

EDUARDO DE SAMPAIO SOARES

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias como requisito à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA
2004

À Altmann, in memoriam, pelo exemplo de vida e caráter.

À Elvira, amada mãe, por toda a força e apoio incondicional.

À Joatan Marcos de Carvalho, grande amigo e professor, por ter ensinado a sua forma de ver o Direito.

TERMO DE APROVAÇÃO


EDUARDO DE SAMPAIO SOARES

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

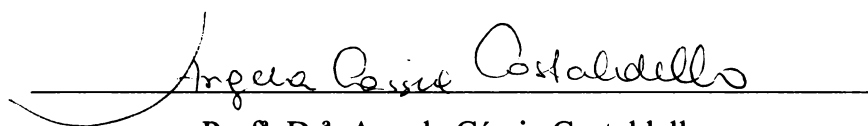
Monografia apresentada como requisito para obtenção da graduação de bacharel em Direito, do curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, para a seguinte banca examinadora:



Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho (orientador)



Prof. Dr. Pedro Henrique Xavier



Prof.ª. Dr.ª. Angela Cássia Costaldello

Curitiba, 22 de novembro de 2004.

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO.....	IV
RESUMO.....	VII
INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO I – SISTEMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVO	
1.1. Noção de sistema jurídico.....	05
1.2. Subsistema e regime jurídico-administrativo.....	09
1.2.1. Regimes de direito público e de direito privado.....	09
1.2.2. O Subsistema jurídico-administrativo.....	11
1.2.3. O Regime jurídico-administrativo.....	13
1.2.4. Natureza e função dos princípios no sistema jurídico-administrativo.....	16
1.2.5. Os princípios de Direito Administrativo.....	20
1.2.5.1. Supremacia do interesse público sobre o particular.....	22
1.2.5.2. Legalidade.....	26
1.2.5.3. Impessoalidade.....	29
1.2.5.4. Razoabilidade.....	32
1.2.5.5. Indisponibilidade do interesse público.....	33
1.2.5.6. Segurança jurídica.....	34
1.2.5.7. Outros princípios da Administração Pública.....	38
CAPÍTULO II – O PODER DE POLÍCIA	
2.1. As atividades da Administração Pública.....	43
2.2. O poder de polícia e a polícia administrativa.....	44
2.3. Natureza do poder de polícia.....	49
2.4. Características.....	50
2.5. Limites.....	51
CAPÍTULO III – LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS	
3.1. Conceituação, natureza e regime jurídico.....	53
3.2. Limitações de direito municipal.....	57
CAPÍTULO IV – RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS	
4.1. Distinção das limitações administrativas.....	60
4.2. Ocupação temporária.....	62
4.3. Requisição administrativa.....	64
4.4. Servidões administrativas.....	66
4.5. Tombamento.....	72

4.6.	Desapropriação.....	76
4.6.1.	Noção geral e conceito.....	76
4.6.2.	Elementos.....	78
4.6.2.1.	Procedimento.....	79
4.6.2.2.	Sujeição ativa e passiva.....	81
4.6.2.3.	Compulsoriedade.....	82
4.6.2.4.	Objeto.....	84
4.6.3.	Fundamentos.....	85
4.6.4.	Pressupostos constitucionais.....	87
4.6.5.	Natureza jurídica.....	90
4.6.6.	Procedimento.....	92
4.6.6.1.	Fase declaratória.....	92
4.6.6.2.	Fase executória.....	94
4.6.7.	Desapropriação por zona.....	97
4.6.8.	Retrocessão e desistência.....	98
	CONCLUSÃO.....	101
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	105

RESUMO

Estudo descritivo sobre as principais formas de intervenção estatal na seara da propriedade privada, com a preocupação de se demonstrar os principais fundamentos e conseqüências de cada um dos mecanismos de que o Estado se vale para tanto. Para fins de obtenção de uma maior completude do estudo, partir-se-á de uma análise sobre o regime jurídico-administrativo, passando por algumas considerações sobre o poder de polícia, para que, afinal, seja possível adentrar o estudo sobre a intervenção estatal sobre a propriedade. Para tais efeitos, o método preponderantemente utilizado nesta obra será o de revisão bibliográfica, pelo qual traremos uma contraposição entre as correntes divergentes acerca dos regimes aplicáveis a cada uma das espécies interventivas a serem abordadas. Tudo isso sem deixar de tecer considerações críticas acerca dos pontos de maior divergência doutrinária.

INTRODUÇÃO

A problemática envolvendo a nem sempre pacífica convivência do Estado com o dogma da propriedade particular pode ser identificada como mais um capítulo no confronto entre interesses públicos e direitos individuais.

O autoritarismo preponderante à época dos Estados absolutistas, onde os direitos individuais se encontravam integralmente condicionados à vontade do soberano, sucumbiu ante o advento da Revolução Francesa, que instituiu as garantias fundamentais do indivíduo, e impôs amplos freios à vontade da autoridade pública. Entretanto, após as crises oriundas do colapso dessa figura estatal liberal, fundada no princípio do “*laissez faire*”, e com o advento do “*Welfare State*”, ocorreu um novo – e exponencial – crescimento do poder intervencionista do Estado, que passou a ser virtualmente onipresente, exercendo uma maior influência sobre praticamente todos os aspectos da sociedade civil. Os dogmas que consolidavam os direitos individuais consagrados pela Revolução Francesa, outrora absolutos, passaram a conviver com a ostensiva presença da autoridade pública.

Mais recentemente, têm sido postulados uma série de questionamentos sobre o verdadeiro papel do Estado frente à sociedade, sendo que presenciamos o constante surgimento de alternativas para a organização das entidades estatais. Os poderes do Poder Público para atuar diretamente – ou positivamente – frente à sociedade têm sofrido cada vez mais limitações cedendo lugar a formas mais indiretas de intervenção na ordem econômica. Paulatinamente, verificamos que o Estado interveniente vai se tornando um Estado supervisor, ao que anota Caio Tácito:

Assistimos a um progressivo retorno aos fundamentos do liberalismo, sem prejuízo das conquistas da justiça social. Há um sensível espírito de desmassificação da sociedade, uma revolta contra as hierarquias e as burocracias dominantes¹.

Fato é que as constantes modificações na forma de organização dos Estados através da história refletem a eterna dicotomia entre a autoridade do Estado e os direitos do indivíduo, ora pendendo para um lado, ora para o outro. Nesse contexto, o estudo do Direito Administrativo adquire especial relevância, porquanto a este ramo

do direito fora reservado o papel de regulamentar esta tensão no Estado de Direito, impondo garantias e freios a cada um dos pólos desta batalha, na forma descrita por Caio Tácito:

Se o direito individual tem como limite natural o direito de outrem, cumpre ao Estado o dever de garantir o equilíbrio da ordem coletiva contra os excessos do individualismo (...)

No cenário dos direitos humanos desponta a reação contra o risco da presença esmagadora do Estado. A título de servir ao homem e à coletividade, o Estado ameaça tornar-se opressivo, substituindo a personalidade pela uniformidade. No painel da liberdade, acendem-se as luzes de advertência do perigo do autoritarismo. Ao abuso do direito individual ou aos malefícios da concentração econômica, que a lei habilita o Estado a prevenir ou reprimir, sucede-se o abuso da burocracia, perante a qual podem ficar desarmados tanto as pessoas como os próprios setores da sociedade (...)

Não basta, porém, consignar, como limite ao absolutismo de direitos individuais, a faculdade atribuída à Administração Pública de conter, pela prática do poder de polícia, a eventualidade de excessos do liberalismo.

É mister que um novo absolutismo não se inaugure, contendo-se os excessos da autoridade. Ao poder de polícia deverá se opor a idéia de polícia do poder².

Tendo ciência da elevada extensão do tema *intervenção do Estado na propriedade*, não nos propomos a realizar um estudo exauriente de todos os seus aspectos e peculiaridades, mas somente uma abordagem crítica sobre o seu regime jurídico e os seus principais institutos.

Primeiramente, importa mencionar que o presente trabalho será conduzido através de uma lógica simples: partir-se-á da análise das categorias mais abstratas a exercer influência sobre o tema, em direção aos pontos mais específicos. Este procedimento se justifica a medida em que verificamos que a efetiva apreensão das categorias mais específicas necessariamente pressupõe o conhecimento daquelas mais genéricas, porquanto aquelas nada mais são que verdadeiras expressões destas, porém ante um cenário mais restrito.

Isto posto, verificamos que não é concebível estudar qualquer especificidade de um ramo do direito senão após a prévia compreensão do todo a que esta pertence. Assim, como não poderia deixar de ser, o presente estudo terá início com algumas digressões pertinentes à Teoria Geral do Direito, em respeito da categoria dos *sistemas*

¹ Ibidem, p. 43.

² RDA, 227, p. 40 e 43.

jurídicos, com a finalidade de se atingir uma noção geral da forma com que os elementos do sistema (regras e princípios) se relacionam com o seu conjunto (sistema jurídico).

Esta cautela assume especial relevância prática quando do estudo de qualquer tema de Direito Administrativo, uma vez que este tem como ponto de partida bases eminentemente principiológicas, predominantemente genéricas e abstratas. Para uma efetiva e apropriada compreensão de seu regime jurídico, bem como da forma de interpretação das normas que lhe integram, é inegável que se não se pode preterir de prévia inteligência sobre o verdadeiro sentido que os seus princípios fundamentais imprimem ao sistema jurídico-administrativo.

Assim, estabelecidas aquelas premissas atinentes à Teoria Geral do Direito, passaremos a elaborar considerações específicas sobre os princípios gerais da atividade administrativa do Estado. As inúmeras peculiaridades de seu regime jurídico diversificado exigem uma preocupação especial com o estabelecimento dos contornos e dos limites da atuação do Poder Público frente ao particular. Em suma, o primeiro Capítulo do presente trabalho será integralmente dedicado a uma apreciação dos princípios norteadores do Direito Administrativo, bem como ao estabelecimento de critérios para a integração destes preceitos ao sistema.

Em um terceiro momento, ainda em cumprimento daquela sistemática proposta, de se partir dos aspectos mais gerais que envolvam o tema para os mais específicos, analisaremos, ainda que em traços gerais, o chamado Poder de Polícia do Estado. Trata-se do poder que lhe é cometido para, em favor do interesse público, condicionar as órbitas individuais de direitos, sendo que é do exercício desse poder que se originam as principais formas de intervenção do Estado sobre a propriedade privada.

Desenvolvidos todos os caracteres gerais concernentes a matéria proposta, passaremos, então, à análise pontual de cada um dos principais meios dos quais se vale o Estado para interferir com a propriedade privada. Muito mais que discorrer acerca dos conceitos, natureza e regime jurídicos, e causas e conseqüências (para o Estado e para o particular), e sempre na medida do possível, serão travados comentários acerca de assuntos que até hoje sustentam polêmicas no meio doutrinário.

Por fim, resta aduzir sobre a importância do estudo da forma com que se dá a intervenção estatal sobre o domínio da propriedade particular. Como dito antes, hodiernamente, é ostensiva a infiltração do Estado sobre as esferas de direitos privadas; nesse diapasão, o tema adquire especial relevância quando nos apercebemos da extensão das prerrogativas de que goza a Administração Pública quando se contrapõe aos interesses particulares. Assim, conhecer as condições pelas quais o Estado fica autorizado a exercitar estes extensos poderes constitui praticamente uma obrigação do moderno operador do direito, uma vez que, no exercício profissional, não são raras as vezes que nos deparamos com desvios ou abusos de poder por parte da autoridade pública.

CAPÍTULO I

SISTEMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

1.1. Noção de sistema jurídico. 1.2. Subsistema e regime jurídico-administrativo. 1.2.1. regimes de direito público e de direito privado. 1.2.2. subsistema jurídico administrativo. 1.2.3. regime jurídico-administrativo. 1.2.4. natureza e função dos princípios no sistema jurídico-administrativo. 1.2.5. os princípios de direito administrativo. 1.2.5.1. supremacia do interesse público sobre o particular. 1.2.5.2. legalidade. 1.2.5.3. impessoalidade. 1.2.5.4. razoabilidade. 1.2.5.5. indisponibilidade do interesse público. 1.2.5.6. segurança jurídica. 1.2.5.7. outros princípios da administração pública.

1.1. NOÇÃO DE SISTEMA JURÍDICO

Antes do efetivo ingresso na análise específica do tema proposto no presente trabalho, é pertinente tecer algumas considerações acerca dos institutos fundamentais que ordenam e compõem o regramento de Direito Administrativo, posto que pressupostos fundamentais à compreensão dos comentários que serão desenvolvidos posteriormente.

A partir do momento em que se estabelece a pretensão de conjecturar acerca das implicações de um determinado regime jurídico sobre a realidade concreta, inevitável que se inicie o seu estudo a partir das premissas impostas pelo respectivo sistema, pena de não se alcançar efetiva precisão técnico-científica nas postulações formuladas. Proceder de forma diversa, seria correr o risco de nos arriscarmos a omitir o relevo de eventual característica fundamental ao entendimento da matéria, o que pode, em última análise, comprometer toda a credibilidade do trabalho.

Consoante a lição do mestre Paulo de Barros Carvalho, “enquanto conjunto de enunciados prescritivos que se projetam sobre a região material das condutas interpessoais, o direito posto há de ter um mínimo de racionalidade para ser compreendido pelos sujeitos destinatários, circunstância que lhe garante, desde logo, a condição de sistema”³. Posta esta premissa, não é admissível conceber que qualquer estudo sobre as inflexões derivadas de qualquer ramo do direito seja efetuado a partir de uma perspectiva parcial dos institutos do sistema, sob pena de sucumbir à

³ 2004, p. 130/131.

insuficiência, justamente por ter sido elaborado com espeque em uma visão incompleta acerca de suas inúmeras variáveis.

Destarte, diante da imprescindibilidade da análise do sistema jurídico-administrativo para o desenvolvimento desta monografia, importa termos como ponto inicial uma noção exata do que compreendemos por *sistema*.

Primeiramente, ressaltamos que parece ser essencial para a caracterização de um sistema a existência de um conjunto de elementos, ao qual Tércio Sampaio Ferraz Jr. denomina de *repertório*. Na hipótese de um sistema jurídico, de plano se constata que este será composto pelas regras e princípios que o compõem.

No entanto, não se pode conceber de um sistema fundado pura e simplesmente na reunião caótica e desconfigurada de elementos aleatórios; para que se caracterize como tal, dependerá de um mínimo de organização lógica, seja a partir de padrões rudimentares ou sofisticados, como forma de determinação de sua identidade e racionalidade. Nesse sentido, a organização do sistema inevitavelmente passará por uma ou mais diretrizes que lhe estabeleçam uma lógica fundamental, vale dizer, que efetivamente administrem os elementos do seu repertório, os concatenando de forma coerente, lhe dando homogeneidade.

Para tanto, oportuno recorrer novamente à lição de Barros Carvalho, quando citava e desenvolvia a idéia de Alf Ross:

Já recordara Alf Ross que ‘la mayor parte de las palabras son ambíguas, y que todas las palabras son vagas, esto es, que su campo de referencias es indefinido, pues consiste em um núcleo o zona central y um nebuloso círculo exterior de incertidumbre’. Dentro dessa plurivocidade haverá sempre uma acepção de base e outra (ou outras) que podemos chamar de contextual (ou contextuais), como observa Luis Alberto Warat. Surpreendido no seu significado de base, o sistema aparece como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema”⁴.

Em outras palavras, podemos dizer que a noção de sistema compreende a conjunção de dois fundamentos essenciais: o primeiro, um repertório de elementos, e o segundo, um referencial lógico que o organize, dando-lhe coerência e unidade.

⁴ Ibidem, p. 131.

Tomado o sistema jurídico positivo em sua integralidade, observamos que integram o seu repertório todos os atos normativos em vigência (ou que produzam eficácia em determinado momento relevante), desde aqueles com “*status*” de lei até aqueles atos de natureza infralegal. Note-se que estes elementos se encontram ordenados a partir de uma perspectiva hierarquizada, pela qual os atos normativos de menor hierarquia necessariamente encontrarão fundamento de validade em um ato superior, v.g., um ato administrativo encontrará fundamento em uma lei, que por sua vez, terá sua validade legitimada pela norma constitucional. Cumpre salientar, ainda, que os elementos mais relevantes para o sistema serão, via de regra, aqueles dotados de maior grau de abstração, posto que destinados a dar um sentido interpretativo homogêneo às regras de maior potencial de concreção.

Tomadas essas premissas, se verifica que, invariavelmente, na qualidade de ato normativo de maior hierarquia no sistema jurídico, a norma constitucional servirá como fundamento de validade de todo o regramento infraconstitucional.

Para maior explicitação do tema, é pertinente a alusão àquela célebre metáfora, de que a estrutura do ordenamento jurídico é comparável à de uma pirâmide: as normas revestidas de menor hierarquia e maior concretude estariam dispostas à base do sistema, se alicerçando no nível imediatamente superior. De modo que, em última análise, todos os elementos do sistema encontrariam a sua validade no topo da pirâmide, ou em outras palavras, em seu elemento fundamental.

Kelsen descrevia o ápice dessa figura como a *norma hipotética fundamental*, uma diretriz imaginária que proporcionaria efetiva legitimidade à Constituição, norma fundante de todos os demais componentes do ordenamento. Nesse sentido é a doutrina de Paulo de Barros Carvalho, para quem:

Todas as normas do sistema convergem para um único ponto – a norma – fundamental –, que dá fundamento de validade à constituição positiva. Sua existência imprime, decisivamente, caráter unitário ao conjunto, e a multiplicidade de normas, como entidades da mesma índole, lhe confere o timbre de homogeneidade⁵.

De tudo isso, é de se depreender que todo o sistema jurídico vigente, por fundamentado na mesma diretriz gerencial, possui inequívoco caráter unitário, sendo

indivisível por excelência. Por outro lado, sem embargo da indiscutível homogeneidade do ordenamento jurídico, não se pode olvidar de que a sua intensa complexidade reclama a segregação – mesmo que didática – de seus elementos em campos específicos, consoante o critério da similitude material. Vale dizer, é possível diferenciar as diversas áreas do conhecimento jurídico segundo os conteúdos a que se destinam a disciplinar, para fins de facilitar a sua operacionalização.

Com efeito, muito embora todas as normativas tenham fundamento último na Constituição, e em última análise, na *norma hipotética fundamental*, cada um de seus ramos diferenciados encontrará alicerce em normas constitucionais específicas, que não necessariamente terão incidência sobre a completude do sistema. Cumpre observar, outrossim, que mesmo quando eficazes sobre todas as ramificações do ordenamento, muitas vezes a aplicação de uma dada norma constitucional sobre um campo específico não se dará da mesma forma e/ou amplitude que em um outro. Exemplo clássico disso é o do *princípio da legalidade* (art.5º, II), cujas manifestações no âmbito do Direito Administrativo são muito mais ostensivas do que as que tocam ao Direito Civil.

De modo que, em que pese a unitariedade do sistema jurídico como um todo, é salutar o seu estudo a partir de cada um de seus ramos particulares, pelo que nada impede a sua subdivisão em diversos subsistemas; é evidente que cada qual obedece a um regime jurídico específico, em decorrência da singularidade da influência de seus princípios informativos. Já advertia Celso Antônio Bandeira de Mello:

O sistema de uma disciplina jurídica, seu regime, portanto, constitui-se do conjunto de princípios que lhe dão especificidade em relação ao regime de outras disciplinas. Por conseguinte, todos os institutos que abarca – à moda do sistema solar dentro do planetário – articulam-se, gravitam, equilibram-se, em função da racionalidade própria deste sistema específico, segundo as peculiaridades que delineiam o regime (no caso, o administrativo) dando-lhe tipicidade em relação aos outros.⁶

Em linhas gerais, e evidentemente sem a pretensão de esgotamento do tema, esta é a nossa concepção de sistema jurídico, pelo que em seqüência passaremos, então, à análise das particularidades do sistema jurídico-administrativo, para que possamos delimitar algumas das características que lhe são inerentes. Somente após

⁵ Ibidem, p. 136.

delineadas essas considerações iniciais é que, finalmente, poderemos passar com segurança à análise dos aspectos do seu regime jurídico sobre o tema proposto no presente trabalho monográfico.

1.2. SUBSISTEMA E REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

1.2.1. REGIMES DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO

De tudo que já se disse até o momento, fácil depreender que o subsistema jurídico relacionado ao Direito Administrativo diz respeito ao repertório de elementos normativos destinados a regular as relações jurídicas abrangidas pelo Direito Administrativo. Naturalmente, este repertório será ordenado consoante as diretrizes orientadoras do subsistema, princípios do Direito Administrativo. Todavia, antes que adentremos por definitivo no estudo da sua estrutura, é necessário que delimitemos o âmbito de abrangência do regime jurídico que impõe.

