configurar-se o dano patrimonial, para somente a partir daí o dono poder legitimar-se a vir pleitear essa parcela da indenização.

O contrário seria legitimar o enriquecimento sem causa do Estado sobre o particular, algo que deve ser repudiado a todo o custo, em nossa ordem jurídico-democrática.

Entretanto, as decisões judiciais que fixam a indenização por instituição de servidão administrativa tendem a desconsiderar na composição dos danos efetivamente ocorridos, qualquer outro efeito que não se possa reputar perfectibilizado, conhecido e manifestado, à época da imposição da servidão ou da prolação do *decisum*, e ainda, de que não haja inequívoca prova da materialidade e de nexos causal com a servidão imposta, sendo por isso enquadrável como efeito ocorrente em uma perspectiva futura, descartando-o na composição do dano.

Quanto ao último pressuposto nada há que reparar, porquanto deve haver nexos de causalidade entre o dano e a servidão instituída, para daí exsurgir a responsabilidade estatal. Mas, a desconsideração do efeito restritivo apenas sob a alegação de que não resta demonstrada a atualidade do dano, é de ser qualificada, salvo engano, como imprecisão interpretativa, senão falsa representação do mundo dos fatos.

Se não se exige do Poder Público a prova simultânea da atualidade e da materialidade da necessidade para instituir a servidão, não se pode obrigar o dono do *serviens* que demonstre a simultaneidade da materialidade e da atualidade do dano sofrido.

Basta a prova da existência do dano, mesmo que esse dano não seja dotado de materialidade no momento de formação da servidão, que sua manifestação venha a dar-se em tempo futuro, como se daria na hipótese assaz freqüente de redução forçada do preço, causada pela servidão, por ocasião de compra e venda ainda por efetivar-se; ou os danos emergentes e lucros cessantes originados por eventual descontinuação da gênese formativa de contrato de outorga onerosa de direito de construir, ou de concessão do direito de superfície, por ter o outro contraente se convencido de que não há mais interesse em prosseguir, uma vez tendo tomado conhecimento da servidão imposta; ou que seja dano de natureza intangível, como seria o caso do valor de mercado não alcançado pela marca da empresa de varejo com sede em prédio comercial erigido no terreno serviente (ou a erigir, não importa) porque as vendas projetadas caíram em virtude da menor área de exposição e acesso, dado que a frente útil do terreno foi diminuída pela servidão instituída.

De todo o modo, o que não se pode admitir é que eventual maior complexidade de cálculo para a fixação do *quantum* venha a justificar a sua exclusão da conta de danos infligidos ao proprietário.

E, também, não se pode olvidar que à propriedade imóvel, em especial a urbana, no ordenamento jurídico vigente deu-se contornos mais amplificados, em duas direções: por um lado, sabe-se que a propriedade imóvel assumiu um valor social antes virtualmente inexistente - a já mencionada função social fruto da ordem econômica e social insculpida na Carta de 1988 ; por outro, a propriedade imóvel urbana, como instituto jurídico, teve ampliada a sua extensão, de que são exemplos os já referidos direito de superfície (art. 21 a 24 do Estatuto das Cidades, Lei nº 10.257/2001, citada.), e a outorga onerosa do direito de construir (art. 28 a 30 do Estatuto das Cidades).

Em uma e noutra direção, o que se vê é que o direito de propriedade torna-se amplificado quanto ao alcance de seus efeitos jurídicos. O que muda é o sujeito ao qual dirigem-se os benefícios gerados a partir do exercício do direito de propriedade, conforme a ótica adotada seja de Direito Público ou de Direito Privado.

No que tange à propriedade como função social, poder-se-ia em um superficial exame ter a propriedade como ela mesma tolhida em sua extensão, o que em seguida se revela inverídico, pois essa limitação dá-se verdadeiramente sobre um ou mais dos poderes próprios do domínio, que se comprimem ou distendem na medida da limitação imposta, corolário do princípio da elasticidade do domínio. E o sujeito dos benefícios dessa propriedade - função social é a coletividade, a sociedade, nela estando inserido o proprietário.

Já em se tratando dos efeitos gerados pelos acima citados institutos trazidos pelo Estatuto das Cidades, à primeira vista seria de supor que uma vez implementada a extensão do direito de propriedade, tal fato beneficiaria apenas o proprietário, dado o acréscimo patrimonial decorrente do melhor aproveitamento do terreno. Percebe-se facilmente que a sociedade também aí é uma vez mais beneficiada, reflexamente, pois o imóvel sobre o qual se institui o direito de superfície ou a entrega onerosa de construir, passa a exercer mais adequadamente o papel social de geração de riqueza e bem-estar, em última análise, expressão da vontade constitucional.

Assim, a propriedade, que já se apresenta hoje sensivelmente limitada e restringida, seja por permissividade da lei ou do aplicador do direito, não pode vir a se transformar em verdadeiro empecilho ao *dominus*, pela circunstância de a lei não lhe permitir integrar à indenização pela servidão administrativa constituída, à parte em pecúnia que representaria a expressão econômica do dano gerado pela desvalorização advinda pelo *non facere* imposto dentro dos limites da faixa servienda - exatamente a restrição que ordinariamente limita o *jus utendi* e o *jus fruendi*, e bem mais raramente, o *jus abutendi* - e sobre que aqui se vêm debatendo.

Se a lei faculta ao dono que "*dominium est jus utendi, fruendi, et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*", não pode a mesma lei negar-lhe a compensação pecuniária devida pelo decréscimo provado em sua esfera patrimonial.

A propósito, a utilidade como característica funcional basilar da propriedade remonta às origens da estrutura sócio-econômica e do ordenamento jurídico luso-brasileiro, sendo que a propriedade comportava intimamente ainda outros valores, situados para além de si mesma considerada.

Neste sentido, PORRU (1983, p. 28) assevera:

O legislador imperial, com efeito, no fim da época de Fernando I de Portugal (1375), estava impregnado da perseguição pelo objetivo da função social da terra, que era produtiva, assim como o cultivo do solo era obrigatório em função do interesse coletivo consistente na garantia de todos - quase como se fosse uma política primitiva de alimentação (...) Para tanto, havia uma severa pena para o trabalhador de seu bem-terra que não se desincumbia, de modo satisfatório ou afeito, do que lhe competia, e a pena mais drástica era o confisco, isto é, a perda dos direitos sobre a terra que seria distribuída a todos que a quisessem cultivar.

Voltando ao Brasil, no qual ditas normas legais eram aplicáveis, pode-se dizer que, desde o início, frente à titularidade do proprietário (em nosso caso, representado pela Coroa Portuguesa), era bem caracterizada a função daqueles que, em terminologia moderna, chamaremos de empreendedores econômicos, sobre os bens ligados à sua produtividade. Mas, a utilização econômica da terra não era vista somente pelo objetivo já mencionado ao fim social e à satisfação dos interesses coletivos, que representam os princípios da nossa atual legislação e que hoje vêm à testa das leis brasileiras, e também, - como veremos - têm aplicação muito difícil; a preocupação do monarca português em conceder porções de terra à pessoa para cultivar ou fazer cultivar, era também, sobretudo, o esforço para fundar um vasto e sólido império, objetivo ao qual era indispensável a valorização das novas terras de que seriam derivadas também utilidades econômicas, pelo soberano, mediante o pagamento de impostos.²⁷

(tradução nossa)

²⁷ Il legislatore imperiale, infatti, fin dall'epoca di Fernando I del Portogallo (1375), era impegnato al perseguimento della funzione sociale della terra, che è produrre, cosicché la coltivazione del suolo era obbligatoria in funzione dell'interesse collettivo consistente nel garantire a tutti - quasi segno di una primitiva politica dell'alimentazione (...). A tal fine aveva predisposto severe pene per quegli operatori

A utilidade é sempre passível de mensuração econômica, a cada momento.