Muitas vezes, a Administração Pública integra relações jurídicas disciplinadas preponderantemente pelo regime de direito privado; isso ocorre, por exemplo, quando esta contrata o aluguel de um imóvel pertencente a um determinado cidadão, ocasião na qual se investe na mesma posição jurídica de um simples particular. Nesses termos, podemos imediatamente excluir eventual *critério subjetivo* para a identificação da incidência do regime jurídico de direito administrativo. Necessário recorrer, portanto, a outros critérios para a verificação do seu implemento sobre uma determinada hipótese concreta.

Como elemento de distinção entre a efetiva ocorrência de um ou outro regime jurídico, podemos destacar que, naquelas relações disciplinadas pelo de direito administrativo, a Administração se coloca em uma posição privilegiada frente ao particular. Com fundamento em sua missão de realizar os interesses da coletividade, ela se investe em um feixe de prerrogativas exorbitantes do direito comum, que verticalizam a relação jurídica, lhe colocando em verdadeira posição de

⁶ 1996, p. 47.

preponderância jurídica. De outro lado, como já referido, no caso das relações jurídicas eminentemente privatísticas, a Administração Pública assume posição equivalente à do particular, sendo que a relação dali proveniente poderia ser graficamente representada em um plano horizontal.

Mesmo que estabelecidas as diferentes conseqüências da aplicação de cada regime jurídico, ainda assim carecemos de um critério seguro para determinar quando um ou outro será aplicável. Para tanto, a verdade é que não nos socorre alternativa diversa que buscar do regime aplicável no texto legal pertinente; será o legislador quem efetivamente determinará qual será o regime jurídico adequado a determinada situação em que se envolva a Administração Pública. Com efeito, a ela é vedado optar pela atuação sob a égide de um regime ou de outro, mediante deliberação meramente administrativa; não se admite que se comporte de maneira diversa da forma que lhe fora estipulada em lei (cf. princípio da legalidade). Na hipótese do silêncio do legislador em definir formalmente a abrangência de certo ato pelo regime administrativo, porém, se tem entendido que este será disciplinado pelo regramento de direito comum.

Importa salientar, entretanto, que mesmo quando a Administração Pública embarca em uma relação jurídica cujo regime jurídico predominante é o de direito privado, ainda assim não conseguirá se afastar integralmente das *prerrogativas e restrições* impostas pelo regime de direito público; conforme bem rememorado por Di Pietro:

Quando a Administração emprega modelos privatísticos, nunca é integral a sua submissão ao direito privado; às vezes, ela se nivela ao particular, no sentido de que não exerce sobre ele qualquer prerrogativa de Poder Público; mas nunca se despe de determinados privilégios, como o juízo privativo, a prescrição quinquenal, o processo especial de execução, a impenhorabilidade de seus bens; e sempre se submete a restrições concernentes à competência, finalidade, motivo, forma, procedimento, publicidade. Outras vezes, mesmo utilizando o direito privado, a Administração conserva algumas de suas prerrogativas, que derogam parcialmente o direito comum, na medida necessária para adequar o meio utilizado ao fim público a cuja consecução se vincula por lei⁷.

Tudo isso porque, atuando mediante o regime de direito público ou privado, fato é que, invariavelmente, todas as ações da Administração Pública deverão ser

procedidas sob o manto da legalidade, e em mira da realização dos interesses coletivos.

1.2.2. O SUBSISTEMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Celso Antônio Bandeira de Mello já alertava que “(...) a doutrina especializada tem despendido pouco esforço no sentido de desvendar, arrolar e organizar os princípios básicos do regime administrativo, embora sejam indiretamente estudados pelos mesmos mestres, ao tratarem dos vários tópicos do direito administrativo”. Com efeito, o eminente doutrinador procurava aludir para o risco de se estudar as diretrizes gerais e ordenadoras do direito administrativo a partir dos seus reflexos sobre as categorias mais específicas do sistema, tangenciando-as como “informações subjacentes ao tema, sem contudo elevá-los ao nível categorial, após indispensável reconhecimento explícito deles. Com isto, há verdadeira atomização de noções, que ficam subutilizadas”⁸. Vale dizer, a advertência do mestre é no sentido do risco que se corre ao procurar apreender o sistema a partir de seus elementos mais específicos, sem entretanto dispensar a necessária atenção às suas diretrizes fundamentais, que se revela em uma compreensão limitada, e até mesmo equivocada de seu verdadeiro sentido. Para tanto, nunca é demais ressaltar as palavras de Geraldo Ataliba, repetidas por aquele eminente professor, no sentido de que “(...) o estudo de qualquer realidade – seja natural seja cultural – quer em nível científico, quer didático, será mais proveitoso e seguro, se o agente é capaz de perceber e definir o sistema formado pelo objeto e aquele maior, no qual este se insere”⁹.

Ao delinear-mos com precisão as implicações e as fronteiras de abrangência do sistema jurídico-administrativo, mesmo que inconscientemente, estaremos por assimilar o sistema normativo genérico aplicável às relações jurídicas subordinadas ao seu regime. Essa intelecção apriorística se revela muito útil, à medida em que nos dispensa de perquirir sobre um rol pormenorizado de regras, sempre que diante de uma

⁷ 2004, p. 64.

⁸ Ibidem, p. 48/49.

⁹ Ibidem, p. 49.

hipótese concreta; munidos de conhecimento genérico prévio acerca do assunto, restamos tão somente nos informar acerca das peculiaridades aplicáveis sobre cada espécie. Outra não é a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “ao ser conhecido como de direito administrativo um dado instituto, não há necessidade de enumerar e explicar pormenorizadamente o complexo total de regras que lhe são pertinentes, uma vez que, de antemão se sabe, receberá, in principio, e em bloco, o conjunto de princípios genéricos (...)”¹⁰.

Estabelecida a importância da compreensão do sistema jurídico-administrativo, cumpre agora a incumbência de descrevê-lo. Não diferente dos sistemas concernentes a outros ramos do direito, o de que ora cuidamos se trata, em princípio, de um conjunto de regras e princípios destinados a ordenar a atividade da Administração Pública.

Entretanto, para efeito de determinação da abrangência do Direito Administrativo, por certo que não podemos tomar a noção de Administração Pública como correlata à do próprio Estado, posto que é notória a repartição de funções estatais em administrativa, legislativa e jurisdicional. Igualmente, para tanto não poderemos nos abastecer de critérios unicamente subjetivos, adotando a falsa premissa de que a função administrativa é aquela que corresponde de forma privativa ao Poder Executivo, imediatamente relacionando a jurisdicional somente com o Poder Judiciário, e a legislativa, com o Poder Legislativo.

Isto porque não se pode confundir a noção de *Poderes de Estado* com a de *Funções de Estado*; com efeito, muito embora as funções predominantes de cada poder sejam exercidas conforme descrito acima, é fato inequívoco que tanto o Poder Judiciário como o Legislativo também desempenham função administrativa, porquanto a eles próprios incumbem, por exemplo, os atos das suas administrações institucionais. De mesmo modo, existem hipóteses previstas na Constituição Federal onde também é dado ao Poder Legislativo exercer função judicante, quando do processamento e julgamento do Presidente da República – entre outras autoridades federais – por crimes de responsabilidade (artigo 52, I e II). Não se vislumbra, pois, coincidência entre os

¹⁰ Ibidem, p. 48.

Poderes do Estado e as suas funções, não havendo como se conceber a pura e simples coincidência da Administração Pública com o Poder Executivo.

Sem dúvida, o elemento coincidente do exercício da função administrativa exercida pelos três Poderes da República é a vinculação legal a que este se encontra cometido; vale dizer, a atividade administrativa é eminentemente infralegal, e via de regra, exercida mediante estrita dependência com os dizeres do texto de lei formal. De mesmo modo, facilmente verificável que, uma vez que devam ser praticados em consonância com a lei, quaisquer atos praticados no exercício da função administrativa são passíveis de revisão pela função jurisdicional, para verificação de eventual desconformidade.

Podemos depreender, portanto, que para o direito administrativo, a expressão Administração Pública significa um conjunto de atividades do Estado, as quais necessariamente deverão encontrar respaldo em texto de lei, e que se encontram passíveis da conferência de sua legalidade pelo Poder Judiciário.

Assim, existirá a ampla aplicabilidade do sistema jurídico-administrativo sobre determinada espécie quando presentes duas condições: a) se o ato praticado pelo agente estatal o fora na qualidade de Administração Pública (enquanto categoria de Direito Administrativo); e, b) se na relação jurídica em questão a Administração Pública goza da posição privilegiada típica do regime jurídico especial.

Em outras palavras, tendo em conta que, necessariamente, a identificação da aplicabilidade do sistema jurídico-administrativo sobre o caso concreto passará por uma verificação de seus efeitos (superioridade jurídica da Administração), é de relevância crucial o conhecimento das implicações do regime jurídico-administrativo.

1.2.3. O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Conforme brevemente mencionado anteriormente, o regime jurídico-administrativo trata de situações peculiares nas quais a Administração Pública se coloca em posição de superioridade perante os particulares; nesse sentido, estabelece uma relação de verticalidade entre os pólos da relação jurídica. Maria Sylvia Zanella Di Pietro descreve que “a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-

somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa”¹¹. Trata, pois, de disciplina normativa peculiar a determinadas relações da Administração Pública perante os particulares, justificada por Celso Antonio Bandeira de Mello em função da “caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade, e não aos particulares”¹².

Vale dizer, à Administração Pública são conferidas certas *prerrogativas* no trato com os particulares porque a ela incumbe a defesa dos interesses coletivos, cuja tutela por vezes reclama uma proteção mais ostensiva por parte do ordenamento jurídico. Por outro lado, tendo em vista que a própria função social da Administração Pública se confunde com a defesa dos interesses coletivos, é que em contraposição a essas prerrogativas esse regime especial a sujeita a uma série de *restrições*, para garantir que daquela a sua atuação nunca se desvie. Além disso, é possível dizer que essas restrições à sua atuação também existem no sentido de resguardar os direitos individuais daqueles que com ela interagem, pois em um Estado Democrático de Direito não deixa de pertencer ao âmbito do interesse público a proteção aos direitos individuais, a liberdade, a propriedade e a igualdade.

Destarte, podemos verificar que todo o regime jurídico-administrativo se apóia em uma dicotomia de valores; por um lado, a satisfação das necessidades coletivas, para a qual o ordenamento confere à Administração um leque de prerrogativas; e, de outro, a proteção às liberdades e direitos individuais, manifestada no amplo rol de restrições à sua atuação perante os particulares.

De forma magistral, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sintetiza todo o sentido do regime jurídico-administrativo em duas palavras de ordem: a disciplina de *prerrogativas e sujeições* da atuação Administração Pública, as quais, em absoluto, são estranhas ao direito comum. No tocante à conceituação dessas prerrogativas, a aludida professora adota a concepção de José Cretella Junior, para quem estas se caracterizam pelas “regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa,

¹¹ Ibidem, p. 64.

¹² Ibidem, p. 24.

derrogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular”¹³. As sujeições, de outro lado, decorrem todas da premência da proteção das liberdades e direitos do particular e da satisfação do interesse público, e importam em verdadeira limitação do poder exorbitante que o ordenamento confere à Administração por meio daquelas prerrogativas. De modo que eventual desrespeito a uma dessas sujeições implica na necessária nulidade do ato praticado, pois é certo que estas se caracterizam como verdadeiras garantias dos princípios fundamentais de proteção ao indivíduo e à sociedade. Qualquer violação nesse sentido atenta diretamente contra a organização do Estado Democrático de Direito, reclamando, portanto, a imediata nulificação do ato que lhe deu origem.

Evidente que, na qualidade de consequência do sistema jurídico-administrativo de regras e princípios, o regime jurídico-administrativo se pautará em consonância dos preceitos nele entabulados. Como já referido anteriormente, no momento importa conhecer mais detalhadamente a disciplina imposta pelos princípios informativos do sistema, porquanto se caracterizam como as suas diretrizes mais fundamentais, coordenando e direcionando todo o sentido do ordenamento. Nesse diapasão, nunca é demais rememorar a sábia lição de Paulo de Barros Carvalho:

Os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação de um dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença¹⁴.

No mesmo sentido se manifesta o pensamento de José Cretella Júnior, referendado na obra de Di Pietro: “Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subseqüentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”¹⁵. Imprescindível para a compreensão da real extensão das implicações do regime jurídico-administrativo, pois, que nos aprofundemos no estudo dos seus respectivos princípios normativos.

¹³ IN: *Ibidem*, p. 65.

¹⁴ *Ibidem*, p. 147.

1.2.4. A NATUREZA E FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO SISTEMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Antes que adentremos a análise de cada um dos princípios propriamente ditos, cumpre tecer algumas considerações acerca da natureza jurídica e abrangência dessa espécie normativa. A professora Odete Medauar traz ponderação mais que pertinente acerca da relevância do estudo da base principiológica do Direito Administrativo:

Os princípios revestem-se de grande importância. Por ser um direito de elaboração recente e não codificado os princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos (...) Daí a importância dos princípios, sobretudo para possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão de seus direitos e deveres¹⁶.

Paulo de Barros Carvalho vê em nosso Direito diversas manifestações normativas sob a significação de *princípio*. Como manifestação mais usual, identifica como princípios aqueles “preceitos fortemente carregados de valor e que, em função do seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativa influência sobre grandes porções do ordenamento, informando o vector de compreensão de múltiplos segmentos”¹⁷. Além disso, encontra princípios em normas jurídicas que estabelecem relevantes critérios objetivos, bem como naquelas que se identificam com o próprio valor preceituado. Por fim, ainda inclui nessa categoria o limite objetivo preceituado de forma desvinculada da estrutura da norma. Em suma, ao seu ver, essa categoria se manifesta no ordenamento jurídico de quatro maneiras precípuas:

a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada que estipula limites objetivos; e d) como o limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros temos ‘princípio’ como ‘norma’; enquanto nos dois últimos, ‘princípio’ como ‘valor’ ou ‘critério objetivo’¹⁸.

Para o autor em comento, a caracterização de um princípio como “critério objetivo” ou “valor” traz relevantes conseqüências práticas. Ao tomarmos um

¹⁵ Ibidem, p. 66.

¹⁶ 2004, p. 142.

¹⁷ Ibidem, p. 144.

princípio como um enunciado prescritivo que transcende o estrito conteúdo da norma que o contém, estamos atribuindo relevância jurídica a um instituto axiológico presente no sistema. Significa que damos importância não só às instituições expressas no ordenamento, mas também aos valores que de uma forma ou outra este se preocupou em preservar. Nesse sentido, note-se que a abrangência da figura jurídica concernente ao valor, por também ser relevante para o sistema, transcende à da própria norma instituída, servindo inclusive como diretriz ordenatória do seu sentido, na qualidade de princípio.

Invocando as lições de Miguel Reale acerca da axiologia, Carvalho ainda discorre acerca de algumas das características dos princípios enquanto valores, denunciando todo o grau de subjetivismo a que o intérprete se depara quando da elaboração do respectivo enunciado. Assinalou a *bipolaridade* e a *implicação*, pelos quais um valor sempre trará em sua contraposição um desvalor, ambos se implicando mutuamente; a *referibilidade* e a *preferibilidade*, pelas quais o valor implica necessariamente em uma tomada de posição, que deverá ser realizada em uma direção determinada; a *incomensurabilidade*, pela impossibilidade da medição de sua extensão; a *graduação hierárquica*, por força do escalonamento que assumem valores diversos diante de relações mútuas, frente a um mesmo sujeito axiológico; assumem *objetividade* quando interligados a objetos de experiência; constroem-se mediante um processo histórico social, o que denuncia a sua *historicidade*; e, ainda são *inexauríveis*, à medida em que excedem os bens em que se objetivam. No que tange a esta última característica, vale repetir o que já fora dito anteriormente, “que o objeto em que o valor se manifesta não consegue contê-lo, aprisioná-lo, evitando a sua expansão para os múltiplos setores da vida social”¹⁹.

No que toca aos princípios, na qualidade de limites objetivos, já não se verifica tal sorte de dificuldade, pelo que os seus enunciados são facilmente adequáveis às suas metas. O que Carvalho faz questão de ressaltar, porém, é que mesmo enquanto caracterizados na forma de critérios objetivos, esta sorte de princípio ainda reflete alto teor axiológico, conquanto os ideais a serem atingidos mediante a

¹⁸ Ibidem, p. 144.

¹⁹ Ibidem, p. 145.

fixação de limites a nada mais se referem que a valores assumidos como relevantes pelo sistema.

No caso específico dos princípios sobre os quais passaremos a articular, verificamos que mesmo quando implícitos no sistema, se revestem de elevado grau de imperatividade, haja vista que os valores últimos a que se destinam a proteger dizem respeito à tutela do interesse da coletividade, bem como com a própria defesa do Estado Democrático de Direito. Segundo Hely Lopes Meirelles,

Por esses padrões é que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relega-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais²⁰.

Da mesma visão compartilha Di Pietro, quando afirma que “sendo o Direito Administrativo de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios representam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração”²¹. Em outras palavras, estes significam verdadeiros instrumentos de segurança e proteção da integridade da ordem jurídica; dessa forma, operam este “*munus*” mediante dupla perspectiva, muito bem descrita por Odete Medauar:

Os princípios revestem-se de função positiva ao se considerar a influência que exercem na elaboração de normas e decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito; atuam, assim, na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do direito e de medidas para que se realize a justiça e a paz social; sua função negativa significa a rejeição de valores e normas que os contrariam (Karl Larenz, Derecho justo, p. 33)²².

De modo que não é a explicitação do preceito no sistema que determinará a sua supremacia ou seu grau de relevância, mas sim, o próprio valor a que este se destina a tutelar. Nesse sentido, Carvalho assinala que os princípios:

Algumas vezes constam de preceito expresso, logrando o legislador constitucional enunciá-los com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço de feitiço indutivo para percebê-los e isolá-los. São os princípios implícitos. Entre eles e os expressos não se pode falar em

²⁰ 2001, p. 82.

²¹ Ibidem, p. 67.

²² Ibidem, p. 142.

supremacia, a não ser pelo conteúdo intrínseco que representam para a ideologia do intérprete (...)²³.

Destarte, a fim de se privilegiar a unidade e homogeneidade do sistema, bem como para se desvendar o próprio sentido em que este se direciona, é que se faz necessário perquirir e ponderar sobre a efetiva eficácia de todos os seus princípios orientadores. Isto porque todos eles dão o sentido e a unicidade do ordenamento, sendo que o afastamento de qualquer um deles significaria verdadeira negativa ao valor ali preceituado, e em última análise, conduziria ao arrepio da ordem jurídica.

Sempre que diante de uma controvérsia envolvendo a aplicação do regime jurídico-administrativo, não se poderá olvidar da ponderação de todos os preceitos fundamentais do sistema em vista de uma solução convergente, pois se é certo que cada um reflete uma carga valorativa essencial para o ordenamento, também o é que não se deve elidir a eficácia de qualquer um deles perante uma determinada hipótese concreta.

A rigor, sequer se concebe da possibilidade de eventual conflito entre princípios; sendo o sentido de todos eles o da preservação dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, é evidente que todos são harmônicos entre si. Nesse diapasão, eventual desconformidade entre os mencionados preceitos poderá existir tão somente no campo da imaginação. Invocando novamente os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, a norma jurídica não deriva propriamente dos textos de direito positivo, mas sim, da significação que ao texto legal é dada pelo intérprete. Nesse sentido, o mestre revela que as percepções que extraímos da realidade objetiva,

(...) agrupadas no nosso intelecto, fazem surgir os juízos ou pensamentos que, por sua vez, se exprimem verbalmente como proposições. A proposição aparece como o enunciado de um juízo, da mesma maneira que o termo expressa uma idéia ou noção. A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Basta isso para nos advertir que um único texto pode originar significações diferentes, consoante as diversas noções que o sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador²⁴.

Estabelecida essa premissa, tendo em vista que a efetiva norma jurídica somente adquire significação após o necessário crivo do juízo do intérprete,

²³ Ibidem, p. 147.

²⁴ Ibidem, p. 08.

observamos que, necessariamente, a solução de qualquer aparente conflito entre princípios de direito administrativo haverá de passar por um processo hermenêutico lógico-sistemático, no sentido da ponderação de todas as diretrizes do sistema em vista da consecução de um sentido convergente. Para tanto é que, via de regra, os princípios são dotados de enunciados abstratos, flexíveis e gerais, o que permite a adequação de seus preceitos conforme a urgência da situação.

1.2.5. OS PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

A doutrina é farta concepções sobre quais efetivamente seriam aqueles princípios que figurariam entre os fundamentais do sistema jurídico-administrativo. Odete Medauar encontra maior significação naqueles princípios expressamente mencionados na Carta Magna, concernentes à *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência*, não olvidando, contudo, de discorrer acerca daqueles implícitos no texto constitucional. Posição semelhante é a que assume Hely Lopes Meirelles, que admite a existência de doze diretrizes básicas de condicionamento da atuação da Administração Pública, mencionando as cinco expressas na Constituição Federal, e identificando os demais como preceitos implícitos.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, identifica somente dois princípios como efetivamente elementares do sistema jurídico-administrativo, sendo que todos os restantes, de uma maneira ou outra, revelariam nada mais que diferentes manifestações dos dois enunciados fundamentais. O mencionado professor assinala como diretrizes preponderantes do sistema a *supremacia do interesse público sobre o privado* e a *indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração*. Diverge neste sentido da lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que não obstante também aponte somente dois enunciados fundamentais, e admita como um deles o da *supremacia do interesse público sobre o privado*, entende como sendo o outro, o *princípio da legalidade*.

Muito embora essa divergência não traga efeitos práticos, dando origem a controvérsias tão somente no meio acadêmico – haja vista que o caráter de

fundamentalidade não importa em diferença no tocante à importância, abrangência e aplicabilidade dos princípios –, por hora adotamos a posição de Di Pietro.

Celso Antonio Bandeira de Mello enuncia o *princípio da indisponibilidade* no sentido de que na Administração Pública “(...) os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador”²⁵, baseado na circunstância de que não é a Administração Pública quem efetivamente detém a titularidade dos interesses coletivos. Parte do pressuposto de que esta nada mais é que a entidade encarregada de executar a função administrativa do Estado, cujo objetivo é o de satisfazer aqueles interesses. Nesse diapasão, pode-se dizer com segurança que é ao Estado que pertence a titularidade dos interesses públicos, compreendido este como o conjunto dos três Poderes anteriormente mencionados. Tendo em vista que, como já referido “*supra*”, o exercício da atividade administrativa do Estado está condicionado à prévia autorização legal, é possível depreender que é a sua função legislativa aquela que efetivamente detém a prerrogativa de estabelecer ou dispor dos interesses públicos.

Desenvolvendo o seu raciocínio, o mestre observa que nem mesmo as pessoas estritamente administrativas como as autarquias, que dotadas de personalidade própria, são titulares dos interesses que representam, eventualmente poderiam deles dispor; “(...) por serem pessoas, podem – ao contrário da Administração – titularizar interesses públicos, mas, apenas, na condição de servas de uma vontade anterior, jungidas ao cumprimento exato dos fins que aquela vontade, por lei, lhe assinalou”²⁶.

O impecável raciocínio do eminente professor, portanto, é de que nem a Administração, ou sequer as pessoas administrativas, “têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa”²⁷.

Mais adiante, articula que o princípio da vinculação à legalidade seria uma efetiva consequência do princípio da indisponibilidade, “uma vez que a atividade

²⁵ Ibidem, p. 31.

²⁶ Ibidem, p. 32.

²⁷ Ibidem, p. 32.

administrativa é subordinada à lei, e firmado que a Administração assim como as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente (...)”²⁸. Di Pietro, por sua vez, assevera que:

Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais²⁹.

Sentimo-nos forçados a compactuar com o pensamento dessa eminente professora, que de forma inversa, entende que é a indisponibilidade que existe como consequência da reserva de lei. Isto porque, de tudo o que já foi dito, observamos que a vedação à disposição de interesses coletivos pela função administrativa existe justamente por força da legalidade, que a reserva para a função legislativa.

Fixamos como premissa, pois, que os princípios orientadores do regime jurídico-administrativo são, de fato, o da *supremacia do interesse público sobre o particular* e o da *legalidade*, se caracterizando os restantes como manifestações específicas ou decorrência dos mesmos.

Ao estabelecer estes dois princípios como as diretivas fundamentais da atuação da Administração Pública, Di Pietro rememora a dualidade característica do regime jurídico-administrativo, relativa às *prerrogativas e sujeições* a que está submetida a Administração Pública. Se por um lado a posição de prevalência que a Administração Pública se coloca nas relações em questão se alicerça na *supremacia do interesse público sobre o particular*, de outro, sua atuação encontra limites nas restrições impostas pela *legalidade*, em nome da defesa dos direitos e liberdades individuais, da estrita observância do interesse público, da previsibilidade de sua atuação e da segurança jurídica.

1.2.5.1. O Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular

²⁸ Ibidem, p. 32.

Este princípio encontra variadas denominações no meio acadêmico, por vezes sendo enunciado como *princípio da prevalência do interesse público*, ou mesmo, tão somente como *princípio da finalidade pública*, sendo esta última acepção, inclusive, a predileta da jurisprudência.

Não importando, contudo, o nome dado ao instituto, certo é que o seu conteúdo é de extrema importância para o sistema jurídico-administrativo, pois são as suas implicações que efetivamente dão a tônica das peculiaridades de seu regime jurídico diversificado.

Não obstante a sua decisiva importância para o sistema, verificamos que a expansão da abrangência e das conseqüências dessa diretriz são de reconhecimento doutrinário relativamente recente. Com efeito, a concepção individualista que se instalou após a derrocada do antigo regime – que focalizava precipuamente uma concepção civilista do Direito – trazia o próprio homem como ponto de convergência do ordenamento jurídico, pelo que não se concebia de uma eventual prevalência de uma variada gama de interesses públicos, coletivos, sobre os sagrados direitos individuais. Interesse público, portanto, era o “*laissez faire*”, a própria abstenção do ente estatal da condução da vida social, o que a princípio criaria um ambiente propício para o amplo desenvolvimento do indivíduo. Nesse sentido, a própria função administrativa do Estado se confundia com a manutenção da ordem e segurança públicas, a fim de possibilitar as condições favoráveis para que os indivíduos pudessem agir consoante a sua própria vontade, e de sobre eles impor obrigações de não fazer, como garantia de que o livre exercício dos direitos individuais não interferisse na esfera jurídica alheia.

O desenvolvimento da noção da supremacia do interesse público sobre o individual somente se impulsionou quando do advento das crises do Estado Liberal, enfrentadas já no apagar das luzes do século XIX e início do século XX, momento em que se colhiam os resultados lastimáveis daquela apologia incontrolada ao individualismo. A partir desse ponto é que a posição abstêmia do Estado frente à vida social passou a ser revista; disso, a concepção de interesse público resultou

²⁹ Ibidem, p. 67.

reformulada, passando-se a incluir nessa noção a inteligência de que o ente estatal deveria agir positivamente perante a sociedade, no sentido de se garantir o bem comum, o bem-estar coletivo e a justiça social. Nesse exato momento, justamente com o objetivo de munir o Estado de instrumentos para a consecução desses fins é que se expandiu a idéia da supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais, e se imiscuiu no conteúdo desse princípio a carga valorativa que nele atualmente subsiste.

A autoridade administrativa, sempre atuando com a finalidade de atingir o bem comum, adquiriu posição preponderante em relação à vontade dos particulares, dando origem a um verdadeiro desequilíbrio de forças quando concorrentes nas relações jurídicas. O alargamento do princípio da supremacia do interesse público se manifestou nas diversas formas de atuação estatal, seja no incremento dos serviços públicos, na expansão da atividade de polícia administrativa, ou nas diversas outras formas de intervenção no domínio econômico e social. Enfim, o interesse público passou a legitimar uma limitação e intervenção mais ostensiva do Estado sobre os direitos fundamentais mais caros aos particulares, a liberdade e a propriedade privada.

Em última análise, este princípio traz o ingrediente teleológico fundamental para a legitimação das *prerrogativas* de que se reveste a Administração Pública quando engaja em relações jurídicas perante os particulares. Sua posição de preponderância, portanto, se explica à medida em que atua para a satisfação dos interesses coletivos, que gozam de supremacia perante os particulares. Por outro lado, impossível deixar de reconhecer que a sua abrangência também dá ensejo a algumas das sujeições a que se submete a atividade administrativa. Os poderes exorbitantes que a coletividade confere à atuação do Estado se justificam tão somente na satisfação do interesse público, e será sempre com vistas para essa finalidade que a atuação da Administração deverá estar condicionada. Nesse sentido, ensina de Di Pietro:

Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em conseqüência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em conseqüência, estará

se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício de desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal³⁰.

Por ser plenamente adequada à espécie, tornamos a mencionar a lição da professora Odete Medauar, “*retro*” transcrita, de que certos princípios do sistema lhe dão sentido mediante uma dupla perspectiva. Na seara do sistema jurídico-administrativo, este princípio se manifesta *positivamente* ao privilegiar a sua unicidade e homogeneidade, quando inspira o administrador a atuar em sua conformidade, e o legislador a editar normas em sua estrita consonância. Manifesta-se através de uma perspectiva *negativa*, porém, quando enseja a exclusão de um ato ou norma dissonante do sentido que imprime ao sistema, o da incessante busca pela satisfação dos propósitos públicos.

O princípio da prevalência do interesse público sobre o particular ainda traz variadas conseqüências práticas sobre a atuação da Administração Pública perante os particulares. O regime jurídico imposto por este princípio garante à Administração a possibilidade, na forma da lei, de intervir no domínio particular de forma unilateral, inclusive criando obrigações em face dos administrados. Além disso, cria em favor do ente administrativo certas prerrogativas verdadeiramente exorbitantes do direito comum. No regime de direito privado, por exemplo, não se concebe da possibilidade de imposição de obrigação à parte contrária em face de um ato unilateral, hipótese absolutamente comum no âmbito do Direito Administrativo.

Os atos administrativos gozam de *presunção de veracidade*; vale dizer, as informações e fatos descritos pela Administração se presumem verdadeiros, recaindo o ônus da prova em contrário sobre o particular. De mesmo modo, os atos praticados pela autoridade administrativa de presumem legítimos – *presunção de legitimidade* –, o que implica em dizer que, até ulterior prova de eventual ilegalidade, há de se entender que os atos administrativos foram produzidos em conformidade com a lei.

Em decorrência disso, tendo em vista que os atos administrativos são presumivelmente legítimos e fundados em circunstâncias verídicas, estes também se revestem, via de regra, da característica da *imperatividade*. Di Pietro descreve esta como “o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros,

³⁰ Ibidem, p. 70.

independentemente de sua concordância”. Ressalva, contudo, que “a imperatividade não existe em todos os atos administrativos, mas apenas naqueles que impõem obrigações; quando se trata de ato que confere direitos solicitados pelo administrado (como na licença, autorização, permissão, admissão) ou de ato apenas enunciativo (certidão, atestado, parecer), este atributo não inexistente”.³¹

Por fim, ainda é pertinente citar a característica da *auto-executoriedade*. Uma vez estabelecido que o ato é presumivelmente lícito e regular, também o é executável, mediante os meios coercitivos da própria Administração Pública, independentemente de prévia autorização jurisdicional. Nesse sentido, Di Pietro ainda faz menção à uma dupla perspectiva deste atributo, ecoando os ensinamentos da doutrina francesa:

(...) alguns autores o desdobram em dois: a exigibilidade, que corresponde ao privilège du préalable, pelo qual a Administração toma decisões executórias criando obrigação para o particular sem necessitar ir preliminarmente a juízo; e a executoriedade, que corresponde ao privilège d’action d’office (privilégio da ação de ofício), que permite à Administração executar diretamente a sua decisão pelo uso da força³².

De qualquer modo, o importante é observar que o ato expedido pelo agente administrativo possui eficácia imediata, seja pela *exigibilidade* (na hipótese da criação de uma obrigação), seja pela *executoriedade* (pela possibilidade de execução das medidas de ofício). O recurso ao Judiciário restará ao administrado que porventura se sentir lesado pelo ato da Administração, sobre o qual recairá, contudo, o ônus de provar a ilegalidade na atuação administrativa.

Importa salientar, entretanto, que a auto-executoriedade nem sempre será atributo presente no ato administrativo; esta característica somente poderá existir em duas hipóteses: a) quando expressamente autorizada pelo texto legal (sendo que a maioria das hipóteses existentes nesse sentido se encontram no âmbito dos contratos e da polícia administrativa); e, b) quando a providência for urgente, e, não havendo outra medida adequada à espécie, a sua não realização imediata importe em perecimento ou injustificável prejuízo para o interesse público.

1.2.5.2 O Princípio da Legalidade

³¹ Ibidem, p. 193.

Este princípio é corolário fundamental do Estado de Direito, pois se caracteriza pela vinculação de toda a atividade estatal – e por conseguinte, da Administração Pública – aos moldes previamente estabelecidos em lei.

A origem da concepção de vinculação à legalidade remonta à Inglaterra da Idade Média, quando por imposição da aristocracia local o monarca João Sem-Terra fora obrigado a aderir aos dispositivos entabulados na Magna Carta. Preocupados com o autoritarismo e a imprevisibilidade da conduta do rei na disciplina tributária, a nobreza da época incluiu na redação daquele Diploma a cláusula do “*no taxation without representation*”, que nada mais significava que a cobrança de tributos ficaria condicionada à prévia estipulação legal, aprovada mediante a deliberação dos representantes constituídos por aqueles que ficariam submetidos à taxação.

Não obstante a sua abrangência tenha sido exponencialmente expandida até o advento do Estado Democrático de Direito – pois agora, muito além do poder de tributar, esta diretriz condiciona toda a atividade estatal –, fato é que o conteúdo básico deste princípio é muito similar àquele concebido nas suas origens; a atuação do Estado está imediata e inevitavelmente vinculada aos parâmetros previamente capitulados em lei, não podendo de maneira alguma contrariá-los.

Como já mencionado anteriormente, o poder que a sociedade coloca nas mãos do Estado é de tais proporções que somente se justifica na perquirição dos interesses públicos, sendo que qualquer distanciamento destes fulmina o ato praticado de nulidade. Nesse sentido, resta ponderar o que seria *interesse público*, para fins da atuação estatal. Ora, nada mais sensato que relacionar a noção de interesse público com a própria lei, haja vista que, em um Estado Democrático de Direito, esta nada mais é que a própria expressão da vontade popular, mediante a sua aprovação pelos representantes regularmente constituídos pelo povo.

De modo que, de plano, se percebe uma intensa interligação do *princípio da legalidade* com o da *prevalência do interesse público sobre o particular*; o interesse

³² Ibidem, p. 194.

coletivo somente se impõe sobre o individual porque é legalmente reconhecido naquela qualidade.

Isto posto, há que se ponderar sobre o verdadeiro âmbito de eficácia deste princípio sobre a atividade da Administração Pública. É inequívoco que sempre que esta desempenha alguma atividade, o faz expressando a vontade da Pessoa Jurídica de Direito Público-Estado. Como já dito anteriormente, esta “vontade do Estado” – a sua própria razão de existir –, reside na satisfação dos interesses públicos, objetivados em lei pela atuação do legislador. Destarte, fica fácil concluir que *toda a atuação da Administração Pública, enquanto expressão da vontade do Estado, há necessariamente que decorrer de previsão legal*. Em outras palavras, é possível dizer com segurança que, em um Estado Democrático de Direito, inexistem atuação administrativa fora do âmbito expressamente permitido em lei.

Nem poderia ser diferente, pois a própria locução *Estado de Direito* pressupõe a contraposição à irresponsabilidade do Príncipe, característica do antigo regime; significa um Estado responsável, cuja atuação é plenamente previsível pela prévia estipulação legal. São conseqüências imediatas da diretriz da legalidade, portanto, a *previsibilidade* da atuação estatal e a *segurança jurídica* proporcionada pela vinculação legislativa. Vale dizer, em um Estado de Direito, os administrados se revestem na segurança de que a atuação estatal se pautará pelo respeito ao ordenamento legal vigente, e que diante de eventuais desvios e desrespeitos à legalidade, poderão sempre recorrer ao Poder Judiciário – órgão autônomo e independente –, com o objetivo de nulificar a conduta desviante.

O sentido do *princípio da legalidade* é bem mais amplo do que aparenta a princípio; não significa tão somente que a Administração somente poderá atuar em conformidade aos preceitos legais, mas também, que sempre que a lei lhe prescrever uma conduta, esta deverá obrigatoriamente ser cumprida. Nesse diapasão, verificamos que a lei, ao mesmo passo em que outorga poderes para a Administração perquirir os interesses públicos, lhe incumbe do dever de fazê-lo, inclusive sob pena de responsabilização do agente omissor. É o que a doutrina convencionou a chamar de “poder-dever” da Administração Pública, que na acepção de Celso Antônio Bandeira de Mello se caracteriza, em verdade, de um “dever-poder”, “pois nisto se ressalta sua

índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”³³.

Desse duplo aspecto da vinculação da atuação da Administração ao preceituado em lei – um sentido *negativo*, de não fazer o que a lei não permite, e um *positivo*, de fazer o que a lei determina –, extraímos que, por serem muito mais intensas, as próprias feições deste princípio no sistema jurídico-administrativo também se distinguem daquelas concernentes ao regime de direito comum. No regime de direito privado, os agentes particulares têm liberdade para estabelecer e dispor livremente de seus interesses, bem como para atuar da forma que melhor lhes convir, desde que dentro dos limites legais (haja vista o preceito do art. 5º, II, CF, pelo qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*). Nesse sentido, sempre pertinente a lição do mestre Hely Lopes Meirelles, que ensina que

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’³⁴.

De tudo isso, se infere que a própria missão da Administração Pública se resume a dar cumprimento à lei da melhor forma possível, com vistas para a consecução dos fins do Estado, que dizem respeito ao atendimento dos interesses públicos. Nenhuma frase captou tão bem o sentido da atuação da Administração Pública no Estado de Direito, que aquela da lavra de Seabra Fagundes, ecoada na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Administrar é ‘aplicar a lei, de ofício’”³⁵.

1.2.5.3 O Princípio da Impessoalidade

³³ Ibidem, p. 30.

³⁴ Ibidem, p. 82.

³⁵ Ibidem, p. 34.

Esta é uma daquelas diretrizes de Direito Administrativo expressamente encartadas no texto constitucional, estando disposta a obrigatoriedade de sua observância no “*caput*” do artigo 37 da Carta Magna.

Em que pese a relevância que o legislador constituinte pareceu dar a este princípio, a ponto de fazê-lo constar expressamente da Constituição Federal, podemos identificar um aparente debate no meio doutrinário nacional a respeito das suas efetivas implicações diante do regime jurídico-administrativo.

José Afonso da Silva entende que a manifestação da impessoalidade em nosso ordenamento administrativo se dá na relação “agente administrativo-Administração Pública”; vale dizer, entende o eminente professor que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal”³⁶. Da Silva fundamenta a sua convicção em uma análise lógico-sistemática do referido artigo, pois o seu §1º versa acerca da proibição da utilização de nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos junto a obras e serviços públicos, entre outros.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, entende que a *impessoalidade* se manifesta no sentido da isonomia entre os administrados, ou seja, na relação entre estes e a Administração Pública. Ao seu ver,

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o princípio da igualdade ou isonomia³⁷.

Uma terceira concepção é a defendida por Hely Lopes Meirelles, para quem a impessoalidade nada mais é senão a acepção constitucional do *princípio da finalidade*. O eminente professor se fundamenta no fato de que é defeso à Administração praticar qualquer ato com propósito diverso que a satisfação do interesse público. Exclui, portanto, a possibilidade da Administração atuar em defesa de quaisquer interesses

³⁶ IN: Di Pietro, *Ibidem*, p. 71.

particulares (individuais ou de determinados segmentos), pois a vontade da lei é tão só a do atendimento dos interesses e necessidades eminentemente públicas. Complementa que:

Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos (...) O que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade³⁸.

À primeira vista, nos parece que a perspectiva de Hely Lopes Meirelles traz contida a idéia de Bandeira de Mello; não só é defeso à Administração agir em privilégio ou em desfavor de determinado administrado, mas também é proibida qualquer atuação que não seja aquela correlacionada à vontade da lei.

De qualquer modo, não vislumbramos a necessidade de nos filarmos a uma corrente específica; como já largamente articulado anteriormente, e invocando novamente a lição de Paulo de Barros Carvalho, uma dos aspectos mais característicos da figura jurídica “princípio”, sobretudo quando esta traz consigo uma carga valorativa, é o da inexauribilidade do seu imperativo moral em relação à norma que o insere no sistema. Vale dizer, o valor transcende ao objeto que o comporta, tornando-se abstrato, não tomando forma específica. De modo que a *impessoalidade da Administração Pública* pode facilmente tomar qualquer dos aspectos dantes enunciados, e tantos outros quantos se fizerem necessários – conforme a hipótese – para a preservação do valor a que corresponde.