Pois que a utilidade da propriedade urbana, particularmente, ganhou nova dimensão com a crescente complexificação das relações jurídicas decorrentes do uso e destinação do solo em meio urbano, de que se pode ter idéia mediante o simples exame do microsistema formado pelas regras do Direito Urbanístico.

Uma vez exigido do proprietário de imóvel urbano que exerça o direito de propriedade consoante os ditames da ordem jurídica, econômica e social constitucionalmente firmados após 1988, por ação do Estado-administração, justo é então que se permita àquele primeiro a garantia de obter do Estado-juiz a contrapartida devida sempre que a aplicação dos preceitos inaugurados a partir dessa ordem jurídico-constitucional vier implicar em diminuição patrimonial.

Verificada qualquer modalidade de restrição enquadrável como tolhimento ao livre exercício, especialmente às faculdades inerentes ao *jus utendi* ou *jus fruendi*, incidente sobre a faixa servienda, cabível a indenização correspondente como via legítima, possível e legal de recomposição proporcionalmente ao patrimônio diminuído.

Imprescindível, por evidente, qualquer que seja o caso concreto seja convincentemente demonstrada pelo proprietário a existência de tal diminuição e que seja decorrência da servidão instituída, como exige a lei.

Se provados forem esses pressupostos autorizadores, viabilizada estará a instrução processual que conduzirá a solução mais justa na fixação do *quantum* indenizatório, sendo a hipótese de ação de constituição de faixa de servidão administrativa sobre imóvel urbano, notadamente os de pequenas dimensões²⁸.

sul bene-terra che non adempievano al loro compito in modo soddisfacente o affatto, e la pena più drastica era la confisca, cioè la perdita di ogni diritto sulla terra che veniva distribuita a chiunque avesse voluto coltivarla.

"Tornando, ora, al Brasile, al quale le dette leggi erano applicabili, può dirsi che fin dall'inizio, di fronte alla titolarità del proprietario (nel nostro caso rappresentato della corona portoghese) era ben caratterizzata la funzione di coloro che, con termine moderno, chiameremo imprenditori economici sul bene, connessa alla sua produttività. Però l'utilizzazione economica della terra non era vista solamente per il raggiungimento dei già menzionati fini sociali e del soddisfacimento degli interessi collettivi, che rappresentano i principi informatori della attuale nostra legislazione in materia e che oggi sono contenuti nei testi di legge brasiliani, anche se in pratica, - come vedremo - l'applicazione di essi è molto difficile; la preoccupazione del monarca portoghese nel concedere appezzamenti di terreno a persone in grado di coltivarle o farle coltivare, era anche e soprattutto il riuscire a fondare un vasto e solido impero, per il raggiungimento del quale era indispensabile la valorizzazione delle nuove terre da cui sarebbe derivata anche un'utilità economica per il sovrano attraverso la corresponsione delle imposte."

²⁸ Desnecessário dizer que o mesmo com mais razão se aplica ao caso de ação de indenização chamada de desapropriação indireta, de iniciativa do proprietário, motivada por uso de faixa de terreno por servidão administrativa, inteligência do art. 37, § 6º da CRFB e art. 186 do CCB.

Com isso, ante toda a argumentação expendida, e sem qualquer ofensa à teoria do dano, ou a principiologia voltada ao Direito Administrativo, afasta-se a aplicabilidade de toda a sorte de coeficientes *a priori* estabelecidos, que são largamente adotados pelos tribunais pátrios, para o cálculo e a fixação da indenização devida pelo uso da faixa servienda pelo ente estatal instituidor da servidão ou agente que faça suas vezes por delegação, no que cuida em relação aos típicos imóveis encontrados no meio urbano, aqueles que independentemente do uso e destinação detêm pequenas dimensões.²⁹

Em trabalho de interesse jurídico apresentado ainda no ano de 1976, pelo Engenheiro Civil e de Avaliações, COSTA (1976), com rara lucidez e clareza eram desmitificados os critérios de avaliação de servidões por coeficientes pré-estabelecidos.

Propõe o ilustre técnico que para a avaliação das servidões sempre deva ser considerada a tipologia do imóvel (lote urbano ou interurbano, hortícola, cultivável, loteável ou edificável, residencial, industrial ou comercial, gleba urbana, interurbana ou rural, agrícola, pastoril, florestal, hortícola, cultivável, loteável ou edificável, residencial, industrial ou comercial).

A partir dessa fundamental premissa, sendo conhecidas as características dimensional e de uso do imóvel e a natureza da servidão, passa a ser determinável a limitação total imposta ao *serviens*, que daria azo a dois tipos de desvalorização a considerar : a fixa, sempre decorrente da perda da exclusividade de uma ou mais utilidades ou usos permitidos ao imóvel serviente; e a variável, sempre decorrente da perda à liberdade de exercício um ou mais usos da terra ou terreno.

A desvalorização total, base para o cálculo da indenização, pelo critério coerentemente apresentado por COSTA (1976), deve ser a soma das desvalorizações fixa e variável, em relação a tantos quantos forem os usos inerentes ao domínio restringidos para o imóvel após a servidão instituída.

Em conclusão, na mesma linha em que vimos insistindo, esse autor condena taxativamente os coeficientes fixos e invariáveis, pois “*a desvalorização de uma propriedade sujeita a uma servidão não pode ser, como querem muitos, uma porcentagem fixa e invariável, seja qual for o tipo de servidão imposta e seja qual for a utilidade da propriedade.*” (COSTA, 1976, p. 255)

²⁹ Notadamente, em se tratando de único imóvel destinado a habitação familiar, que venha a ser restringido por servidão administrativa.

É notório, para COSTA desde 1976, como o é hoje em nossa visão, que a “desvalorização fixa e invariável só ocorrerá nos casos em que a servidão venha a limitar, apenas e tão-somente, a exclusividade do uso da propriedade. Esses casos são extremamente raros”.

E da mesma forma, que quase sempre:

(...) as servidões limitam tanto a exclusividade como a liberdade de uso, havendo também numerosos casos em que apenas a liberdade de uso é limitada. De qualquer maneira, sempre que a liberdade de uso for limitada, seja tácita, seja implicitamente, a desvalorização decorrente dessa limitação será variável e dependerá do tipo de servidão e da utilidade da propriedade. (COSTA, 1976, p. 255).

Outro Engenheiro de Avaliações brasileiro, alhures citado, PELLEGRINO (1970, p. 419) (nota 14, supra), em artigo técnico de interesse jurídico no qual propunha um critério científico para a avaliação de servidões de linhas de transmissão baseado na renda líquida anual auferível pelo uso da faixa servienda - em substituição ao critério de antanho, consagrado pelos entes fazendários e pelos tribunais, que fixava a verba indenizatória à razão de um terço do valor da faixa - mesmo antes, já no ano de 1970, também afirmava a imprecisão dessa via de determinação do *quantum* devido pela restrição.³⁰

Bom exemplo dessa técnica que considera simultaneamente as perdas da exclusividade e da liberdade dos usos do imóvel começa a ser visto em acórdãos recentes (TJSC. ApCív nº 2003.010395-3. Itajaí. Rel. Des. Newton Trisotto. Data do julgamento : 02/03/2004).³¹

³⁰ Afirma o Engenheiro: “(...) a instituição da servidão do gênero (linha de transmissão) implica numa série de restrições ao uso da faixa pelos donos das terras (...), diante de tais circunstâncias, o valor da indenização a ser paga aos donos das terras pela instituição de uma servidão através delas não pode nunca igualar o valor real da faixa utilizada, a não ser nos seguintes casos : a) quando a passagem da linha de transmissão se faz em zonas urbanas ou de grande movimento de pessoas e veículos ; b) quando a faixa necessária requer a construção de cercas ou muros limitadores ; c) quando a faixa necessária não puder ser utilizada de modo algum pelos seus proprietários, por razões de segurança ou quaisquer outras impostas pelo poder expropriante. Em todos estes casos a instituição de servidão deve ser substituída pela desapropriação total da área necessária ao melhoramento”.