Parece-nos relevante, enfim, mencionar a ponderação de Odete Medauar, que estipulou o seguinte raciocínio, após efetuar semelhante enumeração:

Os aspectos apontados acima representam ângulos diversos do intuito essencial de impedir que fatores pessoais, subjetivos sejam os verdadeiros móveis e fins das atividades administrativas. Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa a obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a idéia de que os poderes atribuídos

³⁷ Ibidem, p. 68.

³⁸ Ibidem, p. 86.

finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais³⁹.

1.2.5.4. O Princípio da Razoabilidade

Muito embora as conseqüências do *princípio da razoabilidade* sejam reconhecidas de forma praticamente unânime na doutrina, ainda encontramos certa divergência no que pertine à sua efetiva conceituação. Odete Medauar lembra que alguns dos pensadores nacionais ainda distinguem a *razoabilidade* da noção de *proporcionalidade*, como se cada uma delas correspondesse a um princípio específico. Àquela, explica a eminente professora, “atribuem o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido da adequação entre meios e fins. À proporcionalidade, associam um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo nas restritivas ou sancionadoras”⁴⁰. Apóiam-se os doutos que estabelecem essa sorte de distinção na doutrina alienígena; o direito comunitário europeu elegeu expressamente a filiação ao princípio da proporcionalidade, ao passo em que os ordenamentos norte-americano e argentino se referem à razoabilidade.

Em verdade, parece-nos dispensável estabelecer distinção entre um princípio ou outro, haja vista que tanto os conteúdos da razoabilidade e proporcionalidade, como seus âmbitos de abrangência e efeitos são praticamente os mesmos. Diferenciariam-se tão somente à medida em que o primeiro diria respeito a um aspecto qualitativo do juízo do agente público, enquanto o segundo se referiria a um aspecto quantitativo. Tratam-se, pois, de duas faces de uma mesma moeda, pelo que se admite sua denominação tão somente como *princípio da razoabilidade*, haja vista ser esta a acepção mais abrangente.

Este princípio nada mais é que verdadeira conseqüência do *princípio da finalidade pública*; enuncia que as decisões discricionárias dos agentes públicos não se vinculam tão somente aos limites impostos em lei, mas também a um imperativo de bom senso, de razoabilidade. Segundo as palavras de Gordillo, ecoadas na obra de Di

³⁹ Ibidem, p. 147.

⁴⁰ Ibidem, p. 152.

Pietro, “a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’”⁴¹. Significa, pois, manifestação do princípio da finalidade, especificamente sobre a produção de atos discricionários, caracterizando mais uma limitação à livre atuação do agente público. Mesmo que diante de uma competência discricionária, este não poderá adotar solução que não a mais condizente à satisfação dos interesses públicos, ponderados, para tanto, os motivos que deram origem ao ato e os efeitos que seriam os mais adequados ao atendimento da hipótese concreta, tudo isso tendo em conta os critérios de razoabilidade geral.

O princípio da razoabilidade estabelece uma verdadeira relação de dependência entre os motivos que deram ensejo ao ato administrativo, o seu mérito – leia-se, a sua conveniência e oportunidade –, e a sua finalidade. De modo que, de acordo com o preceito da razoabilidade, a solução a ser tomada pelo agente público dotado de competência discricionária, diante de uma hipótese concreta, há de ser aquela mais adequada dentre as possibilidades legais, tendo como fito último o atendimento do interesse público. Muitas vezes a conjuntura fática que dá ensejo à edição do ato já aponta ao administrador o caminho *mais razoável* a ser seguido, e as conseqüências *proporcionalmente* mais adequadas aos respectivos motivos. Destarte, a razoabilidade consiste em mais um elemento de vinculação a que o administrador deve se ater quando no exercício de competência discricionária, sendo certo que eventual desrespeito a este princípio está sujeito, inclusive, ao controle jurisdicional. Esta é a conclusão de Di Pietro: “Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado os limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade”⁴².

1.2.5.5. O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

Como já referido anteriormente, entendemos este princípio como implícito na própria idéia de *legalidade*. Toda a atuação da Administração Pública está adstrita à

⁴¹ Ibidem, p. 80.

⁴² Ibidem, p. 81.

realização do interesse público, que justifica a própria razão de ser do Estado, e legitima todas as prerrogativas de que dispõe na interação perante os administrados.

Outrossim, também já restou mencionado anteriormente, com esteio nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que a titularidade dos interesses públicos pertence ao Estado – noção que se difere de Administração Pública –, e que determinado interesse somente se eleva a essa categoria mediante prévia elaboração legislativa. Daí já extraímos uma primeira acepção da *indisponibilidade*; como a Administração Pública não figura como titular dos interesses públicos, mas sim como sua mera executora, jamais poderá deles dispor. Nesse sentido, a eventual disposição de um interesse público somente seria concebível mediante alteração legislativa.

Entretanto, nem se precisaria ir tão longe para se apreender o sentido da indisponibilidade. Por força de tudo o que foi dito acerca do *princípio da legalidade*, é inegável que a Administração Pública se encontra adstrita ao estrito cumprimento dos imperativos legais. Podemos observar, portanto, que sempre que a lei estipular um dever para a Administração Pública, esta não poderá se furtar ao seu cumprimento, sob pena de incursão em verdadeiro arrepio da legalidade.

O exercício das competências que a lei incumbe à Administração Pública jamais poderá ser tomado como uma mera *faculdade* do administrador, mas sim como uma verdadeira obrigação. Primeiramente, porque quando a lei determina que o administrador *deve* agir de determinada maneira, a sua omissão significa afronta à legalidade; em segundo lugar, porque quando cometida uma determinada competência no texto legal, o seu efetivo desempenho passa a ser de interesse público, sendo que eventual omissão na sua realização implicaria também em desrespeito à finalidade pública da lei.

1.2.5.6. O Princípio da Segurança Jurídica

A idéia de segurança sempre esteve presente como fundamento de legitimidade do poder. Para tal explicitação, não é necessário tecer longas digressões; à época da Idade Média, o poder dos senhores feudais sobre os seus servos se legitimava a partir de dois aspectos essenciais: o provimento de terra para que estes pudessem

providenciar o seu sustento, e o de segurança, contra as constantes invasões de povos inimigos, àquele tempo tidos como “bárbaros”. O ideal de segurança também servia como fundamento essencial do poder dos Estados absolutistas europeus; àquele momento, com arrimo na doutrina de Thomas Hobbes, se partia da idéia de que o “Estado de Natureza” – ou a ausência de um poder central regulamentador da sociedade –, o estado pelo qual todos os indivíduos gozariam de sua liberdade em sua acepção plena, correspondia a um estado de barbárie, de violência, de insegurança. Em razão disso é que os homens teriam se unido diante de um “contrato social”, pelo qual cederiam uma porção de sua liberdade em prol de conceder poderes a um Príncipe, o Estado, que em troca os exerceria no sentido de lhes garantir a paz, a ordem e a segurança.

O ideal de *segurança jurídica*, porém, surgiu no momento em que se observou que, enquanto detentor de poderes absolutos, ao Príncipe ficava facultado agir consoante o seu bem entender, e tomar quaisquer atitudes que lhe conviessem. Isso gerava um clima de incerteza e insegurança sobre os súditos, que ficavam incapazes de prever quando a sua esfera de direitos resultaria prejudicada por alguma atitude do Poder Público. Em busca dessa previsibilidade é que, progressivamente, a sociedade passou a impor uma série de restrições à atuação estatal, cada vez mais condicionando o seu exercício à prévia autorização legal. Nesse momento, o ideal de segurança deixou de ter somente aquela acepção de segurança pública “*retro*” mencionada, mas também passou a significar *segurança da ordem jurídica*. Vale dizer, ao Estado passou a ser proibido interferir de forma arbitrária na ordem jurídica, bem como proceder despoticamente em prejuízo da esfera jurídica e das liberdades do súdito.

De modo que a idéia de *segurança jurídica* passou a significar verdadeiro corolário do Estado de Direito, figura estatal pela qual toda a atividade pública fica condicionada à prévia autorização legislativa, e que, portanto, inspira nos cidadãos um verdadeiro clima de previsibilidade da forma de sua atuação, lhes cometendo a garantia de respeito aos seus direitos e liberdades individuais.

O preceito em comento, muito mais que um simples orientador do regime jurídico-administrativo, se caracteriza como verdadeiro princípio geral do direito.

Intimamente relacionado com a legalidade, se refere ao clima de estabilidade jurídica a que todos aqueles que se submetem a determinada ordem jurídica dela esperam; em sentido amplo, traz um conteúdo de estabilização dos conflitos sociais, pois ao trazer previsibilidade sobre a forma como estes porventura seriam resolvidos, inibe o surgimento de controvérsias no meio social.

No âmbito do Direito Administrativo, verificamos ser este enunciado de fundamental importância. Como antes mencionado, a lei é a expressão da vontade popular, e sendo a própria existência do Estado legitimada pela satisfação dos interesses da coletividade, toda a atuação administrativa será pautada pela prévia autorização legislativa. Em outras palavras, a própria vinculação da atuação estatal à estrita conformidade da lei já traz implícita a idéia de segurança jurídica; a lei garante ao administrado a previsibilidade da forma e dos limites de ação da Administração Pública, forma esta que jamais poderá ser extrapolada, pena de violação da legalidade.

Outras conseqüências do princípio a segurança jurídica se refletem no respeito que deve a Administração Pública aos direitos adquiridos dos administrados. Maria Sylvia Di Pietro menciona a freqüente ocorrência, no âmbito da Administração Pública, de mudanças de interpretação em relação a algumas normas legais, e que têm como decorrência a alteração das orientações normativas para a atuação frente a determinadas relações perante os administrados. Muito embora para a eminente professora estas alterações sejam inevitáveis, pois conseqüência do próprio processo de desenvolvimento do Direito, entende que, em respeito aos direitos adquiridos dos administrados, jamais essas alterações interpretativas poderão retroagir para atingir atos pretéritos. “Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação”. Salienta, ainda, “que não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo”⁴³.

De modo que a alteração das interpretações legislativas, ou mesmo a redefinição dos critérios de conveniência e oportunidade dos atos administrativos,

⁴³ *Ibidem*, p. 85.

jamais poderão atingir atos pretéritos. Mais, caso em função do interesse público ou das contingencialidades do caso concreto seja inevitável a interferência dessa redefinição do panorama jurídico sobre a esfera jurídica individual – enquanto abarcada pelo direito adquirido –, certo que surgirá em favor do administrado o direito à reparação, pela Administração, dos prejuízos experimentados.

No entanto, Di Pietro ainda opõe uma ressalva a este entendimento, afirmando que o *princípio da segurança jurídica* jamais pode ser oposto para impedir a Administração Pública de anular atos praticados em ofensa à legalidade, pois entende que atos ilícitos não têm o condão de gerar direitos. Nesse mesmo sentido é que dispõe a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal:

A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

De outro lado, contudo, se contrapõe à perspectiva da eminente doutrinadora a inteligência de Hely Lopes Meirelles, para quem, especialmente naquelas situações em que se verifica o decurso de largo lapso temporal, há que se reconhecer o surgimento de direitos para os administrados, mesmo que oriundos de ato administrativo nulo. Nesse sentido, privilegia-se sobre o princípio da legalidade o *da segurança jurídica*, em companhia dos da boa-fé e da confiança do administrado nos atos da Administração. Em fundamento à sua tese, Meirelles colaciona a lição do professor Almiro do Couto e Silva, para quem,

No Direito Público, não constitui uma excrescência ou uma aberração admitir-se a sanatória ou o convalhecimento do ato nulo. Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior que preservar o *status quo*. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, como imposição da justiça material. Pode-se dizer que esta é a solução que tem sido dada em todo mundo, com pequenas modificações de país para país⁴⁴.

⁴⁴ Ibidem, p. 91.

Diante desse entendimento, somos forçados a compactuar com a perspectiva de Lopes Meirelles e Couto e Silva, posto que admitir a invalidação de um ato administrativo, muito tempo após a sua edição, e em flagrante prejuízo da confiança que, de boa-fé, os administrados depositavam em uma situação já consolidada no tempo, significaria atentar diretamente contra a estabilidade das relações jurídicas, e a previsibilidade da atuação estatal. Note-se, nesse diapasão, que o próprio E. Supremo Tribunal Federal já tem decidido nesse sentido, conforme o acórdão da lavra do eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Depreende-se, pois, que a questão da possibilidade de se conceder efeitos *ex nunc* para a declaração de nulidade de atos administrativos, segundo a doutrina citada, já está ultrapassada, dando lugar ao questionamento sobre a própria desconstituição do ato em si e, não simplesmente aos seus efeitos. Situações haveria nas quais os princípios da legalidade e da segurança jurídica colidiriam, fazendo-se mister uma opção por parte do aplicador do direito ou, o tanto quanto fosse possível, uma tentativa de conciliação, com condicionamento parcial para cada um dos postulados. Em outras palavras, a aplicação do princípio da concordância prática que fala J. J. Gomes Canotilho. A propósito, o constitucionalista português assevera ser uma das manifestações dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança a "tendencial irrevogabilidade dos actos administrativos constitutivos de direito" (Direito Constitucional, p. 377, 5ª ed., 1992, Almedina). Repita-se: mais do que a simples garantia de intocabilidade dos efeitos já produzidos pelos atos inquinados de ilegais, a moderna doutrina europeia tem se inclinado a prestigiar fórmulas preclusivas do poder de autotutela da Administração, em homenagem à boa-fé dos administrados e à segurança jurídica⁴⁵.

1.2.5.7. Outros Princípios da Administração Pública

Muitos outros princípios ainda funcionam como fatores de orientação do sistema jurídico-administrativo. Entretanto, para os fins deste trabalho não se fazem necessários maiores prolongamentos a esse respeito, razão pela qual nos limitaremos a tecer breves considerações acerca dos mesmos. Primeiramente, cumpre dizer que o menor espaço ora dedicado à análise desses preceitos não significa que gozem de menor grau de importância para o sistema; a verdade é que, como extensamente aventado "*supra*", todos os elementos da base principiológica que fundamenta o sistema jurídico-administrativo são de imprescindível relevância para a sua

⁴⁵ RE nº 108.182-1/SP.

compreensão. Entendemos, contudo, que para os fins a que se destina este trabalho, não se faz necessário tecer comentários muito mais aprofundados acerca dos princípios a seguir enumerados.

O primeiro destes princípios a ser colocado em foco é o *Princípio da Moralidade*. Muito embora este seja um dos princípios que constam de redação expressa na Constituição Federal, mais precisamente do “*caput*” do artigo 37, trata-se nada mais que uma faceta da aplicação de todos princípios supra enumerados, tais como o da legalidade, da finalidade, da impessoalidade e da razoabilidade. Como já mencionado, todos os elementos da base principiológica do sistema jurídico-administrativo se encontram intimamente interligados, dando o verdadeiro sentido que deverá tomar a conduta do administrador público no exercício de sua competência. A moralidade administrativa, por sua vez, diz respeito exatamente ao efetivo respeito que o agente público deve a estes preceitos. São pressupostos fundamentais da atuação proba e moral do administrador público a estrita obediência à ordem legal, à finalidade pública circunscrita na norma, ao interesse público concreto, à impessoalidade e à razoabilidade.

De modo que a *imoralidade* na conduta do administrador pode ser tida como um desvio de conduta que, por um motivo qualquer, infrinja algum dos preceitos fundamentais do sistema jurídico-administrativo, tais como o abuso de poder, o locupletamento ilícito, a utilização do aparelho da Administração para consecução de fins particulares, etc. A moralidade ainda se manifesta como um desdobramento dos princípios da *lealdade* e *boa-fé*, na forma esplendidamente descrita por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.⁴⁶

O *Princípio da Motivação*, por sua vez, se qualifica como pressuposto fundamental para a viabilização do controle de legalidade dos atos da Administração Pública. A motivação declinada pelo agente público será a justificativa para a edição

⁴⁶ *Ibidem*, p. 69.

do ato, e esta será passível de apreciação tanto pela própria Administração Pública como pelo Judiciário (no que toca à porção vinculada do ato editado). Muito embora este princípio não conste expressamente do texto do artigo 37 da Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência hodiernas são absolutamente majoritárias no sentido de que, em vista de que se possa aferir a observância de todos os demais preceitos orientadores do regime jurídico-administrativo, a motivação caracteriza elemento inafastável dos atos administrativos, sempre que se fizer necessária para o seu controle por órgãos superiores ou até mesmo judiciários, e, especialmente, quando o ato for capaz de influenciar ou interferir em direitos ou interesses de particulares.

O *Princípio da Hierarquia* diz respeito à estruturação dos órgãos da Administração Pública, sendo que estes se encontram relacionados mediante vínculos de coordenação e subordinação. Em todo o aparato estatal, somente encontramos esta disposição hierárquica entre os órgãos pertencentes à função administrativa, sendo que o mesmo inexistente no que tange às funções judiciárias ou legislativas, cujos órgãos são absolutamente independentes entre si. A disposição hierárquica dos órgãos da Administração permite que os superiores exerçam a delegação ou avocação de competências (quando autorizado em lei), e o controle dos atos editados pelos subordinados, dentre outras prerrogativas.

O *Princípio da Autotutela* preceitua que, ressalvada a específica e restrita hipótese articulada na seção anterior, a Administração Pública sempre poderá exercer o controle sobre os atos que pratica, em razão de sua conveniência, oportunidade e legalidade, sem que para tanto precise se socorrer do Poder Judiciário.

Por sua vez, o *Princípio da Continuidade do Serviço Público* também se caracteriza por desdobramento direto do princípio da finalidade. Significa que, tendo em vista que as atribuições da Administração Pública residem no atendimento aos interesses coletivos, eventual interrupção na prestação de um determinado serviço público – ao qual a lei designou a missão de satisfazer uma necessidade pública – importaria em omissão violadora da finalidade da lei. Conforme assinala Di Pietro⁴⁷, o princípio da continuidade traz uma série de conseqüências no âmbito do serviço

⁴⁷ Ibidem, p. 74.

público, tais como a proibição – mesmo que relativa – da greve de servidores públicos; a necessidade de cargos de suplência para preenchimento de funções temporariamente vagas; a vedação – também relativa – da invocação da exceção de contrato não cumprido para aqueles que contratam perante a Administração Pública; a reversão dos bens das concessionárias de serviços públicos ao final da concessão; entre outras.

Outro pressuposto fundamental do regime jurídico-administrativo é aquele concernente à *publicidade* dos atos da Administração Pública. Ora, tendo em vista que a própria razão de existir do Estado se confunde com a satisfação dos interesses coletivos, também é de interesse público que todos os atos praticados pela Administração sejam de conhecimento geral. Isto não só com o objetivo de que os administrados tenham ciência dos atos do Poder Público, mas também, para que a própria sociedade seja capaz de exercer o controle sobre os atos praticados pelos seus administradores. As únicas hipóteses em que se admite exceção à regra da publicidade são aquelas admitidas expressamente no texto constitucional, tais como na hipótese de proteção à intimidade da pessoa – por força do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pedra fundamental da República –, ou na de salvaguarda do interesse coletivo, como quando em jogo a segurança pública.

O *Princípio da Eficiência* também figura entre aqueles preceitos expressamente contidos no texto constitucional, tendo sido inserido no “*caput*” do artigo 37 a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98. Traz inequivocamente um conteúdo teleológico, pois se entende como eficiente um serviço satisfatório, célere e de qualidade. Igualmente se refere ao princípio da finalidade, haja vista que diz respeito à qualificação dos resultados dos serviços prestados pela Administração Pública.

Cumprido ressaltar, entretanto, que a busca pela eficiência na prestação de serviços pela Administração Pública jamais poderá importar em mitigação da influência dos demais princípios sobre os atos dos administradores. Como já anteriormente referido, todas as sujeições e barreiras pelas quais a atuação da Administração deve passar existem no sentido da preservação do interesse coletivo, do patrimônio público e da moralidade administrativa. Assim sendo, por certo que estes valores jamais poderão ser sacrificados em prol de uma pretensa potencialização da

eficiência da atividade administrativa. Nesse sentido é o magistério de Di Pietro, para quem “a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”⁴⁸.

⁴⁸ Ibidem, p. 84.

CAPÍTULO II

O PODER DE POLÍCIA

2.1. As atividades da Administração Pública. 2.2. O poder de polícia e a polícia administrativa. 2.3. Natureza do poder de polícia. 2.4. Características. 2.5. Limites.

2.1. AS ATIVIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A função fundamental da organização estatal, consoante o entendimento da teoria clássica do Estado, seria a de promover a ordem pública e a segurança dos indivíduos. Tanto que, as teorias prevaletentes entre os filósofos contratualistas aventavam à barbárie de um prévio e hipotético Estado de Natureza, e à renúncia, pelos homens, de uma porção de suas liberdades individuais em favor da concessão de poderes a um Príncipe, que então ficaria encarregado de zelar pela segurança de seus súditos.

Com o desenvolvimento da teoria do Estado, porém, observa-se uma crescente diversificação das atividades administrativas. No Estado Liberal, somente se admitia a intervenção do Poder Público na sociedade civil para fins de garantia da ordem pública, como por exemplo, para fins de zelar para que o exercício das liberdades individuais, por determinado particular, não adquirisse conotação abusiva, a ponto de poder vir a prejudicar a esfera jurídica de terceiros.

Advindo o Estado de Bem-Estar Social, de característica eminentemente intervencionista, é que se foi verificando um acentuado incremento da atividade administrativa do Estado; muito além daquela feição inicial, no sentido da mera salvaguarda da ordem pública, este também passou a incorporar uma extensa diversidade de novas atribuições. A satisfação do interesse público deixou de residir tão somente na manutenção da ordem pública, passando a congregar os ideais de promoção da igualdade material e da justiça social.

A Administração Pública deixou de impor perante os administrados tão somente aquelas meras obrigações de não fazer (típicas da função de manutenção da ordem pública), tendo passado a assumir, também, posturas positivas perante a

sociedade civil: seja através de estímulos a determinadas atividades privadas (atividade de fomento); da assunção da titularidade de certas atividades, incorporando-as como serviços públicos; ou, ainda, através da própria polícia administrativa, mediante intervenções mais profundas sobre as liberdades individuais e a propriedade privada. Cumpre tecer rápida distinção entre as referidas modalidades de atuação administrativa, pelo que para tanto é pertinente invocar a lição de Fernando Andrade de Oliveira:

No cumprimento de suas específicas finalidades, de prevenir e reprimir ações nocivas ao bem coletivo, a polícia administrativa atua coercitivamente sobre as pessoas, exercendo uma parcela de poder público. No que se distingue das demais modalidades da ação administrativa do Estado, a saber, o *fomento* e o *serviço público*, pelas quais o bem comum é alcançado mediante vantagens concedidas às pessoas destinatárias⁴⁹.

Versando o tema do presente estudo sobre as intervenções do Estado sobre a propriedade, é que por hora nos interessa analisar tão somente as injunções derivadas do exercício do poder de polícia, o que passaremos a fazer em seqüência.

2.2. O PODER DE POLÍCIA E A POLÍCIA ADMINISTRATIVA

Muito se poderia falar acerca do tema em epígrafe, pelo que, para efeitos do presente trabalho, não nos estenderemos em profundas discussões acerca de alguns dos acirrados debates que sobre ele têm sido travados no meio doutrinário. A título de exemplo, podemos mencionar que estudiosos de renome como Gordillo e Adolfo Merkl têm questionado a própria admissibilidade dos conceitos *poder de polícia* e *polícia administrativa*. Polêmicas à parte, fato é que deles nos serviremos para o desenvolvimento de nosso raciocínio, até porque são de utilização corrente na doutrina e jurisprudência pátrias.

Pressuposto fundamental para a compreensão da idéia de poder de polícia é a noção conceitual de *direito institucionalizado*. Em sentido amplo e absoluto, os ideais de liberdade e propriedade nada mais são que conceitos indefinidos, de conteúdo meramente ideológico. Com efeito, só é possível dizer que estes adquirem força

⁴⁹RTDP 29, p. 92.

normativa perante uma dada sociedade quando devidamente institucionalizados, vale dizer, quando incorporados na ordem jurídica vigente.

Nesse sentido, como não poderia deixar de ser, à medida em que esses ideários vão sendo incorporados à ordem jurídica na qualidade de direitos, vão sendo conformados com outros interesses igualmente relevantes para aquela sociedade. De forma magistral, Fernando Andrade de Oliveira descreve esse processo:

É natural nos seres vivos a reação contra tudo que lhes tolha a liberdade dos movimentos tendentes ao provimento da subsistência e à reprodução. É igualmente inata no homem a vontade de ser livre e de se apropriar dos bens que atendam suas necessidades e ambições. Mas essa vontade humana tem sido contida, primitivamente pelos elementos da natureza e pelas forças superiores de seus competidores, depois pelos costumes sociais e, no Estado, pelo Direito, no processo de compatibilização dos interesses individuais com os da sociedade, ou seja, com os interesses públicos⁵⁰.

Destarte, desde logo se observa que da adequação dos direitos em uma ordem jurídica resulta um condicionamento daquele conteúdo da liberdade e propriedade, outrora absoluto, ao sentido impresso no ordenamento; dessa forma, no momento em que institucionaliza determinado direito na ordem jurídica, a lei efetivamente delimita o seu conteúdo perante o sistema, ou, em outras palavras, lhe dá os seus limites e extensão. Essa é a conclusão a que chega Oliveira, após avaliar a lição de Guido Zanobini:

(...) como pondera Guido Zanobini, “a idéia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado. Função inerente à garantia jurídica é a tutela de um interesse com o precípua escopo de assegurar a sua satisfação enquanto compatível com os interesses de outros sujeitos, que também devam ser reconhecidos e tutelados”. Para que um direito subjetivo possa ser cabalmente protegido, é preciso que seja previamente definido e, assim, conhecido em toda a sua extensão. A definição de um direito, por sua vez, logicamente, importa a sua limitação, na medida justa para coexistir com outros direitos, no mesmo sentido, limitados. E todos ainda suportando os condicionamentos ditados pela exigência de cumprimento dos fins públicos⁵¹.

Vale dizer, em termos absolutos, a idéia de *propriedade* tem conotação abstrata, tomando sentidos diversos conforme a perspectiva ideológica pela qual se lhe analisa. Por outro lado, em face do direito brasileiro, a expressão *direito de*

⁵⁰ Ibidem, p. 88.

⁵¹ Ibidem, p. 88/89.

propriedade adquire contornos determinados, sendo certo afirmar que confere ao titular da “*res*” as faculdades de usá-la, de gozá-la, de fruí-la, de dispô-la e de reivindicá-la, tendo o seu exercício, contudo, condicionado ao respeito ao patrimônio alheio, ao interesse público e à função social da propriedade. Fernando Andrade de Oliveira bem demonstra a idéia de limites ao direito de propriedade, recorrendo às lições de Renato Alessi:

Essas considerações são aplicadas à propriedade privada: os limites impostos apenas definem o direito. “Consistem na inibição do exercício de uma ou mais faculdades abstratamente compreendidas no direito de propriedade, importando para o proprietário deveres negativos de abstenção”. Como faz a maioria dos juristas, Alessi atribui à atividade administrativa de *polícia* a efetiva e concreta aplicação dos limites à liberdade e à propriedade individuais⁵².

A esse respeito, arrematamos com a conclusão de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade e direito de propriedade*. Estes últimos são as expressões daquelas, porém, tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações *administrativas* ao *direito* de liberdade e ao *direito* de propriedade – é a brilhante observação de Alessi – uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade⁵³.

Em sentido amplo, o poder de polícia do Estado significa justamente a atividade estatal de modelar as categorias jurídicas da liberdade e propriedade, institucionalizando-as no sistema e dando-lhes os seus limites e conteúdo perante o ordenamento jurídico. O exercício do poder de polícia não implica propriamente na limitação dos direitos dos cidadãos, mas sim, na própria definição da substância do direito na acepção do sistema. Fernando Andrade de Oliveira relaciona o entendimento de Garrido Falla, aventando que “o fundamento do poder de polícia tem íntima correlação ‘com as naturais limitações que da vida em sociedade derivam para a liberdade e a propriedade’”⁵⁴. Via de regra, esta atividade é exercida pela via legislativa, pelo que foge à competência da Administração Pública, que atua sempre nos limites da legalidade. Entretanto, é freqüente que a lei fixe competência para a

⁵² Ibidem, p. 89.

⁵³ Ibidem, p. 482.

⁵⁴ Ibidem, p. 81.

Administração executar ou regulamentar certa parcela do poder de polícia, porém sempre dentro dos limites e moldes da legalidade.

O exercício da polícia administrativa, por sua vez, diz respeito a atos próprios da Administração Pública, que em execução às disposições legislativas, conforma o exercício da liberdade e propriedade dos administrados ao interesse público. Não traz inovação à ordem jurídica, os atos praticados a este título nada mais são que execução do disposto em lei. Garrido Falla adverte que “toda atividade administrativa de ingerência na liberdade e na propriedade dos particulares necessita seu fundamento legal formal, é dizer, a existência de uma norma jurídica com a categoria de lei formal que atribua à Administração os poderes necessários para realizar tal ingerência”⁵⁵. Na acepção de Bandeira de Mello, isto se trata de exercício de poder de polícia em sentido estrito. Nesse sentido, oportuno trazer à colação a lição desse mestre, na forma transcrita na obra de Di Pietro, onde se diferencia as categorias do “poder de polícia em sentido amplo”, e da “polícia administrativa”, ou “poder de polícia em sentido estrito”:

1. em sentido amplo, corresponde à ‘atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos’; abrange atos do Legislativo e do Executivo;
2. em sentido restrito, abrange ‘as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças e as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais’; compreende apenas atos do Poder Executivo⁵⁶.

Ainda evocando a obra de Di Pietro, trazemos as formas de atuação do Estado, especificamente para cada uma dessas espécies:

1. atos normativos em geral, a saber: pela lei, criam-se as limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação; disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, resoluções, portarias, instruções;
2. atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de

⁵⁵ IN: Oliveira, *ibidem*, p. 81.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 112.

mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.⁵⁷

À medida em que o exercício das atribuições decorrentes da polícia administrativa implica em intervenções do Poder Público sobre atividades particulares, sempre com o objetivo da preservação do interesse coletivo, é possível dizer que, quando a este título a Administração Pública se relaciona frente aos particulares, o fará munida daquela superioridade jurídica derivada do *princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. Com efeito, este é o fundamento essencial da atividade de polícia administrativa; somente se permite a intervenção da Administração sobre alguma atividade privada caso isso se faça necessário para conformá-la aos interesses coletivos, pois estes prevalecem sobre os particulares.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ecoando os ensinamentos da doutrina italiana, ainda atenta para a existência de duas formas essenciais de submissão do administrado à autoridade administrativa. A primeira, a que chama de *supremacia geral*, corresponde à autoridade exercida “indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império destas leis”⁵⁸. A segunda, denominada de *supremacia específica*, se caracteriza pela autoridade exercida pela Administração em face de um vínculo especial existente perante o particular a ela sujeito, tal como ocorre na hipótese dos contratos administrativos. Somente pertencem ao campo do regime da polícia administrativa as interferências efetivadas com base na supremacia geral, vale dizer, através da específica atividade de execução das leis administrativas.

Por fim, cumpre ainda tecer breve comentário acerca da distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária, que como bem recorda Odete Medauar, tornou-se capítulo clássico nos estudos sobre a polícia administrativa⁵⁹. Ao nosso ver, as distinções mais pertinentes entre as duas categorias dizem respeito ao regime jurídico próprio de cada uma delas. Enquanto a atuação da polícia administrativa se rege pelo direito administrativo, e conforme bem lembrado por Di Pietro⁶⁰, incide sobre bens,

⁵⁷ Ibidem, p. 113.

⁵⁸ Ibidem, p. 486.

⁵⁹ Ibidem, p. 396.

⁶⁰ Ibidem, p. 112.

direitos ou atividades, a da polícia judiciária é regulamentada pelo direito processual penal, e tem as pessoas como o seu objeto precípua.

A doutrina ainda ressalta outra distinção, esta de sentido institucional: enquanto as atribuições de polícia administrativa se distribuem entre diversos órgãos da Administração Pública, aquelas reservadas à polícia judiciária incumbem tão somente a uns poucos, tais como a Secretaria de Segurança Pública, responsável pelas polícias civil e militar.

2.3. NATUREZA DO PODER DE POLÍCIA

Desenvolvendo o raciocínio de que a efetiva finalidade do exercício do poder de polícia seja a de evitar um dano em prejuízo aos interesses públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a essência dessa atividade se qualifica como um *poder negativo*. Nesse sentido, o eminente professor qualifica a sua natureza mediante uma perspectiva preponderantemente teleológica: o exercício do poder de polícia teria em mira a obtenção de um resultado negativo, qual seja, evitar a superveniência de prejuízos ao interesse público.

De modo que, através dessa atividade administrativa, o interesse público se satisfaz de forma indireta, mediante o impedimento do desenvolvimento de atividades que lhe sejam dissonantes. Se difere da atividade de serviço público, por exemplo, à medida em que por meio desta a Administração busca a obtenção de um resultado efetivamente positivo, mediante uma prestação direta em favor da comunidade. Dessa forma, conclui o eminente professor que “ambos são prestações do Estado, mas os primeiros [serviços públicos] consistem, em si mesmos, no oferecimento de uma utilidade, enquanto os segundos [poder de polícia] obtém a utilidade *por via oblíqua*, isto é, por via de uma *abstenção do particular*”⁶¹.

Daí extraímos a outra acepção do sentido negativo do poder de polícia identificada por Bandeira de Mello, que se refere a que, via de regra, as

⁶¹ Ibidem, p. 488.

regulamentações dele decorrentes implicam na imposição de um “*non facere*” por parte do administrado.

O que os aparta, então, é, de um lado, o alcance direto ou indireto da utilidade coletiva, e, de outro lado, a circunstância de que, enquanto os serviços públicos se traduzem em prestações de utilidade ou comodidade oferecidas pelo Estado ou quem lhe faça as vezes, o poder de polícia corresponde à atividade estatal que não almeja outra coisa senão uma abstenção dos particulares⁶².

A bem da verdade, a equiparação do poder de polícia com a imposição de um “*non facere*” em face do administrado não pode ser tida como absoluta, razão pela qual esta concepção não parece ser dotada de muita utilidade. É notório que, por vezes, e em nome do interesse público, a Administração também pode lhe impor obrigações de fazer, v. g., a obrigação de conservação de fachada, a manutenção de equipamento de combate a incêndios, etc.

Mais adiante, em desenvolvimento à sua tese, o próprio doutrinador admite que o exercício do poder de polícia pode implicar na imposição de prestações positivas, como na hipótese do “*condicionamento do uso da propriedade imobiliária a fim de que se conforme ao atendimento de sua função social*”. Enquadram-se na caracterização de leis de polícia as que imponham ao proprietário uma *atuação em prol de ajustar o uso de sua propriedade à função social*”⁶³. Nesse sentido, oportuno o comentário de Di Pietro, de “que alguns autores consideram como inseridas no poder de polícia as obrigações de fazer impostas ao proprietário, compelindo-o a usar o imóvel de acordo com sua função social. Nesse caso, não se pode falar que o objetivo do poder de polícia seja uma abstenção, uma atividade negativa”⁶⁴.

Não nos desvinculamos, contudo, do outro sentido da natureza negativa do Poder de Polícia, “*retro*” mencionada, de que este objetiva a satisfação do interesse público por via oblíqua, evitando atividades ou situações que lhe contrariem.

2.4. CARACTERÍSTICAS

⁶² Ibidem, p. 488.

⁶³ Ibidem, p. 488.

⁶⁴ Ibidem, p. 116.

As atividades administrativas exercidas sob o regime de polícia administrativa são aquelas que melhor caracterizam a autoridade da Administração frente aos administrados.

Via de regra, os atos administrativos praticados no exercício da polícia administrativa são carregados daqueles atributos derivados do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, descritos na oportunidade da explanação sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular (imperatividade, auto-executoriedade, coercibilidade, etc.).

Outra característica freqüentemente mencionada pela doutrina é a da discricionariedade dos atos administrativos editados a este título. Dentro dos limites da vinculação legal, por vezes a lei confia certa margem de liberdade para que o próprio administrador, consoante seu juízo de conveniência e oportunidade, determine o melhor momento de agir, escolha o meio de ação mais adequado, etc. Todavia, cumpre ressaltar que a discricionariedade não é regra dentre os atos de polícia, posto que muitos deles são estritamente vinculados. Destes, o exemplo mais típico é o da licença; uma vez satisfeitos pelo administrado os requisitos para sua obtenção, jamais poderá o Poder Público se furtar a concedê-la.

2.5. LIMITES

Tal como qualquer outra atividade do Estado, quando exercido pela função legislativa, o exercício do poder de polícia se encontra estritamente condicionado à observância dos princípios, liberdades e garantias individuais fundamentais, constitucionalmente protegidos. Qualquer deliberação legislativa em afronta a estes preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito inevitavelmente sucumbirá ante a nulidade, por vício de inconstitucionalidade.

A polícia administrativa, por sua vez, tal como qualquer outra atividade da Administração Pública, encontra limites na própria principiologia que fundamenta o regime jurídico-administrativo, que já fora motivo de extensa análise “*retro*”. Os atos praticados a título de exercício da polícia administrativa sempre estarão sujeitos ao controle jurisdicional, no que toca à apreciação da legalidade de seus elementos

fundamentais, como a *competência, forma, motivos, objeto e finalidade*. Também se sujeitam à autotutela da própria Administração, que, não obstante o exame da legalidade, também pode adentrar o campo do mérito administrativo.

CAPÍTULO III

LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS

3.1. Conceituação, natureza e regime jurídico. 3.2. Limitações de direito municipal.

3.1. CONCEITUAÇÃO, NATUREZA E REGIME JURÍDICO

A idéia de limitação administrativa se relaciona intimamente àquela concepção de *direitos institucionalizados*, extensamente desenvolvida no capítulo anterior. Tratam-se da discriminação legal do efetivo conteúdo do direito de propriedade em um dado tempo e um dado lugar. A partir desse conceito, observa-se que a atividade administrativa de impor limitações à propriedade nada mais é que a concretização dos dispositivos descritos de forma abstrata no texto de lei, ou seja, a singularização do conteúdo do direito de propriedade em relação a um interesse público concreto.

É compreensível a decisão do legislador em delegar a competência para traçar certos aspectos do conteúdo da propriedade para o administrador público, desde que obedecidos parâmetros gerais previstos em lei. Fato é que, por vezes, o interesse público requer que se adentre em minúcias e pormenorizações – sobretudo no que diz respeito ao direito municipal –, cuja previsão por via legislativa seria efetivamente impraticável. Não fosse isso suficiente, é cediço que as necessidades públicas são extremamente mutáveis e dinâmicas, sendo contraproducente a vinculação de todas as especificidades do condicionamento da propriedade à morosa e pesada máquina legislativa. Trata-se, pois, do poder discricionário do administrador para definir as arestas do direito de propriedade, da forma que julgar mais conveniente e oportuna para a coletividade.

Destarte, mesmo quando o exercício do poder de polícia nesse sentido se tratar de atividade administrativa, e não legislativa, ainda assim não se haverá propriamente uma limitação a um direito subjetivo do administrado, mas sim, uma redefinição de sua substância. Em razão disso, portanto, é que à primeira vista parece

equivoca a denominação dessa atividade como *limitação administrativa*, pois o vocábulo “limite” traz insita a idéia de diminuição de um direito. Por essa razão é que a concepção de “limitação” há de ser tomada em sentido amplo, na esteira do entendimento já transcrito de Bandeira de Mello, de que o que aqui se limita não é o *direito de propriedade*, mas sim, a *propriedade* em sentido absoluto.

De tudo o que já foi dito, a primeira conclusão a que se chega é que as limitações administrativas podem ser impostas perante os administrados por meio de uma diversidade de atos normativos, desde a lei até os regulamentos e demais atos administrativos. Contudo, é de se ressaltar que, via de regra, estes atos normativos terão conteúdo geral e abstrato; vale dizer, não se direcionam a um alvo concreto e específico, mas sim a uma pluralidade de objetos que se enquadrem na mesma situação jurídica. Nesse sentido é a lição de Di Pietro:

Analisando-se as limitações administrativas à propriedade, verifica-se, inicialmente, que elas decorrem de normas gerais e abstratas, que se dirigem a propriedades indeterminadas, com o fim de satisfazer interesses coletivos abstratamente considerados ou, como diz Marcello Caetano (1970, t. 2:1981), para atender à “realização de interesses públicos abstratos, da utilidade pública ideal não corporificada na função de uma coisa”.