³¹ Excerto do inteiro teor do julgado: “(...) No caso sub judice, o laudo pericial foi subscrito pelo Engenheiro Agrônomo Charles Roberto Puff, que observou todas as exigências contidas no dispositivo legal acima reproduzido. Não há irregularidades formais ou procedimentais. 2. Insiste a recorrente que, ‘embora tenha conceituado corretamente a servidão de passagem como sendo ‘limitação do direito de uso da propriedade’, confirmado tal conceito na decisão atacada, o perito judicial impôs em seu laudo, o custo de uma desapropriação total, ao avaliar a propriedade para a venda e aplicar o valor de venda à área serviente, como se verifica no item 07 – avaliação do imóvel’ (fl. 124). Não lhe assiste razão. A metodologia empregada pelo perito é apropriada. Primeiramente, considerou o valor da área total do terreno e definiu o “Valor da Terra Nua” (fl. 58) – R\$ 19.208,75

Torna-se claro, a partir do exame de casos judiciais como o deste acima, que os critérios de base puramente empírica devem ser abominados. No entanto, ainda gozam de ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial, apesar de levarem a distorções na fixação da verba indenizatória tão graves quanto aquelas baseadas na noção de “posse como o equivalente a metade do valor da coisa” (nota 16 supra).

Há inúmeros exemplos dessa persistente espécie que ainda viceja (v.g. TRF 1ª Região. 3ª Turma. Ac em ApCív 2002.01.00.011202-6/GO. Rel. Des. Federal OLINDO MENEZES. v.u. Publicação 26/03/2004 DJ p.131. Data da decisão 03/03/2004)³²

Ora, a limitação aos usos permitidos em terreno urbano fere a essência dos poderes inerentes a essa classe de propriedade.

É notável, foi dito acima, que já se pode constatar perante os juízos singulares e tribunais os albores da mudança de paradigma, na direção do que ora se defende.

(dezenove mil, duzentos e oito reais e setenta e cinco centavos). Depois, aplicou o índice de depreciação do imóvel em decorrência da instituição da servidão (fl. 60). Este índice decompõe-se nas seguintes parcelas: a) 5% pela Perda da Exclusividade de Uso; b) 22% devido à Limitação para Culturas de Médio Porte; c) 7% por causa da Limitação para Culturas de Grande Porte; d) 1% por ter havido Limitação de Receber Construções. Conforme o perito, a depreciação do valor do imóvel equivale a 35%, totalizando R\$ 6.723,06 (seis mil, setecentos e vinte e três reais e seis centavos). 3. A utilização do método comparativo para fixação do valor da propriedade expropriada é admitida pelos tribunais: ‘Desapropriação. Indenização pelo laudo do perito. Prevalência do método comparativo e não do involutivo’ (TJSP, Ac. n.º 269.779, Des. Roberto Stucchi). ‘Justa Indenização. O valor da indenização pela área expropriada é o apurado no momento da perícia de avaliação. Razoável a sua fixação através do método comparativo.’ (TJRS, AC n.º 70005360219, Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino). ‘O método comparativo utilizado pelo expert é atualmente o mais preciso na avaliação da propriedade’ (TJPR, Ac. n.º 089611300, Des. Rosene Arão de Cristo Pereira).” (TJSC. ApCív nº 2003.010395-3. Itajaí. Rel. Des. Newton Trisotto. Ementa : Desapropriação – Imóvel rural – Petrobrás – Gasoduto Brasil-Bolívia (Gasbol) – Lei 8.629/93 – MP 2.183-56 – Indenização – Quantum – Perícia – Método comparativo - Valorização da área remanescente – Juros de mora – Decreto-lei 3.365/41 - ADIn n.º 2.332. Data do julgamento : 02/03/2004).

³² “DECISÃO: A TURMA DEU PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO, POR UNANIMIDADE. EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA DE ELETRODUTO. JUSTA INDENIZAÇÃO. 1. A SERVIDÃO ADMINISTRATIVA DE ELETRODUTO NÃO IMPLICA TRANSFERÊNCIA DO DOMÍNIO PARA O PODER PÚBLICO, CONFIGURANDO APENAS UMA LIMITAÇÃO AO USO PLENO DA PROPRIEDADE, POR PARTE DO SEU TITULAR, MEDIANTE PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO QUE EXPRESSE O VALOR DE MERCADO DA LIMITAÇÃO, ORÇADA PELOS PRECEDENTES ENTRE 20 E 30% DO VALOR DO DOMÍNIO PLENO, PODENDO, EM CERTAS CIRCUNSTÂNCIAS, ELEVAR-SE UM POUCO MAIS. 2. NÃO DEVE SER ALTERADA A SENTENÇA QUE, FIXANDO O VALOR DA INDENIZAÇÃO EM 43% DO VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL, LOUVA-SE EM LAUDO PERICIAL ELABORADO COM LEVANTAMENTO IN LOCO E DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NÃO É CABÍVEL, NA ESPÉCIE, PAGAMENTO A TÍTULO DE DEPRECIÇÃO DA ÁREA RESTANTE, QUE A PARTE PODERÁ USÁ-LA DENTRO DA SUA FINALIDADE E SEM LIMITAÇÕES. 3. A CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA, IMPLICANDO O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO, À IMAGEM E SEMELHANÇA DA DESAPROPRIAÇÃO (DL Nº 3.365/41 - ART. 40), PROPICIA TAMBÉM, DA MESMA FORMA, O PAGAMENTO DOS JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS, ITENS QUE USUALMENTE INTEGRAM O JUSTO PREÇO. 4. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO”.

Além do acórdão visto na nota 31 (v. supra), em recentíssimo julgado originado de nosso Tribunal de Justiça (TJPR. 3ª CCív. ApCiv nº 156.964-0, Ac. nº 24989. v.u. Rel.: Des. NÉRIO SPESSATO FERREIRA. Data de julgamento: 28/09/2004), no qual o Ministério Público de segundo grau, em parecer do Procurador de Justiça que atuou naquele feito recursal, manifestou-se inteiramente favorável às conclusões técnicas lançadas no laudo pericial avaliatório elaborado na fase instrutória do processo de conhecimento, cuja lavra coube ao autor deste trabalho.

O laudo oficial fora adotado *in totum* na sentença recorrida - e prolatada a decisão, culminou por ser o laudo integralmente adotado como base do julgamento pelo juiz relator, acompanhado pelos demais julgadores em votação unânime.³³

Depreende-se que foram cuidadosamente considerados na decisão todos os fatores desvalorizantes da propriedade naquele caso concreto.