Uma vez considerado que os atos editados a título de limitação administrativa são dotados de abstração, que não se destinam a um objeto específico, e que versam acerca da própria substância do direito “limitado”, é que se pode dizer com certeza que eventuais alterações no seu conteúdo não dão margem à indenização, e que, via de regra, nem sequer lhe são oponíveis exceções fundadas em direito adquirido. Essa é a concepção corrente na doutrina, à qual também subscreve Fernando Andrade de Oliveira:

Se, pela definição que se aceita, as limitações em questão definem os direitos subjetivos, isto é, fixam suas dimensões e conteúdos, é evidente que não atingem e, portanto, não lesam interesses juridicamente protegidos como direitos preexistentes das pessoas. O mesmo não se pode afirmar quanto aos demais institutos do regime jurídico da propriedade (pública e privada), que sacrificam direitos já definidos e, por isso, geram danos indenizáveis, como ocorre com a desapropriação e, eventualmente, com a servidão administrativa e a requisição⁶⁵.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 89/90.

Além disso, pertinente estabelecer a distinção entre as limitações administrativas e as regras de direito de vizinhança, pertencentes ao âmbito do direito comum. Muito embora as duas espécies atuem como condicionantes do direito de propriedade, estabelecendo obrigações vinculadas à titularidade da propriedade imobiliária, a verdade é que, enquanto aquelas dizem respeito a imposições da Administração Pública frente ao particular, estas se referem à disciplina da interação entre os particulares. De mesmo modo, verifica-se que quando impõe determinada conduta ao particular-proprietário, a Administração se investe naquele patamar de superioridade característico do regime jurídico de direito administrativo, podendo lançar mão de coerção *imediate* (edição de atos dotados de imperatividade e auto-executoriedade). De outro lado, em relação às normas de direito de vizinhança, recai sobre a livre disposição do particular interessado a provocação da coerção (mediante a quebra da inércia do Juízo). Além disso, os meios coercitivos empregados em favor do direito lesado se efetivam de forma *mediata*, haja vista que para tanto se requer a prévia intervenção do Poder Judiciário. Acerca dessa distinção, particularmente esclarecedor o magistério de Fernando Andrade de Oliveira:

Limitações de outra categoria são também as impostas pelas normas de Direito Privado, regulando as relações entre particulares. Confirma Ruy Cirne Lima que uma das características “da restrição ou limitação policial é o de ser imposta pela administração coercitivamente, quer dizer, podendo a administração usar da força para executá-la. Sempre que se atribui ao particular a deliberação sobre o emprego, ou não, da coerção, desaparece o caráter policial da restrição. Não constituem, pois, matérias de polícia os direitos de vizinhança, ou o ‘direito dos vizinhos’, como lhes chama o Código Civil (art. 572), embora consistam em limitações postas a propriedades particulares, para permitir-lhes, a todas, a coexistência em igualdade de condições, dentro da ordem⁶⁶.”

No tocante à natureza jurídica das limitações administrativas, pode-se afirmar que, enquanto decorrência direta do poder de polícia, igualmente se caracteriza como uma *atividade negativa*. Isto à medida em que busca satisfazer uma necessidade coletiva, evitando que o direito de propriedade seja exercido em prejuízo do interesse social. Note-se que, quando se descreve o conteúdo negativo das limitações administrativas, não se quer dizer que elas sempre implicarão na imposição de obrigações negativas em face dos particulares. Por vezes o interesse público exigirá a

imposição de um “*facere*” ao administrado; para Fernando Andrade de Oliveira, “(...) as limitações comportam obrigações positivas, de fazer, quando estabelecem condições a serem observadas para o exercício de direitos”. No mesmo sentido se inclina o magistério de Di Pietro:

Quanto ao conteúdo das limitações administrativas, no mais das vezes corresponde a uma obrigação de não fazer. Ocorre, no entanto, que, examinando-se os casos concretos, verifica-se que em muitos deles, embora haja obrigação negativa de não colocar em risco a segurança, a saúde, a tranquilidade pública, na realidade a obtenção desses fins depende de prestação positiva por parte do proprietário. Citem-se, por exemplo, as obrigações de adotar medidas de segurança contra incêndio ou medidas impostas por autoridades sanitárias, ou, ainda, a obrigatoriedade de demolir um prédio que ameaça ruína. Embora impliquem prestações positivas por parte do proprietário, tais imposições também são limitações administrativas à propriedade, porque a afetam em um de seus traços fundamentais – o seu caráter de direito absoluto – concebido como poder de usar e desfrutar da coisa da maneira que melhor aprouver a seu titular⁶⁷.

Considerado isso é que a eminente professora conclui por definir limitações administrativas como “medidas de caráter geral, previstas em lei com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social”⁶⁸.

Tal como os atos administrativos em geral, aqueles editados no exercício do poder de polícia em vista de uma limitação administrativa, a princípio, também podem ser objeto de modificação ou revogação, excetuadas, logicamente, aquelas hipóteses de atos vinculados à disposição legal. Isto porque nestes, satisfeitos pelo administrado os requisitos para tanto, surge em seu favor verdadeiro direito subjetivo à sua prolação. Com efeito, é o que ocorre no caso do licenciamento para dirigir, ou para o desempenho de determinadas profissões. No caso de atos discricionários, o que se verifica é que, mesmo que satisfeitos os requisitos para tanto, não surge em favor do administrado essa contrapartida do direito submetido, pois a emissão do ato ainda depende do juízo de conveniência e oportunidade do administrador público competente. Em outras palavras, o ato de polícia não é editado em face de um *direito*,

⁶⁶ Ibidem, p. 92.

⁶⁷ Ibidem, p. 126.

⁶⁸ Ibidem, p. 128.

mas sim de um *interesse* do administrado. Nesse sentido, tornamos a recorrer às lições de Oliveira, que bem sintetiza essa idéia:

São, realmente, muito numerosos os casos em que a legislação estabelece condições, verificáveis pela Administração, para que se concretizem e se subjetivem obrigações e direitos individuais. Daí a intermediação de atos administrativos, vinculados ou regrados, como os de lançamento de imposto, gerador da obrigação tributária, da licença para construir, ou para exercer profissões. A lei também pode conferir à Administração o poder de apreciar a conveniência e a oportunidade do particular exercer algumas atividades ou gozar de certas vantagens. O que acontece mediante atos discricionários de autorização do funcionamento de instituição financeira, ou do porte de arma, bem assim o de permissão de uso do bem de domínio público. Não estão em causa direitos, mas meros interesses dos administrados.

Não obstante, é de se verificar que, eventualmente, as razões de conveniência e oportunidade que deram ensejo a uma determinada autorização ou licença podem desaparecer. Tais como quaisquer atos administrativos discricionários, também os atos de polícia podem ser submetidos à modificação ou revogação, a partir do momento em que se tornem inconvenientes ou inoportunos, mesmo que afetem um interesse ou atividade particular. Contra o ato de revogação, outrossim, descabe qualquer exceção fundada em eventual direito adquirido, uma vez que, como já referido, os atos discricionários não são editados em contrapartida a um direito subjetivo, e sim, a um interesse do administrado. As exceções a esta regra consistem nas hipóteses em que a Administração age com culpa (ocasião em que a discussão adentra o campo da responsabilidade civil do Estado), ou quando a licença tenha sido concedida por tempo determinado, haja vista que nesses casos a própria Administração limita o seu poder de revogar.

3.2. LIMITAÇÕES DE DIREITO MUNICIPAL

Sem dúvida, este é o campo mais vasto e abrangente das limitações administrativas; as normas limitativas de Direito Municipal traçam de forma praticamente exaustiva os parâmetros de utilização da propriedade urbana, em vista da viabilização do aproveitamento disciplinado e ordenado do espaço urbano. Este é o sentido imposto no “*caput*” do artigo 182 da Constituição Federal, que determina que

“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”.

Mediante lei municipal, cada Município delimita a área da zona urbana, para efeitos de submissão das propriedades nela localizadas ao regime jurídico diferenciado do espaço urbano. Por exigência constitucional, também compõe o ambiente normativo de competência das Municipalidades – ao menos daquelas com mais de vinte mil habitantes – o Plano Diretor do Município, constitucionalmente conceituado como “o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”⁶⁹. É essa lei que regulará o *traçado urbano*, um desenho geral da cidade, que trará uma série de limitações como *arruamento*, *lineamento*, *salubridade*, *estética*, etc, especificando peculiaridades em relação a cada região da cidade. Outrossim, está contida na Lei do Plano Diretor, as limitações à instalação de atividades, circulação de veículos, ocupação do solo, entre outros, diversificadas e particularizadas em relação a cada área específica da cidade. Tudo isso considerando o tipo de atividade que o Poder Público deseja (des)estimular em cada uma das regiões integrantes da zona urbana.

Também compete à Lei do Plano Diretor do Município estabelecer critérios de aproveitamento da propriedade urbana, para integrá-la ao preceito constitucional da *função social da propriedade*. Assim, a não-utilização ou sub-utilização da propriedade urbana está sujeita a sancionamentos por parte do Poder Público, nos termos do artigo 184, §4º da Constituição Federal, que podem ser desde o parcelamento compulsório do terreno, a progressão do IPTU, ou até mesmo a desapropriação do imóvel, mediante a indenização em títulos da dívida pública.

De grande importância, também, é a *lei de zoneamento*, que estabelece a disciplina do espaço urbano, organizando-o em zonas, cada qual aceitando uma sorte de destinação aos imóveis, ou um tipo de desenvolvimento de atividade. Nessa lei é que se estabelecem as mais variadas limitações administrativas de índole urbana, tais como: o *recuo*, uma porção do imóvel em que não se admite edificação; o

⁶⁹ Art. 182, §1º, CF.

alinhamento, que separa o espaço público do lindeiro; o *nivelamento*, que relaciona a altura do terreno com a da via pública; o *coeficiente de edificação*, que se refere a uma proporção entre a área total do terreno e a área total que pode ser edificada; a *taxa de ocupação*, que relaciona a área construída com a total do imóvel; as dimensões mínimas do lote; o *adensamento demográfico* admitido em relação a cada região da cidade; a *insolação*; os *materiais de construção* admitidos, a *aeração*; a *cubagem*; a *iluminação*; a *circulação de veículos*; entre tantos outros. Cumpre ressaltar que é comum que a lei de zoneamento somente fixe critérios gerais acerca desses temas, conferindo competência discricionária para a Administração Pública estabelecer, com liberdade, os critérios objetivos mais adequados para cada caso concreto, conforme o interesse público.

Note-se que, mesmo considerando que todas essas matérias tratam de disposições gerais e abstratas em relação a zonas específicas das cidades, e que, via de regra, as limitações administrativas não dão margem a indenização, há de se admitir que, por vezes, a interação de uma ou mais limitações administrativas acabam por infligir um especial sacrifício em face de um determinado administrado.

Nessas situações, em que a convergência de diversas limitações administrativas urbanas implica em um prejuízo exclusivo sobre um determinado imóvel ou grupo de imóveis, em comparação com as demais propriedades que se encontram na mesma situação jurídica – leia-se, submetidas às mesmas limitações –, verifica-se que a limitação se transfigura em uma verdadeira *restrição administrativa*, fazendo surgir o efetivo dever da Administração em indenizar os prejudicados. Isto em homenagem ao princípio da igualdade dos administrados perante os encargos públicos, decorrência direta do princípio da isonomia.

CAPÍTULO IV

RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS

4.1. Distinção das limitações administrativas. 4.2. Ocupação temporária. 4.3. Requisição administrativa. 4.4. Servidões administrativas. 4.5. Tombamento. 4.6. Desapropriação. 4.6.1. Noção geral e conceito. 4.6.2. Elementos. 4.6.2.1. Procedimento. 4.6.2.2. Sujeição ativa e passiva. 4.6.2.3. Compulsoriedade. 4.6.2.4. Objeto. 4.6.3. Fundamentos. 4.6.4. Pressupostos constitucionais. 4.6.5. Natureza jurídica. 4.6.6. Procedimento. 4.6.6.1. Fase declaratória. 4.6.6.2. Fase executória. 4.6.7. Desapropriação por zona. 4.6.8. Retrocessão e desistência.

4.1. DISTINÇÃO DAS LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS

De tudo o que já foi dito acerca da natureza jurídica das limitações administrativas, podemos extrair com confiança a noção de que estas significam as conseqüências dos contornos dados ao conteúdo da propriedade e da liberdade perante o ordenamento jurídico. Tratam-se, pois, de normativas de caráter geral e abstrato, a medida em que visam o condicionamento de toda a propriedade e liberdade submetidas aos efeitos da norma limitativa.

No presente momento, cumpre delinear os traços distintivos entre essas limitações e as restrições administrativas. A diferença mais visível entre os dois indigitados institutos diz respeito à integridade do direito a que afetam. Como extensamente arrazoadado acima, a *limitação* de um direito não significa a sua diminuição propriamente dita, haja vista que é a própria regra limitativa que definirá o seu âmbito de manifestação perante o sistema; a sua *restrição*, por outro lado, necessariamente implica no sacrifício de uma das faculdades do direito atingido, a qual, muito embora seja genericamente garantida pelo sistema – e, portanto, faça parte do conteúdo do direito –, resta inibida em concreto, mediante uma atuação da Administração Pública. De modo que, ao contrário da atividade *limitativa*, a *restritiva* dá ensejo a uma diminuição no conteúdo do direito atingido. Nesse sentido, citamos a lição do mestre Celso Antonio Bandeira de Mello:

As limitações à liberdade e propriedade em que se expressa o poder de polícia de modo algum se confundem com os sacrifícios de direitos. Enquanto pelas primeiras o Poder Público ‘condiciona’ o exercício dos direitos citados, nos sacrifícios há,

como a própria palavra está a indicar, verdadeiro sacrifício de direito de um indivíduo em proveito da coletividade. É o caso das desapropriações e servidões. Nestas hipóteses, o interesse particular cede ao interesse social, sendo verdadeiramente atingida a substância de seu direito⁷⁰.

Por outro lado, outro fator distintivo entre os institutos diz respeito ao fato de que, se por um lado a limitação à propriedade diz um respeito à uma determinada coletividade sujeita à eficácia da atividade limitativa, sendo portanto abstrata, de outro, a restritiva implicará na imposição de um gravame em face de um direito individual em particular. O sujeito passivo da atividade restritiva sofrerá a interferência do Poder Público de forma singularizada, vale dizer, receberá tratamento jurídico diverso do restante da coletividade. Em outras palavras, em consequência de um ato específico do Poder Público, o particular passará a ser obrigado a suportar um encargo extraordinário, ao qual não está sujeito o restante da coletividade como um todo.

Por essa razão é que, via de regra, sempre que a interferência estatal restritiva sobre a propriedade acarretar na superveniência de dano em face do administrado, surgirá em favor deste o direito à indenização, que deverá ser na exata medida dos danos experimentados pelo administrado, em função da supressão de faculdades do direito afetado. Essa reparação decorre da *responsabilidade do Estado por ato lícito*. Muito embora o fato gerador do dever de indenizar não tenha origem ilícita, verifica-se que a imposição de um especial gravame em face de um particular – ou até mesmo de um grupo de particulares – requer uma contraprestação por parte do Estado, porque também é princípio regente da atividade estatal a isonomia entre os administrados. Em outras palavras, o interesse público não justifica a imposição de obrigações desiguais de encargos públicos entre indivíduos que se encontrem na mesma situação jurídica, senão mediante indenização proporcional aos prejuízos infligidos à sua esfera jurídica.

Trata-se de homenagem à justiça distributiva, e em consequência, ao *princípio da isonomia*. Significa garantia fundamental do Estado Democrático de Direito, pelo que não se pode conceber de poderes ilimitados do Estado para interferência na seara da propriedade privada, senão mediante a sua necessária contrapartida pecuniária.

⁷⁰ Ibidem, p. 496.

4.2. OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA

Cretella Junior conceitua este instituto como “a utilização por parte do Estado da propriedade particular, com ou sem indenização, durante período de tempo limitado, por motivos de necessidade ou utilidade pública”⁷¹. Muito embora o conceito seja apropriado, entendemos que importa acrescentar o fator da *compulsoriedade* do instituto, pelo que uma vez levada a efeito pela Administração Pública, não poderá o proprietário contra ela se insurgir.

A ocupação temporária deve ser fundada em uma necessidade pública concreta, e relacionada à viabilização da realização de obras, serviços ou atividades de interesse público. Em geral, diz respeito à ocupação de terrenos vizinhos a uma obra pública, com o objetivo de depósito de materiais de construção, maquinário, alojamento de pessoal, etc. Note-se que o lote passível de uma ocupação temporária, necessariamente, há de ser um imóvel desocupado, e que não contenha edificações. Esse é o sentido da norma do artigo 42 do Decreto nº 4.956/03, que trazia regulação para a matéria: “poderão ser ocupados temporariamente os terrenos não edificados, de imprescindível necessidade para a instalação dos serviços e trabalhos temporários de execução das obras e extração de materiais destinados às mesmas obras”.

Além disso, a sua utilização deve ser absolutamente inofensiva, pois o instituto não comporta a produção de danos à propriedade ocupada. Mesmo assim, por exigência legal é que, via de regra, as ocupações temporárias são passíveis de posterior indenização, cujo montante está destinado a ser apurado em procedimento judicial apropriado. Nesse sentido, a redação do artigo 36 da lei de desapropriações, que define “a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização. O expropriante prestará caução, quando exigida”. Di Pietro colaciona em sua obra a síntese dos requisitos do instituto, na forma elaborada por Cretella Junior:

A ocupação temporária constitui, nessa hipótese, instituto complementar da desapropriação, que só se justifica quando verificados os seguintes requisitos (cf. Cretella Jr., 1976:496):

1º realização de obras públicas;

⁷¹ IN: Di Pietro, *ibidem*, p. 128.

- 2º necessidade de ocupação de terrenos vizinhos;
- 3º inexistência de edificação no terreno ocupado;
- 4º obrigatoriedade de indenização;
- 5º prestação de caução prévia, quando exigida.⁷²

A eminente professora ainda menciona outras manifestações do instituto perante o direito brasileiro: a) para se levar a efeito, sobre propriedades particulares, escavações e pesquisas de interesse arqueológico (Lei nº 3.924/61); b) na disciplina dos contratos administrativos, a ocupação de bens essenciais ao desempenho de serviços públicos quando da necessidade de acautelar a apuração administrativa de faltas do contratado (Lei nº 8.666/93); c) a ocupação dos bens reversíveis quando da assunção, pelo poder concedente, de serviço permitido ou concedido (Lei nº 8.987/95); e, d) a ocupação temporária de imóvel na hipótese de perigo público iminente (art. 5º, XXV, CF).

No que tange às modalidades de ocupação temporária em decorrência de contratos administrativos, entendemos que não se trata propriamente do instituto ora analisado. Como *supra* mencionado, com arrimo nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, os poderes da Administração em face dos particulares, quando derivados de um vínculo contratual, caracterizarão a chamada “supremacia especial”, pois inoponíveis ante aqueles que não façam parte da mencionada relação jurídica. De modo que essa espécie da autoridade estatal pertence à disciplina dos contratos administrativos, e não propriamente ao âmbito da polícia administrativa, cuja autoridade emana da “supremacia geral da Administração Pública”. De modo que não parece prudente classificar categorias diferentes sob uma mesma denominação, mormente porque não sujeitas a um mesmo regime jurídico.

A doutrina ainda não é pacífica respeito da natureza jurídica da ocupação temporária. Segundo relata Di Pietro, Eurico Sodré afirmava se tratar de uma espécie de servidão administrativa, com a peculiaridade de ser estipulada a prazo certo, e mediante pagamento. Outros tratadistas preferem entendê-la como uma “desapropriação temporária de uso”⁷³. Com efeito, muito embora o regime do instituto em questão reflita elementos típicos daqueles outros, com eles não se confunde; a

⁷² *Ibidem*, p. 129.

⁷³ *Ibidem*, p. 130.

necessidade de sua especificação como categoria apartada existe justamente em razão do regime jurídico diferenciado imposto pelas especificidades que lhe são inerentes.

Muito embora efetivamente absorva uma utilidade do imóvel, se distingue da servidão administrativa na medida em que tem efeitos transitórios, e pressupõe uma utilização absolutamente inofensiva à integridade do terreno. Também não se compara à desapropriação, haja vista que não culmina em uma expropriação, pois é transitória; também não requer a indenização prévia, somente dando ensejo a remuneração posterior. Por fim, das requisições administrativas, se difere em razão de seus pressupostos (pois esta requer uma situação de urgência), bem como porque não comporta incidência sobre bens móveis, ao contrário do que ocorre com as requisições.

4.3. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal traz consubstanciada previsão expressa acerca da figura jurídica da requisição administrativa, na redação do inciso XXV do seu artigo 5º: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

Historicamente, o instituto surgiu como forma de legitimação do aproveitamento temporário da propriedade privada pela autoridade militar, porém isento, naquela oportunidade, da contraprestação pecuniária. Daquele momento em diante a categoria sofreu diversas transformações, até atingir a sua forma atual. No direito brasileiro, além de prevista pela disposição constitucional, esta também se encontra regida pela Lei Delegada 04/62, que disciplina as requisições de bens e serviços, pelo Decreto-Lei 02/66, que a regulamenta no tocante à incidência sobre bens e serviços essenciais ao abastecimento, e pelo Decreto-Lei 4.812/42, com as alterações trazidas pelo Decreto-Lei 5.451/43, que versa sobre as requisições em tempo de guerra.

Conforme se extrai da redação do art. 5º, inciso XXV, pode a Administração Pública lançar mão deste expediente sempre que, para que se contenha um perigo público iminente, seja necessária a utilização de uma propriedade privada em proveito

público. Note-se que, no que toca à requisição administrativa, o âmbito de possibilidades interventivas do Poder Público é muito maior que o da ocupação temporária, pois também pode incidir sobre bens móveis e serviços.

O ato administrativo editado a este título se caracteriza por ato discricionário, e portanto, será praticado com fundamento em critérios de conveniência e oportunidade do administrador competente. Ainda, como não poderia deixar de ser, ante a relevância dos motivos aptos a dar causa à sua edição – o iminente perigo público –, é evidente que o ato que determina a requisição administrativa de determinada propriedade será auto-exigível e auto-executório, naquela forma “*supra*” descrita, quando discorreremos acerca de algumas implicações do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Da redação do dispositivo constitucional ainda se depreende que, em caso de superveniência de danos em desfavor do particular, a Administração Pública será responsável pela devida indenização, ainda que em momento posterior. Não se requer indenização prévia para esta hipótese, porque tal requisito tornaria inócua a medida, visto que qualquer ato de requisição administrativa pressupõe a efetiva iminência de perigo público.

O perigo apto a dar ensejo a esta providência há necessariamente de ser aquele capaz de causar efetivo prejuízo a pelo menos uma parcela relevante da coletividade, fazendo surgir, então, o interesse público em fazê-lo desaparecer. De mesmo modo, é evidente que requisição da propriedade deve ser hábil para a continência do perigo, devendo existir um nexo de utilidade entre o bem requisitado e a prevenção dos danos públicos.

São facilmente perceptíveis as peculiaridades que singularizam o regime deste instituto em relação às demais formas de intervenção estatal na propriedade. Difere-se da figura da *desapropriação* à medida em que tem natureza transitória, vale dizer, deverá ser extinta quando da cessação da ameaça, pois então não mais se fará necessária. Considerado o fato de que a Administração somente absorve o uso da propriedade, também é de se concluir que se difere daquele instituto no que diz respeito à extensão da intervenção, porquanto não implica em expropriação do domínio. Nesse ponto, cumpre ressaltar, todavia, que os dois institutos em muito se assemelham quando a requisição recai sobre bens móveis fungíveis, tais como

alimentos. Entretanto, mesmo assim não se confundem, pois além de serem fundamentadas em pressupostos diversos, a requisição não requer a indenização prévia, tal como acontece na desapropriação.

4.4. SERVIDÕES ADMINISTRATIVAS

Primeiramente, é importante estabelecer que o instituto ora posto em análise não guarda exata correspondência com o instituto oriundo do Direito Privado, que pela regra civilística se define como um direito real sobre um prédio (serviente), instituído em favor de outro (dominante). Com efeito, tanto esta como a que pretendemos analisar se tratam de espécies distintas do gênero servidão, cuja aceção geral envolve, necessariamente, algumas características, magistralmente delineadas por Di Pietro:

São elementos comuns em qualquer tipo de servidão, de direito público ou privado:

1. a natureza de direito real sobre coisa alheia (*jus in re aliena*), no qual alguns dos poderes do domínio se destacam e se transferem a terceiros;
2. a situação de sujeição em que se encontra a coisa serviente (*res serviens*) em relação à coisa dominante (*res dominans*) ou a uma pessoa; aliás, essa idéia decorre do próprio vocábulo *servitudinem*, significando escravidão;
3. o conteúdo da servidão é sempre uma utilidade inerente à *res serviens*, que dá ao titular do direito real o direito de usar, ou de gozar ou, ainda, o de extrair determinados produtos, como água.

Postas essas considerações, conclui a eminente professora que “como categoria jurídica, própria da teoria geral do direito, a servidão pode ser definida como um direito real de gozo sobre coisa alheia, instituído em benefício de entidade diversa da sacrificada”⁷⁴. Isto posto como conceito geral de servidão, cumpre agora estabelecer, portanto, as diferenças entre os institutos de direito público e privado.

Di Pietro anota que a relação que caracteriza o instituto, a “*res serviens*” que presta utilidade a uma “*res dominans*”, também se encontra presente na modalidade administrativa; porém, repete a ponderação de Cirne Lima, de que se destaca da espécie civil na caracterização da coisa dominante, que desta feita se caracterizará não propriamente por um imóvel, mas sim, pelo “serviço público, ou seja, a organização de

⁷⁴ Ibidem, p. 142/143.

peças e bens, constituída para executá-los”⁷⁵. No entanto, ainda outras distinções são perceptíveis, como ela própria aponta, consoante as lições de Cretella Junior:

1. as servidões civis não impõem ao proprietário nenhuma obrigação de fazer, mas apenas a obrigação passiva de deixar fazer; ao contrário, certo número de servidões administrativas traduzem-se por obrigações positivas, como roçar o mato, podar ou cortar árvores ou fazer o alinhamento particular;
2. as servidões administrativas, estando fora do comércio, não se extinguem pela prescrição, como as civis;
3. as servidões administrativas podem gravar bens do domínio público; as civis não;
4. as servidões administrativas não obrigam, em regra, à indenização, salvo quando esta é formalmente estabelecida em lei.

Por fim, ainda aponta que a servidão administrativa também se destaca em função de se submeter ao regime jurídico-administrativo, e, portanto, se caracteriza como prerrogativa da Administração, no sentido de constituir um *direito real de natureza pública*. Desnecessário, pois, o consentimento do proprietário do prédio serviente para a oneração da propriedade, ou mesmo um título judicial, pois deriva de ato administrativo de natureza auto-exigível.

Hely Lopes Meirelles conceitua a servidão administrativa como um “(...) ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário”⁷⁶. Muito embora o conceito seja apropriado, cumpre acrescer que essa espécie de restrição administrativa também é oponível em face de coisa pública, e não só de propriedade particular. Nesse sentido, parece melhor a definição de Di Pietro, quando menciona que a servidão administrativa é ônus real que incide sobre imóvel de *propriedade alheia*.

No que toca à forma de constituição das servidões, três são as possibilidades, consoante o entendimento de Maria Sylvia Di Pietro:

1. decorrem diretamente da lei, independentemente a sua constituição de qualquer ato jurídico, unilateral ou bilateral. Exemplo: servidão sobre as margens dos rios navegáveis e servidão ao redor dos aeroportos; alguns autores consideram essas servidões como limitações à propriedade, por incidirem sobre imóveis indeterminados: consideramos como servidões, por haver a coisa dominante: no

⁷⁵ IN: *Ibidem*, p. 143.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 586.

- primeiro caso, o serviço público de policiamento das águas e, no segundo, o bem afetado à realização do serviço de navegação aérea;
2. efetuam-se mediante acordo, precedido de ato declaratório de utilidade pública. Exemplo: servidão de energia elétrica, que depende, em cada caso, de decreto governamental e se efetivará por meio de acordo lavrado por escritura pública (Decreto 38.581, de 16-7-54);
 3. efetuam-se por sentença judicial, quando não haja acordo ou quando sejam adquiridas por usucapião.⁷⁷

No que tange às servidões legais descritas pela eminente professora, entendemos que estas encontram melhor adequação quando sob a denominação de limitações administrativas. Isto porque, muito embora estes condicionamentos sejam denominados de servidões, fato é que o seu regime jurídico se equipara àquele típico das normas limitativas. Assim, não podem ser compreendidas na categoria de servidão, pois está é subespécie da atividade restritiva – e não limitativa – da Administração Pública, e que como “*supra*” articulado, obedece a regime jurídico diversificado.

Em grande medida, o instituto se encontra regulado pela Lei Geral de Desapropriações, o Decreto-Lei nº 3.365/41. O artigo 40 do mencionado Diploma, ao determinar que “o expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei”, submete o procedimento para instauração de servidões ao regime da desapropriação por utilidade pública. Por derradeiro, esta também poderá se constituir mediante comum acordo entre o Poder Público e o titular da coisa cuja utilidade se pretende afetar.

Quanto aos requisitos para a eficácia do instituto, surgiu no meio doutrinário uma discussão acerca da efetiva necessidade do registro da constituição da servidão no Cartório de Registro de Imóveis, para que seja oponível “*erga omnes*”. Os que defendem a desnecessidade do registro se baseiam na compreensão de que a eficácia da servidão deriva diretamente do ato que a institui. Por outro lado, melhor razão parece recair sobre aqueles que defendem a imprescindibilidade do registro, como Hely Lopes Meirelles; este entendimento vem arrimado no dispositivo do artigo 168, I, “*f*”, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), que só admite a eficácia “*erga omnes*” às “servidões em geral” mediante o competente registro. Outro não é o entendimento de Di Pietro, para quem “(...) a inscrição torna-se indispensável, uma

⁷⁷ *Ibidem*, p. 145/146.

vez que tanto o contrato, como a sentença fazem lei entre as partes apenas, além de não gozarem da mesma publicidade que tem a lei. Para que se tornem oponíveis *erga omnes*, é preciso que sejam registrados”⁷⁸.

Em relação às formas de extinção, cumpre ressaltar que, de mesmo modo que as servidões privadas, as administrativas tendem à perpetuidade. Quando levadas a efeito mediante acordo e conforme o efetivo interesse público, porém, a constituição da servidão pode se dar a prazo determinado, hipótese em que passa a ter natureza transitória. Di Pietro diverge desse raciocínio, defendendo a inocuidade da instituição de servidão a título transitório, pois “(...) se persistir a utilidade pública, cabe ao Poder Público usar de suas prerrogativas estatais para impor a servidão pelo tempo que se fizer necessário, ainda contra a vontade do particular”⁷⁹. No mesmo sentido é o entendimento de Cirne Lima, para quem a servidão administrativa “é insuscetível de termo final, porque o prazo, somente estabelecido em favor da pessoa, colidiria com a *utilitas*, essencial à servidão real e, para esse efeito, definida segundo as coisas e não as pessoas”⁸⁰.

“*Data venia*”, também nessa questão divergimos dos doutos estudiosos, pois é evidente que quando a Administração Pública constitui servidão mediante acordo, e dele consta que a afetação durará por tempo determinado, a indenização que efetua em favor do particular é estipulada proporcionalmente ao tempo de duração do gravame.

De modo que, em homenagem à boa-fé do administrado perante as declarações da Administração Pública, não se pode conceber que, ao final do prazo pactuado, esta pretenda continuar absorvendo a utilidade da coisa. Entender diferentemente é conceber que seria lícita ao Poder Público a conduta maliciosa de induzir o administrado em erro. Assim sendo, mediante um acordo que expressamente institui a servidão a título provisório, poderia a Administração estabelecer arbitrariamente a servidão perpétua, a um preço indenizatório em muito inferior ao que seria devido caso obedecida a forma contenciosa de constituição do gravame (via judicial).

⁷⁸ Ibidem, p. 146.

⁷⁹ Ibidem, p. 147.

⁸⁰ IN: Di Pietro, Ibidem, p. 146.

Não obstante esse entendimento legitime um desvio de legalidade, é de crer que também institucionaliza a má-fé administrativa, através da viabilização de uma espécie de “servidão indireta”, na qual o administrado seria obrigado a perquirir o complemento de sua indenização – que deveria ser prévia – posteriormente, perante o Poder Judiciário.

Nesse sentido, por imperativo da boa-fé e da legalidade, caso se faça necessário o prosseguimento da afetação, deverá a Administração Pública se mobilizar no sentido da lavratura de novo acordo perante o proprietário, ou, ainda, instituir o procedimento contencioso para a constituição do gravame em caráter perpétuo.

Outra forma de extinção de uma servidão administrativa é a *desafetação*, que surgirá nas hipóteses em que a destinação dada à coisa dominante deixe de prestar ao interesse público, ou quando a servidão não mais lhe for útil. Igualmente, deixará de existir na hipótese da *confusão*, ou seja, quando tanto a coisa dominante quanto a serviente passarem a integrar o patrimônio do mesmo titular. Logicamente, também se extinguem mediante a eventualidade do surgimento de lei que lhes contrarie.

Por derradeiro, resta salientar que, ao contrário das servidões de direito civil, as administrativas não sucumbem ante a prescrição. Para tanto, tornamos a nos socorrer das lições de Di Pietro:

Quanto à prescrição, o pensamento dominante é de que as *servidões administrativas* não se extinguem pelo não uso, pela mesma razão que ninguém pode adquirir bens do domínio público por usucapião. O direito real de natureza pública, da mesma forma que o bem público, é coisa fora do comércio jurídico, não podendo ser objeto de alienação, prescrição, penhora, etc.⁸¹

A doutrina é pacífica no que toca ao direito de indenização do particular, como contrapartida do gravame imposto contra sua propriedade. Com efeito, ao tratar das distinções entre as servidões administrativas e as de direito civil, citamos entendimento de Cretella Junior no sentido de que, em regra, aquelas não seriam passíveis de indenização. Entretanto, há que se relevar que o eminente jurista enquadra as chamadas *servidões legais* como efetivas servidões administrativas, do que, como já exposto, discordamos. Maria Sylvia Di Pietro também desenvolve essa idéia, quando menciona que “não cabe indenização quando a servidão decorre diretamente da lei,

porque o sacrifício é imposto a toda uma coletividade de imóveis que se encontram em uma mesma situação”⁸².

Aliás, é interessante ressaltar que a inoponibilidade do pleito indenizatório perante essa espécie de “servidão” é só mais um indício que denuncia que esta obedece ao regime das limitações administrativas.

De modo que, a princípio, toda a servidão é passível de indenização, como já previa Lopes Meirelles naquele conceito de que anteriormente nos servimos. Isto porque, como já mencionado anteriormente, a responsabilidade do Estado por ato lícito surge sempre que a sua atividade implicar em um singular sacrifício em desfavor de um particular, ou de um grupo de particulares. Trata-se de decorrência direta do ideal de *justiça distributiva*, que enuncia a igualdade dos administrados – em igual situação jurídica – perante os encargos públicos. Vale dizer, a ninguém será imposto especial gravame em favor do interesse público, senão mediante a proporcional contraprestação pecuniária em relação aos danos experimentados. Em suma, o dever de indenizar surge da *singularização gravosa* da situação do administrado perante a Administração Pública.

Entretanto, outro aspecto também merece ser relevado a esse respeito. Mesmo que sujeitada a sua propriedade a uma servidão administrativa, e portanto, a tratamento singularizador, muitas vezes não é dado ao administrado o direito de se ver indenizado. Isso porque, vedado por nosso ordenamento o enriquecimento ilícito, e sendo contrária ao interesse público a indenização superfaturada, fato é que a indenização devida ao proprietário há de ser proporcional aos danos experimentados com a sujeição ao gravame.

O que se verifica é que, muitas vezes, inexistente dano decorrente da imposição de uma servidão administrativa; para tanto, citamos o típico exemplo das placas de identificação de ruas apostas nas fachadas de edifícios particulares. Nesse diapasão, plenamente aplicável à hipótese a regra da responsabilidade civil, oriunda da teoria geral do direito: inexistindo o dano, não há que se falar em dever de indenizar.

⁸¹ Ibidem, p. 147.

⁸² Ibidem, p. 147.

Há autores que ainda pretendem classificar as servidões em indenizáveis ou não indenizáveis; todavia, pensamos que tal valoração só se faz efetivamente possível diante do caso concreto, pois é certo que um gravame que eventualmente cause dano em uma situação, não necessariamente o causará em outra. Nesse sentido, a lição de Lopes Meirelles:

A indenização não será da propriedade, mas sim dos danos ou prejuízos que o uso dessa propriedade pelo Poder Público efetivamente causar ao imóvel serviente. Se desse uso público não resultar prejuízo ou dano à propriedade particular, a Administração nada terá que indenizar. Só o exame específico de cada caso particular poderá indicar se haverá ou não prejuízos a compor na servidão administrativa que vier a ser instituída.⁸³

4.5. TOMBAMENTO

Por meio do seu artigo 23, a Constituição Federal comete a todos os entes da Federação o dever de zelar pela proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico e ecológico:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural; (...)

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; (...)

Mais adiante, em seu artigo 216, desenvolve ainda mais a incumbência do Poder Público na proteção desse patrimônio:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

⁸³ Ibidem, p. 588.

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico, e científico.

Vale ressaltar que o patrimônio histórico, cultural, artístico e ecológico não se compõe tão somente de bens públicos, mas também daqueles pertencentes à propriedade particular, mas que de algum modo contribuam para a composição da identidade da nação brasileira. Nesse sentido, a partir do momento em que a ordem jurídica confiou ao encargo das entidades federativas a tarefa de promover a defesa e conservação desse patrimônio, municiou-lhes dos instrumentos aptos para tanto, dentre eles, a figura jurídica do *tombamento*:

(Art. 216) §1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Segundo relata Lopes Meirelles, a denominação do instituto tem origem na tradição portuguesa, para a qual o verbo “tombar” significava inventariar, arrolar, inscrever alguma coisa nos registros reais, localizados na Torre do Tombo. Por essa razão é que ainda hoje a “*res*” afetada pelo tombamento é inscrita nos chamados livros-tombo. No entender de Hely Lopes Meirelles, o “*tombamento* é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”⁸⁴.

Essa espécie de intervenção do Estado na propriedade se encontra disciplinada pelo Decreto-lei nº 25/37. Lopes Meirelles bem descreve o procedimento que culmina no ato de tombamento:

O tombamento realiza-se através de um procedimento administrativo vinculado, que conduz ao ato final de inscrição do bem num dos Livros do Tombo. Nesse procedimento deve ser notificado o proprietário do bem a ser tombado, dando-se-lhe oportunidade de defesa, na forma da lei. Nulo será o tombamento efetivado sem atendimento das disposições legais e regulamentares, pois que, acarretando restrições ao exercício do direito de propriedade, há que observar o *devido processo legal para sua formalização*, e essa nulidade pode ser pronunciada pelo Judiciário, na ação cabível, em que serão apreciadas tanto a legalidade dos motivos quanto a regularidade do procedimento administrativo em exame.⁸⁵

⁸⁴ Ibidem, p. 535.

⁸⁵ Ibidem, p. 536.

Evidentemente, o fato da porção vinculada do ato do tombamento ser passível de apreciação pelo Poder Judiciário, não obsta a sua caracterização como ato administrativo discricionário. Nem sequer poderia ser diferente, visto que incumbe ao administrador a apreciação da conveniência acerca da subordinação de determinada coisa ao regime especial de proteção proporcionado pela medida.

No que tange à natureza jurídica do ato que materializa o tombamento, do conceito ofertado por Lopes Meirelles, “*supra*” transcrito, poder-se-ia depreender que este teria efeitos declaratórios. Entretanto, essa conclusão não subsiste a uma análise mais acurada do tema; não se vislumbra a existência de um direito público à preservação do objeto antes da sua inscrição em livro-tombo. Com efeito, nem sequer se poderia demandar do proprietário, antes da constituição do tombamento, um cuidado especial com a “*res*”, visto que seria absolutamente irrazoável se exigir que este preveja uma futura *declaração* de que esta compõe o patrimônio histórico, cultural, etc. De modo que, até a superveniência do ato de tombamento, o proprietário da coisa continua dispondo de todas as faculdades inerentes ao direito de propriedade. Essa conclusão é corroborada pelo dispositivo do artigo 1º do Decreto-lei 25/37, e de seu §1º:

Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

No que toca às suas conseqüências, significa a inclusão da coisa tombada em um regime jurídico especial de proteção, pelo qual esta não poderá ser modificada, reformada, evadida do país, etc, sem que o seu proprietário disponha, para tanto, de expressa autorização da autoridade administrativa. Não são necessárias maiores divagações, portanto, para concluir que o regime jurídico do tombamento tem a potencialidade de provocar uma série de transtornos em face do proprietário da coisa tombada. Por outro lado, nada impede que o tombamento também dê ensejo a benefícios, seja pelo reconhecimento oficial do valor histórico ou artístico de

determinado objeto – que implique em eventual valorização –, seja pela proibição da redução de visibilidade do imóvel tombado, etc.