Ousamos dizer que, a ser mantida essa bem-vinda tendência, os julgados no futuro poderão vir a decretar, em casos assemelhados, a desnecessidade dos juros compensatórios quando pleiteados para o único e exclusivo fim de compensar ônus que, na verdade, são determináveis e quantificáveis a partir da classificação da

³³ Excerto do inteiro teor do julgado: "(...) NO CASO, CONFORME SALIENTADO NO PARECER DA DOUTA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA, É DE REALCE QUE O LAUDO ADOTADO PARA O FIM DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO, AO FIXAR O PERCENTUAL A SER PAGO PELA RÉ, INDICOU COMO FATORES DEPRECIATIVOS ITENS QUE JÁ ESTÃO INDENIZANDO A TOTALIDADE DOS ÔNUS QUE SOFRE A EXPROPRIADA ALTERAÇÕES E PENALIZAÇÕES AO USO E VOCAÇÃO DO IMÓVEL; PERCENTUAL DE ABSORÇÃO OU COMPROMETIMENTO DO IMÓVEL PELA ÁREA GRAVADA PELA SERVIDÃO; RESTRIÇÕES, INCÔMODOS E RISCOS DA SERVIDÃO À LUZ DA SUA CLASSIFICAÇÃO; POSICIONAMENTO DA ÁREA GRAVADA, EM VIRTUDE DA FAIXA DE SERVIDÃO, RELATIVAMENTE A PRÉDIO MATRIZ, E AS CONSEQUÊNCIAS DE ORDEM ECONÔMICA DEVIDO À REDUÇÃO OU PERDA DAS ORIGINAIS CONDIÇÕES DE APROVEITAMENTO (FLS.109), SENDO CERTO QUE O PAGAMENTO DE JUROS COMPENSATÓRIOS IRÃO RESULTAR EM EXCESSO DE INDENIZAÇÃO. COM VIOLAÇÃO AO PRECEITO CONSTITUCIONAL DA JUSTA INDENIZAÇÃO (ARTIGO 5º, INCISO XXIV) (FLS. 295) (...) ASSIM EXPOSTO, DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE APELAÇÃO PARA EXCLUIR-SE DA CONDENAÇÃO OS VALORES REFERENTES AOS JUROS COMPENSATÓRIOS, MANTENDO-SE, NO MAIS, A DECISÃO RECORRIDA. III - ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, À UNANIMIDADE DE VOTOS, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. PARTICIPARAM DO JULGAMENTO OS DESEMBARGADORES REGINA AFONSO PORTES (PRESIDENTE E REVISORA) E RUY FERNANDO DE OLIVEIRA. CURITIBA, 28 DE SETEMBRO DE 2004. DES. NÉRIO SPESSATO FERREIRA, RELATOR." (TJPR. 3ª CCív. ApCiv nº 156.964-0. Curitiba. 4ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas. Apelante : Companhia de Saneamento do Paraná-Sanepar. Apelado : Mitra da Arquidiocese de Curitiba. Relator : Des. Nério Spessato Ferreira. Ementa : Servidão administrativa. SANEPAR. Excesso de valor indenizatório. Inocorrência. Laudo oficial. Esclarecimentos posteriores. Imóvel contíguo também pertencente à apelada. Faixa não-edificável. Exclusão do pleito indenizatório. Impossibilidade. Juros compensatórios. Verba indevida em ações de constituição de servidão. Precedentes desta corte. Provimento parcial do recurso. Ac. nº 24989. v.u. Rel. : Des. NÉRIO SPESSATO FERREIRA. Data de julgamento: 28/09/2004).

servidão, e que de outro modo, seriam concedidos por inadvertida imprecisão inserida nos cálculos da indenização, salvo se devidos os juros para reparar os efeitos da imissão provisória na posse para o uso público.

Sobressai, de tudo o que foi dito até o momento, que a busca do necessário equilíbrio na relação jurídica entre o proprietário e o ente instituidor da servidão - ou seja, entre os interesses do particular e do Poder Público - perfectibiliza-se sem que para tanto tenha-se de perder de vista a valoração jurídica que o ordenamento empresta à propriedade, a par da real medida da utilidade e do interesse que tem para o dono. Ou ainda, que o tenha de ser em desfavor das garantias constitucionais ao proprietário, consubstanciadas nos princípios e da legalidade, igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e da propriedade privada.

De sorte que a manifestação da supremacia do interesse público consubstanciado na constituição da servidão, deve prescindir do concurso de quaisquer abusos para se realizar em conformidade à lei.

Como bem resumiu ESCOLA, há que subsistir um ponto de equilíbrio aceitável no processo de confronto entre o interesse público e os interesses dos particulares. (1989, p. 262) ³⁴

Afirma o mesmo autor (p. 263) que o entendimento do Direito Administrativo melhor se coaduna à atual ordem constitucional quando passa a se dar sob uma nova perspectiva em que:

(...) seguirá sendo um direito de limitação ou restrição, no qual impera o princípio da legalidade juntamente ao da eficiência, mas estará dirigido à satisfação do interesse público, insito a todas as suas instituições, e com este à satisfação de interesses individuais compartilhados, coincidentes e majoritários, e em favor do bem-estar geral (...). ³⁵ **(Tradução nossa)**.

³⁴ "Puede ser que existan intereses individuales, no mayoritarios, que se encuentren en contradicción o em conflicto con el interés público. Pero esos intereses individuales minoritarios o puramente individuales, podrán ser desplazados o sustituidos, pero jamás aniquilados, por lo que sólo quedarán subordinados y acomodados al interés público (Pode ser que existam interesses individuais, não-majoritários, que se encontram em contradição ou em conflito com o interesse público. Porém, esses interesses individuais minoritários ou puramente individuais poderão ser retirados e substituídos, mas jamais aniquilados, com o que terminarão subordinados e acomodados ao interesse público)". **(tradução nossa)**

³⁵ (...)seguirá siendo um derecho de limitación o restricción, em el que impera el principio de legalidad juntamente con el de eficiencia, pero estará dirigido a la satisfacción del interés público, insito em todas sus instituciones, y con ello a la satisfacción de intereses individuales compartidos, coincidentes y mayoritarios, y al logro del bienestar general

Ao proclamar a necessidade de buscar-se a eliminação de todo e qualquer traço de dicotomia e de divergência no plano teleológico entre interesse privado e interesse público na aplicação da lei, conclui mais adiante: "*Por lo demás, también se evita que el interés público sea algo totalmente separado de los intereses particulares coincidentes y mayoritarios, y desvinculado de los grandes objetivos proclamados por el orden jurídico superior*". (ESCOLA, 1989, p. 263).

De ressaltar que o exercício do poder de império pelos agentes estatais sobre o domínio privado, agora mais do que nunca, deve dar-se em uma perspectiva teleológica, e via de conseqüência, impossível não reconhecer a imprescindibilidade da harmonização entre o fim almejado pelo Poder Público e os direitos e garantias dos particulares.

Não há como deixar de notar que a gravidade da conduta comissiva do agente estatal que alija o proprietário da possibilidade de amplamente usar, gozar e fruir da faixa servienda sem a justa recomposição patrimonial configura o descumprimento da lei, que por si deve ensejar a responsabilidade do Poder Público.

Nas palavras de MELLO (1997, p. 613) a atuação estatal que se faça sentir sobre a propriedade particular sempre deverá ensejar a devida reparação pelos danos causados, mesmo que uma tal ação esteja revestida de legitimidade.³⁶

É intuitivo supor como poderia o Estado-juiz, em pronunciamento judicial, negar esse direito ao *dominus* - proprietário ou possuidor?

Aliás, sobre a posse, em si considerada, pode-se dizer que seguirá sempre tendo reconhecida a sua importância para os atos de defesa contra o abuso de direito no exercício do uso público da faixa de servidão, assim como em relação aos atos tendentes à defesa da propriedade a serem interpostos pelo possuidor de boa-fé ou o proprietário, conforme o caso, como preceitua a lei.

Porém, dada a dimensão econômica que assumiu especialmente a propriedade urbana, transparece não ser a mais correta solução valer-se de critério que tem na posse o fator objetivo de determinação do valor do dano imposto ao

³⁶ "É verdade que em muitos casos a conduta estatal geradora do dano não haverá sido legítima, mas, pelo contrário, ilegítima. Sem embargo, não haverá razão, ainda aqui, para variar as condições de engajamento da responsabilidade estatal. Deveras, se a conduta legítima produtora de dano enseja responsabilidade objetiva, '*a fortiori*' deverá ensejá-la a conduta ilegítima causadora de lesão injurídica. É que tanto numa como noutra hipótese o administrado não tem como se evadir à ação estatal. Fica à sua mercê, sujeito a um poder que investe sobre uma situação juridicamente protegida e a agrava. Saber-se, pois, se o Estado agiu ou não culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante. Relevante é a perda da situação juridicamente protegida. Este só fato já é bastante para postular a reparação patrimonial".

possuidor ou proprietário decorrente da servidão. De igual sorte, viciados seriam todos aqueles critérios de tão larga aceitação que se apóiam arbitrariamente em alíquotas originadas de cálculos fiscais para cobrança de tributos imobiliários ou os já referidos coeficientes e percentuais pré-estabelecidos, cujo emprego tornou-se lamentavelmente disseminado.

Têm em comum todas essas soluções o grave inconveniente de, por valorizar a extrema simplificação, ignorarem danos efetivamente ocorridos pela supressão da exclusividade e da liberdade no exercício dos usos do imóvel.

Essa perda acarreta desvalorização patrimonial que somente pode ser aquilatada no caso concreto, algo que deve dar-se mediante algum dispêndio de tempo voltado ao estudo das reais condições a que se submete o *serviens*, a ser feito em sede de prova pericial. A contrário senso, certos danos terminam por jamais integrar a indenização, deixando de ser justa a decisão que fixar o *quantum*.

A regra genérica presente nos julgados que fixam ou reformam a indenização pela instituição de servidão é que a indenização seja devida pelo prejuízo efetivamente sofrido pelos serviços ou manutenção executados no prédio matriz, devendo o *quantum* ser reduzido salvo demonstração efetiva da existência desses danos, cumulando-se juros compensatórios e moratórios, havendo aí certa confusão nos julgados, que nem sempre com acerto fazem corresponder uma mesma classe de juros às hipóteses de frutos não-percebidos, ou de prejuízos materiais, ou mero desapossamento do terreno.

Todavia, a questão, por vezes, é ainda mais grave.

Tem-se, a partir da funcionalidade social que agora passou a informar a propriedade - *prima facie*, de índole limitativa - como também das novéis possibilidades de extensão do direito real de propriedade - de caráter ampliativo, *a priori* - as quais se refletem e moldam a dimensão econômica da propriedade, sobremaneira a urbana.

Trata-se de inovações decorrentes do ordenamento jurídico atual - v.g., outorga onerosa do direito de construir - ou de institutos que foram reavivados - v.g., direito real de superfície. De modo que hoje tornou-se imperioso que a aferição dos danos infligidos à propriedade em função da conduta do Poder Público passe a ser feita com maior cuidado, sob pena do cometimento de injustiças que eventualmente podem ter repercussões juridicamente relevantes não apenas em relação ao

dominus, vindo a atingir eventualmente terceiros de boa-fé alheios ao ato de instituição da servidão.

Assim é que, particularmente nos casos de servidão administrativa imposta sobre terrenos urbanos loteáveis ou edificáveis (e, obviamente, nos loteados e edificados), tipicamente encontradiços no meio urbano das cidades, deva ser preferivelmente examinada a real situação de uso, ocupação, vocação e utilização econômica do *serviens* sem deixar de levar em conta a efetiva restrição havida pela servidão quanto à perda da exclusividade, pelo proprietário ou possuidor, quanto ao uso ou usos restringidos, como também a perda do exercício de eventual uso ou usos do imóvel, os quais, inclusive, podem coincidir ou não com os usos dos quais o *dominus* perdeu a exclusividade, passando a compartilhá-los com o Poder Público na faixa de servidão.

Dentre as infinitas hipóteses passíveis de encontrar nos casos concretos, a partir dos institutos jurídicos existentes *in abstracto* no ordenamento atual, cabe mencionar situação, aliás, bastante curiosa, que estaria configurada quando o proprietário que regularmente firmara contrato de cessão onerosa de direito de superfície por tempo indeterminado, desde que efetivado o registro de fala o art. 21 do Estatuto das Cidades ³⁷, viesse a ter a parte do imóvel sobre a qual se deu a concessão atingida por faixa de servidão administrativa. ³⁸

A solução geral, judicial e adequada para recompor a esfera patrimonial do proprietário e do superficiário, sabendo-se que o contrato faz lei intra-partes, pelas perdas decorrentes da eventual impossibilidade de usar o subsolo ou o espaço aéreo, conforme a natureza da servidão, certamente não poderia ter por base apenas os efetivos danos materiais causados pelos serviços e manutenção das obras feitas no terreno pelo expropriante - mormente se para fixação do *quantum* pelo uso do terreno forem usados percentuais fixos pré-estabelecidos - sendo que a eventual paga de juros compensatórios em face da restrição e conseqüente não-percepção de frutos se mostraria insuficiente, uma vez que, dando-se ordinariamente a fixação dos juros a partir da data em que os danos

³⁷ Na linha de pensamento daqueles que, como MESSINEO, admitem ao pré-contrato ou contrato preliminar, a eficácia do contrato a ser firmado.

³⁸ O direito a pleitear a indenização, referindo-se esta aos efeitos jurídicos originados da superveniente impossibilidade de cumprimento das obrigações havidas por motivo que independe da vontade dos contratantes, e sim, da atividade estatal, torna obrigatório, em tese, o registro previsto na parte final do *caput* do art. 21 do Estatuto das Cidades, porque necessário como formalidade de cunho essencial que visa dotar de efeitos *erga omnes* o ato negocial entre proprietário e superficiário, daí podendo falar-se na hipótese de responsabilidade civil do Estado.

comprovadamente ocorreram até o efetivo pagamento ou o trânsito em julgado da decisão judicial, alcançariam os juros a compensação de somente diminuta parcela dos frutos, se tanto, que o proprietário deixaria de obter caso se desse o normal cumprimento do contrato, ao longo do prazo avençado com o superficiário.

Restaria ao proprietário intentar ação indenizatória específica contra o ente estatal para obter a reparação pela parcela dos frutos que deixara de perceber, dado que tal pretensão não se mostra viável nos próprios autos de constituição de servidão. E mais, haveria direito de regresso do proprietário ou do superficiário contra o Poder Público pelos danos por que teriam de responder perante terceiros em decorrência da eventual resilição ou rescisão contratual fundada no desinteresse devido ao perecimento superveniente do objeto do contrato, ou mesmo porque em decorrência do contrato haja pessoa que é titular de direitos reais sobre a faixa?

Idêntico raciocínio caberia na hipótese de frutos não-percebidos pelo *dominus* como indesejável desdobramento da superveniente impossibilidade de exercício do acréscimo de direito de construir estabelecido em termo ou contrato de outorga onerosa do direito de construir (art. 28 do Estatuto das Cidades) regularmente firmado pelo proprietário junto ao Poder Municipal local, de que haja resultado que alguém se tenha tornado detentor de direito real sobre a faixa servienda.

Com o que se afiguram os juros compensatórios nitidamente insuficientes para responder por todos esses danos, quando ocorrentes. Se tanto, na hipótese, podem fazer frente aos eventuais prejuízos causados pelas obras e serviços de manutenção executados ao longo do período de desapossamento.

Enfim, já começa até mesmo a haver entendimento doutrinário no sentido da não-incidência do imposto predial e territorial em parte da propriedade, ao menos nas hipóteses de áreas de terra gravadas com restrição administrativa devido a áreas *non aedificandi* de preservação permanente, tidas como bens difusos (*ex vi* art. 225, CRFB).

É o que defende GRILLI (2002, p. 5) ao comentar a tributação de áreas de terras declaradas como de preservação ambiental :

Este, portanto, o novo retrato que se tem do ponto de vista jurídico em relação às áreas (urbanas ou rurais) que têm importância para fins de preservação ambiental. Apesar de elas estarem constando nas matrículas dos registros de imóveis, com propriedade atribuída ao particular, a simples imposição legal de sua não-utilização, da sua intocabilidade para fins de

preservação ambiental, as torna bens de natureza difusa, que interessam a toda a comunidade.

Muito embora a faixa de servidão administrativa tenha titular certo e determinado, o que *a priori* permitiria afastar a natureza de bem difuso, de se notar que a instituição da servidão sobre terrenos urbanos - loteados ou edificados, loteáveis ou edificáveis - tem o condão de tornar indisponível aquela parte do imóvel para o fim econômico desejado pelo *dominus* e permitido pelos regulamentos de construção do local, tornando-a nesse aspecto bastante assemelhada a um bem difuso.

Sempre poderá ser alienada, porém, subrogando-se o novo titular nos ônus da servidão, as quais vêm a ser as restrições impostas ao *jus utendi*, *jus abutendi*, *jus fruendi* - significando que, sob o ângulo da perda da liberdade de exercício dos poderes contidos no domínio, é inegável que a faixa servienda acaba por ter o conteúdo econômico e jurídico esmaecido na exata medida das restrições impostas.

Tamanha a relevância do gravame que a própria lei prevê que se leve à inscrição no registro imobiliário o ato que institui o *jus in re aliena* tenha a necessária publicidade em relação a terceiros (*ex vi* art. 29 do Decreto-lei nº 3.365/1941, citada).

É em relação a esses efeitos restritivos sobre o domínio que GRILLI arremata: “Sendo assim, não poderá haver incidência, seja de ITR, seja de IPTU, sobre as extensões da propriedade que contenham áreas de interesse à preservação ambiental”. (2002, p. 5).

Não seria descabida a aplicação dessa não-incidência tributária, por interpretação analógica, às faixas de terreno sobre as quais se haja instituído servidão administrativa.

Trata-se, é claro, de idéia que encerra certa polêmica e que vai encontrar fortes barreiras por muito tempo até que possa eventualmente vir a grangear aceitação e se firmar, vez que a matéria atinente à servidão administrativa encontra-se fartamente sumulada no sentido de que a indenização se perfaz mediante o cômputo dos juros legais nas hipóteses de desapossamento, do *quantum* pelos prejuízos materiais e os frutos não-percebidos, somados ao pagamento do valor apurado na avaliação da faixa (citadas Súmulas 476-STF, 69 e 70-STJ e 42-TFR).

Nítida é a preocupação do legislador, da doutrina e da jurisprudência em evitar o risco de enriquecimento ilícito do *dominus*.

Prosseguindo, apenas na forma de rápido registro, oportuno dizer que por ora está pacificado o tormentoso tema dos juros na servidão administrativa, em vista da interpretação restringida dada aos art. 15 e 15-A (citado Decreto-lei nº 3.365/1941) por força da liminar concedida através da ADIn nº 2.332-2, embora seja a questão ainda pendente de decisão final sobre o mérito pelo Órgão Pleno do STF.³⁹

No entanto, inobstante seja matéria que possa despertar alguma indagação, tem-se *a priori* como plenamente válida a pretensão de eliminar ou, ao menos, mitigar a ação do poder tributante sobre as faixas serviendas enquanto perdurar o uso público, benefício que se somaria à indenização judicialmente decretada, significando dar mais justo tratamento ao *dominus* – o que teria de dar-se por ação direta intentada pelo proprietário ou possuidor de boa-fé.

³⁹ ADIn 2332 MC/DF - Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. Data de julgamento: 05/09/2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 02-04-2004. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, na parte que altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzindo o artigo 15-A, com seus parágrafos, e alterando a redação do parágrafo primeiro do artigo 27. - Esta Corte já firmou o entendimento de que é excepcional o controle judicial dos requisitos da urgência e da relevância de Medida Provisória, só sendo esse controle admitido quando a falta de um deles se apresente objetivamente, o que, no caso, não ocorre. - Relevância da arguição de inconstitucionalidade da expressão "de até seis por cento ao ano" no "caput" do artigo 15-A em causa em face do enunciado da súmula 618 desta Corte. - Quanto à base de cálculo dos juros compensatórios contida também no "caput" desse artigo 15-A, para que não fira o princípio constitucional do prévio e justo preço, deve-se dar a ela interpretação conforme à Constituição, para se ter como constitucional o entendimento de que essa base de cálculo será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença. - Relevância da arguição de inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 15-A, com fundamento em ofensa ao princípio constitucional da prévia e justa indenização. - A única consequência normativa relevante da remissão, feita pelo § 3º do aludido artigo 15-A está na fixação dos juros no percentual de 6% ao ano, o que já foi decidido a respeito dessa taxa de juros. - É relevante a alegação de que a restrição decorrente do § 4º do mencionado artigo 15-A entra em choque com o princípio constitucional da garantia do justo preço na desapropriação. - Relevância da arguição de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 27 em sua nova redação, no tocante à expressão "não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)". Deferiu-se em parte o pedido de liminar, para suspender, no "caput" do artigo 15-A do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, a eficácia da expressão "de até seis por cento ao ano"; para dar ao final desse "caput" interpretação conforme a Constituição no sentido de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença; e para suspender os parágrafos 1º e 2º e 4º do mesmo artigo 15-A e a expressão "não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)" do parágrafo 1º do artigo 27 em sua nova redação.

Isto, sem falar na situação dos antes mencionados terceiros titulares de direitos reais que recaiam no imóvel serviente, que ao teor da lei se sub-rogam no preço pago na indenização (art. 31, cit. Decreto-lei nº 3.365/1941), uma vez que o Poder Público faz uso da faixa servienda totalmente desimpedida e livre de quaisquer ônus. Já os terceiros titulares de direitos obrigacionais dependem da provocação da tutela jurisdicional através de ação direta.

Portanto, a depender da situação concreta, a solução do art. 31 pode não conduzir ao desfecho mais justo, podendo o terceiro prejudicado vir a ser compelido a exercer o eventual exercício do direito de regresso contra a Administração, ou mesmo contra o expropriado, conforme o caso, tendo ainda a parte que tem razão o ônus de enfrentar os efeitos gerados pelo tempo do processo.

Assim estaria muito melhor atendido o princípio constitucional da prévia e justa indenização, que deve ser quanto possível a mais ampla nos termos do Texto Maior. Pelo que a continuidade da cobrança integral de imposto territorial sobre a faixa servienda se afigura em desarmonia com a vontade constitucional, porque essa cobrança não permite que a indenização seja a mais ampla, além de que nem ao legislador ordinário e nem ao intérprete da lei é permitido desbordar dos limites traçados pela vontade do constituinte. Como ensina SUNDFELD (1997, p. 99):

Dado que a nossa Carta garante o direito de propriedade, salvo a desapropriação, segue-se que ninguém terá seu patrimônio sacrificado, total ou parcialmente, temporária ou definitivamente, senão pela via expropriatória. Se a norma constitucional criou veículo específico para essa privação - e o fez em nome da proteção do particular - não pode o legislador, à vista de igual finalidade, instituir novos instrumentos, com regime jurídico menos favorável. Em outras palavras: é vedado, sob pena de inconstitucionalidade, por qualquer forma privar o indivíduo de seu patrimônio sem que lhe sejam deferidas as garantias típicas da desapropriação.

Ademais, não seria difícil encontrar suporte jurídico à pretensão, pois o STF, pronunciando-se em matéria tributária, estabeleceu na Súmula 539 que é constitucional a redução do imposto territorial pelo Município quando se tratar de imóvel ocupado pela residência do proprietário que não possua nenhum outro. Já se admite, portanto, semelhante benefício tributário com base em *discrímen* subjetivo derivado da real condição do dono do imóvel urbano.

Essa discussão, no entanto, é matéria que extrapola o objeto deste trabalho.

E, conforme demonstrado alhures, sendo eloqüente o equívoco em que laboram os intérpretes do Direito, quando travestem parcialmente a servidão com a roupagem de limitação administrativa, ao endossar a tese da indenização calculada por valores fixos ou pré-determinados quando mais judiciosamente deveriam direcionar a decisão para a análise especificamente voltada para o caso concreto - há metodologias à disposição mais que suficientes para tanto, basta ver o apuro científico existente no campo da Engenharia de avaliações e da Econometria.

Afronta-se reflexamente, por mais essas razões, também o princípio da separação dos poderes ou das funções estatais, consagradas na Lei Magna, uma vez que, examinada criticamente a questão, o julgador estaria exorbitando os limites de atuação ao excluir da indenização parte dos efeitos gerados pela servidão - relegando-os ao *status* de limitação administrativa - contrariando o espírito da Constituição no já citado artigo 5º, XXIV, e da lei especial, o também já mencionado artigo 40 do Decreto-lei nº 3.365/1941 na parte em que prevêem o pagamento da justa e prévia indenização.

Reveste-se de insofismável importância o tema aqui discutido, portanto. Na ausência de outros mais altos motivos, ao menos, com o derradeiro e inafastável objetivo de perseguir o equilíbrio jurídico entre o interesse público, supremo e preeminente, em face do interesse do particular.

Tendo em vista que o direito à tutela jurisdicional constitui um dos pilares que emprestam sustentáculo ao Estado democrático de direito, considera-se justificado o estudo que ora é proposto na medida em que o particular, dono de propriedade urbana e que vê solapar-se o seu direito de propriedade pela instituição de servidão pública, sem que haja a destinação da justa e necessária indenização abstratamente prevista, hábil a traduzir da forma mais completa, eficiente e eficaz a diminuição ou constrição imposta ao direito do *dominus*, deve o Estado disponibilizar ao particular os meios que permitam na forma da lei a compensação ou anulação do abuso cometido.

Se tais meios existem, e, com efeito, na lei pátria encontram-se contemplados, o problema que se coloca é situado na interpretação que se tem feito do texto legal. Não um mero problema de hermenêutica jurídica academicamente delimitado, mas, de interpretação da lei de acordo com a principiologia inserida no

ordenamento jurídico, de modo a que a decisão judicial venha coadunar-se à vontade do constituinte e do legislador.

É precisamente aí que se pretende que o estudo em apreço possa firmar contribuição para que a interpretação da lei na solução das demandas que derivam dos atos constitutivos de servidões públicas, que têm por objeto a fixação do valor da indenização devida, seja a lume da noção constitucionalizada da propriedade e, ao mesmo tempo, sob os necessários pressupostos legais e jurídicos, capaz de adequadamente exprimir o esvaziamento jurídico e econômico da propriedade.

No plano do mundo fático, a relevância do tema que se apresenta decorre do vastíssimo volume de situações em que o Estado é levado a interferir na propriedade particular, decorrente de sua atuação nos diferentes níveis administrativos, por si ou por delegação, e a cada dia mais vorazmente, como tentativa de buscar reverter o quadro de *desinvestimento* público infligido ao País, efeito previsível do receituário das políticas macroeconômicas adotadas nos últimos anos, e que assume peso maior para o particular que se obriga a enfrentar toda sorte de ônus gerados pelo Estado.

No plano do mundo jurídico porque não se há de olvidar que na interpretação e aplicação do Direito é a segurança e a estabilidade jurídica que se quer atingir, vale dizer, a realização do justo. Em uma palavra; a Justiça.

Esta monografia tem a finalidade de discutir e delinear solução para o problema jurídico do ônus que recai sobre as propriedades urbanas particulares atingidas por servidão administrativa, oferecendo uma via possível, geral e abstrata de interpretação da lei mais justa para o proprietário ou possuidor - em contraponto ao manejo do instrumental jurídico que se tem observado - para a solução das distorções existentes na apreciação do impacto decorrente da instituição da servidão pública sobre o direito do titular, de modo a abranger com maior completude a diminuição que se inflige àquele complexo de direitos, o qual teve ampliada a extensão e modificada a forma de exercício no ordenamento jurídico atual.

O alcance pretendido com as conclusões de ordem jurídica obtida neste trabalho diz respeito à caracterização e o delineamento de solução possível para a distorção interpretativa da lei que se faz sentir nas composições administrativas e, mais grave, nas decisões judiciais que fixam indenização pela instituição de servidões administrativas sobre imóveis urbanos que detêm menores dimensões - ou seja, os típicos lotes urbanos, como são conhecidos - calculada a partir da

aplicação de percentuais e valores fixos ou pré-determinados, visto que o problema não se apresenta em relação a terrenos urbanos com maiores dimensões, lotes industriais, institucionais, glebas loteáveis ou imóveis rurais.

Tal distorção de ordem jurídico-interpretativa traduz-se concretamente por uma inadequada recomposição patrimonial ao proprietário do imóvel posto na condição de serviente, decorrente das decisões judiciais desse modo fundadas, circunstância que se pretende evidenciar ao longo deste trabalho através da demonstração de ofensa direta aos princípios constitucionais da isonomia, da igual distribuição da carga dos atos estatais sobre os administrados e da separação dos poderes ou das funções estatais.

E neste momento dá-se o retorno, embora involuntário, ao contraponto entre a noção já apresentada da função social da propriedade e os valores privatísticos do domínio.

Ao longo deste trabalho ressalta à vista o embate permanente dos princípios que regem a ordem econômica e social e dos garantidores da propriedade particular (art. 5º, XXII, XXIII e XXIV, e art. 170, II e III, CRFB), culminando esta por tornar-se relativizada no ordenamento jurídico pós 1988.

Sobre esse relevantíssimo aspecto, ponderava o ilustre José Afonso da SILVA (1994) citado por LEONETTI (2000, p. 67-8):

Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica⁴⁰, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-a aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social.

Entretanto, sendo hipótese de intervenção pela atividade estatal na propriedade particular, certo que ao menos a indenização há de ser feita por preço justo, sem o que não se dá atendimento ao preceito constitucional que assim o determina (art. 5º, XXIV, CRFB, citado).

Encerra-se com oportuna e atualíssima citação de MEIRELLES (1996, p. 135):

⁴⁰ "Até então, a propriedade privada jamais havia sido, expressamente, incluída entre os princípios constitucionais da ordem econômica".

Quando devida a indenização, será objeto de avaliação judicial ou composição amigável, como se procede nas desapropriações (Decreto-lei nº 3.365/1941, art. 40), levando-se em consideração o prejuízo real suportado pela propriedade serviente, inclusive a desvalorização acarretada ao imóvel em face de sua normal destinação econômica ou de suas finalidades recreativas. A quantificação dos prejuízos, portanto, só pode ser feita em cada caso, tendo-se em vista a modalidade e os ônus da servidão, bem como as peculiaridades do imóvel e as limitações impostas à sua normal utilização. Se a servidão impedir total ou substancialmente a exploração da propriedade e o direito de construir, o caso será de desapropriação, pois o ônus de uma servidão não pode chegar ao extremo de interditar a fruição do bem serviente.

Esta a sintética abordagem que se pretendia desenvolver sobre a interferência estatal na propriedade privada urbana, pela imposição de servidão administrativa, segundo alguns de seus aspectos mais relevantes, sob o ordenamento jurídico-constitucional inaugurado em 1988, sempre sob a luz do princípio garantidor da ampla, prévia e justa indenização pecuniária ao proprietário ou possuidor de boa-fé.

CONCLUSÃO

Pelo conveniente manejo de institutos jurídicos de natureza material privatística como a perda de chance, a incolumidade relativa da casa, a elasticidade do domínio, com apoio nas noções de perda de exclusividade e perda de liberdade de exercício dos poderes e faculdades inerentes ao domínio e na boa técnica avaliatória, e sem olvidar a principiologia publicística constitucional e administrativa, mostra-se perfeitamente possível a determinação da correta e justa indenização hábil a permitir a reposição, nas circunstâncias do caso concreto, da perda patrimonial impingida ao proprietário que suporta os efeitos da imposição de servidão administrativa.

O objetivo e os esforços aqui expendidos dirigiram-se precipuamente a discutir a interpretação teleológica da lei com vistas a investigar os possíveis caminhos tendentes a chegar à solução mais justa e adequada para a recomposição patrimonial do proprietário, mais especificamente o dono de imóvel urbano loteável, edificável, loteado ou edificado, que teve um ou mais usos restringidos na liberdade de exercício ou despojados de exclusividade, na própria sentença que fixar a verba indenizatória na ação de constituição de servidão administrativa, ou não sendo possível, completar a justa indenização em ação direta própria.

Nessa tarefa jamais se poderá desprezar a busca do equilíbrio na implementação da axiologia positivada do desenvolvimento econômico e social consubstanciada na Carta Política de 1988, único caminho a levar à efetiva realização da justiça, suprema expressão da vontade do constituinte.

Portanto, como possível solução para a adequada recomposição patrimonial do *dominus* que deve suportar os efeitos de servidão administrativa - quer em sede de composição administrativa quer em decisão advinda da tutela judicial - indica-se a harmônica conjugação de institutos de Direito Privado - como os acima citados, sem prejuízo de outros adaptáveis a cada caso concreto - tendentes a preservar o interesse do *dominus* e de terceiros contratantes, e de institutos de Direito Público precipuamente voltados à satisfação dos interesses do Estado, dentre os quais sobressai o da supremacia do interesse público, que, no entanto, não pode ter sua preeminência ampliada a tal ponto de simplesmente subtrair ou mesmo aniquilar os direitos e interesses do particular.

Senão, porque toda a vez em que se vê aliado o *dominus* da prévia, justa e ampla indenização, há também indiscutível e inevitável ofensa à noção, erigida a princípio presente em nosso ordenamento, de que “*In eo quod plus sit, semper inest et minus*”, quando se sabe que na desapropriação o legislador impôs o dever de indenizar previamente e da forma mais justa e ampla: então, não é aceitável que igual dever deixe de se aplicar à servidão administrativa, a qual, a seu turno, não retira a propriedade em si, mas, alguns dos poderes inerentes ao domínio.

Tal é a conclusão atingida e que melhor parece coadunar-se com a ordem jurídica que deve prevalecer no Estado Democrático de Direito, sob a égide do atual sistema constitucional.

E, nesse sentido, a indicação da possível solução para o problema jurídico da justa indenização devida ao particular pela servidão pública, cujo delineamento constitui objeto deste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALBUQUERQUE, Ronaldo de. **Desapropriação e constituição de servidão administrativa**. São Paulo: Atlas, 1987.
2. ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4ª. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
3. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. II, São Paulo: Saraiva, 1989.
4. BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406 de 10.1.2002.
5. _____. Código Civil de 1916. Lei nº 3.071 de 1º.1.1916
6. _____. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869 de 11.1.1973.
7. _____. Constituição da República Federativa do Brasil.
8. _____. Decreto nº 24.643/1934, Código de Águas.
9. _____. Decreto-lei nº 3.365/1941, Lei de Desapropriações.
10. _____. Lei nº 1.079/1950, regula a imissão *in initio litis* na posse de imóveis urbanos.
11. _____. Lei nº 6.015/1973, Lei de Registros Públicos.
12. _____. Lei nº 10.257/2001, Estatuto das Cidades.
13. _____. STF. Súmulas 23, 157, 164, 218, 254, 416, 476, 479, 539, 618.
14. _____. STJ. Súmulas 56, 67, 69, 70, 102, 113.
15. _____. TFR. Súmulas 39, 42, 62, 69, 70, 74, 75, 110, 118, 142, 218.

16. BRASIL. TJPR, 4a. Câmara Cível. EI 017250100. Rel. TROIANO NETTO. Ac. 7471. v.u. data de julgamento: 23/10/1991.
17. _____. TJPR. I Grupo de Câmaras Cíveis. EI 015436301. Rel. OTO LUIZ SPONHOLZ. Ac. 2107. v.m. data de julgamento: 01/04/1993.
18. COSTA. Luiz Augusto Seabra da. **A avaliação de servidões**. RT 494/248, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
19. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 4, 18ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
20. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 3ª. ed, São Paulo: Atlas, 1992.
21. _____. _____. 9ª. ed., São Paulo: Atlas, 1998
22. ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires (Arg): Depalma, 1989.
23. GOMES, Orlando. A função social da propriedade. **Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. Salvador (BA): 1986.
24. _____. **Contratos**. 22ª. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
25. _____ **Direitos reais**. 19ª. ed. rev., atual. e ampl. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
26. GRILLI, Evandro A. S. A não-incidência do IPTU sobre áreas urbanas de interesse ambiental. **Síntese Jornal**. [S.l.:s.n.], ano 6, n. 65. jul/2002.
27. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
28. LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade: mito ou realidade? **Revista de direito administrativo e constitucional**. Curitiba: Juruá. ano I. n. 3. 2000.
29. LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: RT, 1982.

30. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18ª. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1993.
31. _____. **Direito de construir**. 7 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1996.
32. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
33. _____. Um caso paradigmático de violação ao direito. **Revista de direito administrativo constitucional**. ano I, n. 3 . Curitiba (PR): Juruá, 2000.
34. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**. 2ª ed. tomo X, Rio de Janeiro: Borsoi, 1973 (a).
35. _____. _____. 2ª ed. tomo XI, Rio de Janeiro : Borsoi, 1973 (b).
36. _____. _____. 2ª ed. tomo XVIII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1973 (c).
37. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 37ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
38. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas. 2002.
39. MOREIRA, Alberto Lélio. **Princípios de engenharia de avaliações**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Pini, 1991.
40. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13ª ed. rev. ampl. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
41. PELLEGRINO, José Carlos. **A avaliação de faixa de servidão para linhas transmissoras de energia elétrica**. RT 418/417, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
42. PORRU, Paola Maria. **Analisi storico giuridica della proprietà fondiaria in Brasile**. Itália: Giuffré, 1983.
43. PORTUGAL. **Ordenações do Reino de Portugal**. Codificação Filipina. 12ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade. 1958.

44. **RDA - Revista de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar. n. 175, jan-mar/1989 a n. 239, jan-mar/2005.

45. **SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo.** 9^a. ed. 4^a. tir. São Paulo: Malheiros, 1994.

46. **SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo ordenador.** 1^a. ed. 2^a. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

47. **VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil.** v. 4, 5^a. ed. São Paulo: Atlas, 2005.