As diferentes conseqüências que podem surgir do tombamento ainda fazem surgir dúvidas acerca da delimitação de sua natureza jurídica, o que inevitavelmente acaba se refletindo em dissenso doutrinário. Para Di Pietro,

O tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio; por isso mesmo, não dá, em regra, direito a indenização; para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento.⁸⁶

Entretanto, esta concepção conduz a algumas dificuldades. Muito embora defina que a regra seja o não surgimento do dever de indenizar, excetua os casos em que o proprietário do bem atingido comprove o efetivo prejuízo experimentado. Ora, ocorre que na maior parte dos casos os contratempos impostos aos proprietários implicará na superveniência de prejuízos, o que torna a exceção mais ampla que a regra. Outros autores incluem o tombamento no conceito de servidão, e portanto, sempre indenizável. Esta concepção também não parece ser a mais acertada, à medida em que, por vezes, encontraremos tombamentos de caráter geral e não indenizáveis. O magistério de Hely Lopes Meirelles, por sua vez, traz perspectiva diversa, admitindo o tombamento em duas perspectivas:

O tombamento tanto pode acarretar uma restrição individual quanto uma limitação geral. É restrição individual quando atinge determinado bem – uma casa, p. ex. –, reduzindo os direitos do proprietário ou impondo-lhe encargos; é limitação geral quando abrange uma coletividade, obrigando-a a respeitar padrões urbanísticos ou arquitetônicos, como ocorre com o tombamento de locais históricos ou paisagísticos.⁸⁷

Ressalvada a equiparação do conceito de restrição administrativa ao de servidão, observa-se que Celso Antonio Bandeira de Mello compartilha de perspectiva semelhante; considera servidão o tombamento que caracterize gravame singularizador, e limitação, quando este significar uma disposição geral e abstrata.

Diante de tudo isso, é de se concluir que, conforme as concretas características do tombamento, ora ele corresponderá a uma *limitação administrativa*,

⁸⁶ Ibidem, p. 133.

⁸⁷ Ibidem, p. 536.

quando geral e abstrato, ora a uma *restrição*, quando singularizador. Em outras palavras, enquanto limitação, obedecerá àquele regime jurídico “*retro*” mencionado; por outro lado, se agravar de forma individualizada uma determinada propriedade, ter-se-á que os encargos públicos estão incidindo desigualmente sobre indivíduos em igual situação jurídica; requererá, pois, a indenização em justa medida, por força do imperativo da isonomia entre os administrados.

4.6. DESAPROPRIAÇÃO

4.6.1. NOÇÃO GERAL E CONCEITO

Esta se trata da modalidade mais drástica de intervenção estatal na propriedade; restringe o direito do particular a tal ponto que o suprime, ao mesmo tempo em que o incorpora à esfera jurídica do Poder Público. O sentido de *desapropriação* não se esgota na aquisição compulsória da propriedade particular por parte do Estado, é mais amplo, pois diz respeito a todo o procedimento sistemático capaz de dar ensejo a tanto.

Historicamente, as origens do instituto – tal como visto atualmente – remontam à época da Revolução Francesa. Inegável, porém, que mesmo antes disso já existiam mecanismos de legitimação da apropriação estatal sobre a propriedade privada; é evidente, contudo, que até então esse tipo de interferência era freqüentemente levada a efeito através de atitudes arbitrárias e assistemáticas do Príncipe, e inclusive, muitas vezes despidas da contraprestação pecuniária. Como mencionado “*supra*”, tendo em vista que o instituto da desapropriação pressupõe um procedimento sistemático prévio à expropriação, é que este tipo de intervenção que existia anteriormente à Revolução Francesa não pode ser tido como tal, mas sim, como confisco.

De modo que foi em decorrência daquele movimento que se promoveu a regulamentação e sistematização da figura jurídica *desapropriação*, bem como a submissão de praticamente todo bem material à potencial força expropriatória do Estado, e, ainda, a sua vinculação aos motivos de necessidade e utilidade pública.

Paradoxalmente, entretanto, a elevação do instituto ao patamar de categoria de direito administrativo passou a caracterizar verdadeira garantia do direito de propriedade; os princípios que regem a matéria passaram a organizar e disciplinar a atividade do Poder Público nesse sentido, resguardando, assim, os direitos do particular contra abusos e arbitrariedades da autoridade administrativa.

Antes de tudo, cumpre esclarecer dizer que o confisco não fora efetivamente banido de nossa ordem jurídica. O artigo 243 da Constituição Federal traz a seguinte disposição:

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Em que pese o entendimento de Di Pietro no sentido de que “a atual Constituição prevê (...) uma hipótese de desapropriação sem indenização, que incidirá sobre terras onde se cultivem plantas psicotrópicas legalmente proibidas (...)”⁸⁸, a hipótese parece efetivamente tratar de regulamentação do confisco. A essa conclusão chegamos com suporte nas próprias palavras da eminente doutrinadora:

A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.⁸⁹

De modo que, não se tratando de expropriação mediante indenização, não se há de falar em desapropriação, mas sim, de confisco. No tocante à conceituação propriamente dita, o entendimento exteriorizado pela mencionada professora comporta uma ressalva, que é sobre a inclusão da expressão “ou seus delegados”. O fez com base na disposição do artigo 3º do Decreto-lei 3.365/41:

Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato”.

Cumpre mencionar, todavia, que a eminente professora não o fez reconhecendo legitimidade ativa para os delegados submeterem um determinado bem

⁸⁸ Ibidem, p. 153.

à força expropriatória do Estado, mas tão somente com o fito de mencionar que estes detém a legitimidade executória:

Não se confundem com os sujeitos ativos as entidades indicadas no artigo 3º do Decreto-lei nº 3.365/41. O sujeito ativo é apenas aquela pessoa jurídica que pode submeter o bem à força expropriatória, o que se faz pela declaração de utilidade pública ou interesse social. As entidades indicadas no artigo 3º podem apenas promover a desapropriação (fase executória), depois de expedido o ato expropriatório; elas são beneficiárias da desapropriação, já que os bens expropriados passarão a integrar seu patrimônio.⁹⁰

Com efeito, aos delegados é possibilitada a condição de beneficiários dos bens desapropriados. À primeira vista, parece temerário permitir que um particular se beneficie da desapropriação; no entanto, fato é que o expediente existe no sentido de se satisfazer a uma utilidade ou interesse público, não importando se este “*munus*” se atingirá através de uma atividade do Poder Público ou de uma entidade privada.

De qualquer modo, por razões de simplicidade, nos serviremos fundamentalmente da conceituação elaborada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “do ponto de vista teórico, pode-se dizer que desapropriação é o *procedimento administrativo* através do qual o *Poder Público compulsoriamente* despoja *alguém* de sua *propriedade* e a *adquire* para si, mediante *indenização*, fundado em interesse público”⁹¹.

Por fim, é pertinente trazer à colação o juízo de Hely Lopes Meirelles acerca da importância do instituto ora analisado:

Com essa conceituação, a desapropriação é o moderno e eficaz instrumento de que se vale o Estado para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos; para propiciar a implantação de planos de urbanização; para preservar o meio ambiente contra devastações e poluições; e para realizar a justiça social, com a distribuição de bens inadequadamente utilizados pela iniciativa privada. A desapropriação é, assim, a forma conciliadora entre a garantia da propriedade individual e a função social dessa mesma propriedade, que exige usos compatíveis com o bem-estar da coletividade.⁹²

4.6.2. ELEMENTOS

⁸⁹ Ibidem, p. 153.

⁹⁰ Ibidem, p. 162.

⁹¹ Ibidem, p. 504.

⁹² Ibidem, p. 561.

Do conceito ora adotado é possível extrair alguns elementos, sobre os quais a partir de agora passaremos a discorrer:

4.6.2.1. “Procedimento”

Como largamente mencionado anteriormente, a aceção de desapropriação, necessariamente, se refere a um *procedimento*, e como tal, é imprescindível que se destaque a sua natureza formal. Segundo anota Lopes Meirelles, se desenvolve em duas fases distintas, sendo a primeira declaratória, e a segunda, executória.

Enquanto procedimento – e não mero ato – administrativo, se caracteriza por uma série concatenada e ordenada de atos que, ao final, culmina com a expropriação. Se inicia mediante a declaração de utilidade ou necessidade pública ou interesse social, devendo passar por atos de avaliação do bem a ser expropriado e pela indenização, para que, ao final, seja possível a efetiva incorporação do bem ao domínio do Poder Público. Como qualquer procedimento administrativo, a realização de um ato pressupõe o ato seguinte, sendo que a omissão ou nulidade de qualquer de suas fases caracteriza vício de ilegalidade. Nesse sentido, o magistério de Lopes Meirelles:

É um procedimento administrativo (e não um ato), porque se efetiva através de uma sucessão ordenada de atos intermediários (*declaração de utilidade, avaliação, indenização*), visando à obtenção de um ato final, que é a adjudicação do bem ao Poder Público ou ao seu delegado beneficiário da expropriação.

Toda desapropriação deve ser precedida de *declaração expropriatória regular*, na qual se indique o bem a ser desapropriado e se especifique sua destinação pública ou de interesse social. Não há, nem pode haver, *desapropriação de fato*, ou *indireta*.⁹³

Com efeito, muito embora seja abominável a figura da *desapropriação indireta*, que corresponde a uma efetiva apropriação ilícita e abusiva da propriedade particular por parte do Poder Público, fato é que, muitas vezes, este lança mão de expedientes temerários para concretizá-la, em flagrante desrespeito à ordem jurídica vigente. Nesse sentido, a Administração Pública se apropria da propriedade particular sem levar a efeito a prévia declaração expropriatória (interesse social, ou utilidade ou necessidade pública), praticando verdadeiro esbulho contra a propriedade privada.

Diante dessa atuação ilícita da Administração Pública, Celso Antônio Bandeira de Mello expõe o seguinte entendimento:

Desapropriação indireta é a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua conseqüente integração no patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório. Ocorrida esta, cabe ao lesado recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado, do mesmo modo que o seria caso o Estado houvesse procedido regularmente.

“*Data venia*”, esta concepção parece complacente com o grave desvio de legalidade que a Administração Pública pratica quando promove uma desapropriação indireta. Isto porque age em absoluto desrespeito à garantia constitucional do “*due process of law*”, de imprescindível observância para que se possa privar alguém de sua propriedade, constitucionalmente assegurada. Não obstante, fato é que ora defendemos a absolutamente identicidade do conceito de desapropriação com o de procedimento; de modo que qualquer hipótese de desrespeito ao devido processo legal instituído para esses efeitos inegavelmente sucumbe à nulidade. Além disso, em se entendendo que cumpre ao administrado buscar a sua devida indenização por vias judiciais, se esta tão somente por beneficiar o infrator – a Administração Pública – que dolosa e ilegalmente se apropriou de coisa alheia, e que dessa forma se isentou do pagamento da prévia indenização. Nesse sentido, comungamos com o pensamento do mestre Hely Lopes Meirelles:

A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e, como tal, não encontra apoio em lei. É situação de fato que se vai generalizando em nossos dias, mas que a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com os interditos possessórios. Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente, da maneira mais completa possível, inclusive correção monetária, juros moratórios, compensatórios a contar do esbulho e honorários de advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da Administração.⁹⁴

A insuscetibilidade de reivindicação após consumada a destinação pública do bem expropriado dessa maneira decorre de construção jurisprudencial, que considera o ato ilícito consumado, restando ao particular buscar o ressarcimento – e não

⁹³ Ibidem, p. 562.

⁹⁴ Ibidem, p. 562.

indenização, que é característica da responsabilidade da Administração por ato lícito – através das vias judiciais. Ressalte-se que, nesse caso, o pleito do administrado poderá ser acompanhado de todos os acessórios de estilo, na forma descrita pelo doutrinador.

Surpreendentemente, por meio da Medida Provisória nº 2.027-38/2000, o Poder Público acabou por efetivamente institucionalizar a má-fé administrativa na desapropriação indireta, à medida em que estabeleceu prazo prescricional de cinco anos para o pleito de ressarcimento, bem como fixou o patamar dos juros moratórios a 6% a.a.. Note-se que isto veio na contramão da jurisprudência pacificada, que estabelecia os juros em 12% e entendia como de vinte anos o mencionado prazo prescricional.

Sem entrar no mérito da apreciação de qual efetivamente seria a *relevância* e a *urgência* da referida medida, fato é que passou a ser muito mais atraente para a Administração Pública agir na ilegalidade do que cumprir o devido processo legal, haja vista que, expropriando de forma indireta, somente precisará se preocupar com o efetivo ressarcimento após muitos anos de contenda judicial e, no mais das vezes, a conta ficará para ser arcada pelas gestões subseqüentes.

4.6.2.2. *Sujeição ativa e passiva*

Como já mencionado anteriormente, a lei determinará quais as entidades capazes de promover o procedimento expropriatório. Primeiramente, cumpre estabelecer que somente deterá efetiva legitimidade ativa para instauração do procedimento o Poder Público.

Fazendo um breve adiantamento do que será melhor travado “*infra*”, podemos dizer aqui que, muito embora o instituto da desapropriação seja uno, fato é que ele comporta variações, conforme o fundamento legal-constitucional que legitima o ato expropriatório. É importante fazer esse destaque nesse momento, pois dependendo do fundamento que legitima a expropriação, também ocorrerão variações nas entidades legitimadas a funcionar no respectivo pólo ativo. Nesse sentido, tomamos a liberdade de colacionar a lição de Di Pietro, que relaciona as causas expropriantes com os entes legitimados a promover o procedimento:

Segundo o Decreto-lei nº 3.365/41, podem ser sujeitos ativos da desapropriação por utilidade pública a União, os Estados os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios (art. 2º). Quanto à desapropriação por interesse social, há que se distinguir três hipóteses:

1. a prevista no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição, regulada pela Lei nº 4.132/62, é de competência das mesmas pessoas jurídicas já aludidas (art. 5º da lei);
2. a que tem fundamento no artigo 182, §4º, da Constituição, regulamentada pela Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), é da competência exclusiva do Município;
3. a que tem fundamento no artigo 184, referente à desapropriação para reforma agrária, disciplinada pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30-11-64) e pela Lei Complementar nº 76, de 6-7-93, é de competência exclusiva da União.⁹⁵

Ainda atenta a eminente professora para que o fato do Estatuto da Terra dar competência privativa para a União promover as desapropriações a que alude não significa que as demais pessoas políticas não possam desapropriar propriedades rurais; significa tão somente que não podem fazê-lo para fins de reforma agrária, mediante a prerrogativa do pagamento em títulos da dívida agrária.

Além disso, ressalte-se que não só as pessoas políticas dispõem de legitimidade para promover desapropriações; segundo Di Pietro, “como os sujeitos ativos da desapropriação estão definidos em lei (...), não há impedimento a que outra lei federal também atribua o mesmo poder expropriatório a outras entidades da Administração Indireta (...)”. Nesse sentido, cita como exemplos o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (art. 82, inciso IX, Lei nº 10.233/01) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (artigo 10, Lei nº 9.074/95), que também detêm competência para editar a declaração de utilidade pública.

O sujeito passivo da desapropriação será o expropriado, que poderá ser tanto um particular quanto um integrante do Poder Público. O §2º do artigo 2º do Decreto-lei nº 3.365/41, porém, determina uma espécie de ordem hierárquica para a sujeição passiva entre pessoas políticas: “Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa”.

4.6.2.3. *Compulsoriedade*

⁹⁵ *Ibidem*, p. 162.

O ato expropriatório tem natureza auto-exigível, vale dizer, é desnecessário à Administração Pública se socorrer do Poder Judiciário para fazer valer a sua vontade. Destarte, a impugnação do procedimento da desapropriação incumbe ao administrado; todavia, mesmo quando se socorre da autoridade judiciária, o âmbito de matérias que se lhe permite argüir de forma legítima é bastante restrito.

Isto porque o procedimento em questão pressupõe alguns atos discricionários, cujo mérito é notoriamente fundado em razões de conveniência e oportunidade, as quais, por serem de competência exclusiva da autoridade competente, são infensas ao controle jurisdicional. Tudo isso dá ensejo a uma série de conseqüências desfavoráveis para o administrado.

Ao particular é defeso questionar o mérito da desapropriação (v.g., se é efetivamente conveniente e/ou oportuno realizar tal expediente); a princípio, o seu direito de impugnação se limita à argüição de eventuais nulidades no procedimento expropriatório, à verificação da ocorrência de hipótese legal que permita a declaração expropriatória, ou, ainda, à questão do valor que lhe será pago a título de indenização. Celso Antônio Bandeira de Mello, contudo, entende que o poder de discussão do administrado ultrapassa as barreiras estritamente traçadas no Decreto-lei 3.365/41:

Com efeito, há que entender que as palavras da lei – e, no caso, as hipóteses legais previstas como autorizadoras da desapropriação – têm um sentido próprio, um conteúdo, à vista de uma finalidade, que é, afinal, a garantia no sistema normativo (...) Por isso, cumpre que a declaração de utilidade pública seja efetivamente predisposta à realização de uma das finalidades que ensejam o exercício do poder expropriatório. Segue do exposto que se o proprietário puder, *objetivamente e indisputavelmente*, demonstrar que a declaração de utilidade pública não é um instrumento para a realização dos fins a que se preordena, mas um recurso arbiloso para atingir outro resultado, o juiz deverá reconhecer-lhe o vício e, pois, sua invalidade.

De modo que o eminente jurista reconhece a ampla possibilidade do administrado atingido pelo gravame de discutir não só a legalidade do ato, mas também a sua adequação com os outros princípios orientadores do sistema jurídico-administrativo, sobretudo os da finalidade e impessoalidade. Além disso, para Bandeira de Mello, também é desnecessária a propositura de expediente paralelo para a discussão dessa matéria, podendo esta ser resolvida, inclusive, nos mesmos autos da ação expropriatória. Isso porque o dispositivo do artigo 35 daquele Diploma determina

que “os bens expropriados, uma vez incorporados á Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação (...)”. Nessa hipótese, a norma complementa que “qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”. Para o mencionado doutrinador, essa forma de reparação é “ineficiente (...) para garantir ao proprietário despojado a proteção estabelecida no art. 5º, XXIV, da Carta Magna, que assegura a propriedade (...)”. Por fim, complementa o seu raciocínio da seguinte maneira:

A discricionariedade, dentro das hipóteses legais de desapropriação, não é, evidentemente, possibilidade aberta ao Poder Público de servir-se formalmente das expressões legais para atribuir-lhe a força de instrumento de satisfação de propósitos alheios aos que a lei protege, deseja e expressa. Ato de tal natureza configura desvio de poder e deve ser coartado pelo Judiciário através de meio eficaz, isto é, na própria ação de desapropriação, sob pena de não resultar na proteção pleiteada a valor jurídico resguardável.⁹⁶

4.6.2.4. Objeto

Via de regra, todos os bens dotados de efetivo conteúdo econômico estão sujeitos à força expropriatória do Estado, inclusive o espaço aéreo e o subsolo. Também são apropriáveis pelo Estado outras sortes de direitos reais que não o de propriedade, como o direito de posse – legítima e de boa fé –, pois é inegável que igualmente correspondem a um conteúdo econômico determinado.

Por outro lado, logicamente, não se submetem ao poder de desapropriar do Estado os direitos personalíssimos, pois inseparáveis de seus respectivos titulares. Igualmente, não se admite a desapropriação da moeda corrente nacional; seria absurdo que se lhe permitisse, tendo em vista que a desapropriação pressupõe a prévia e proporcional indenização em dinheiro.

A princípio, inexistente restrição acerca da desapropriação de quotas ou ações de empresas. Igualmente, segundo leciona Lopes Meirelles, inexistente qualquer proibição – ou mesmo vinculação à autorização legislativa, como ocorre com as pessoas políticas – para a desapropriação de bens de propriedade de autarquias, fundações públicas, empresas estatais, concessionários, etc. Ressalva, contudo, que o Decreto-lei 3.365/41,

em seu artigo 2º, §3º, limita a desapropriação de ações quotas ou direitos de sociedades cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal.

Mas entendemos que a desapropriação de bens vinculados a serviço público, pelo princípio da continuidade do serviço, dependerá sempre de autorização da entidade superior que os instituiu e delegou, porque sem essa condição a atividade dos entes maiores seria tolhida, e até mesmo suprimida, pelos menores, por via expropriatória (STF, RT 707/221; STJ, RT 727/148). Bem por isso, o Dec-lei 856, de 11.9.69, acrescentou ao art. 3º da lei geral das desapropriações (Dec-lei 3.365/41) o §3º, vedando a expropriação, pelas entidades menores, de *ações, quotas, e direitos* de instituições ou empresas que funcionem com autorização e sob fiscalização do Governo Federal, salvo com aquiescência do Presidente da República (STJ, RDA 187/249).⁹⁷

Muito embora o destinatário dos bens expropriados, em geral, seja a própria entidade expropriante, a verdade é que muitas vezes estes são transferidos em favor de outras pessoas jurídicas, sejam de direito público ou privado, ou até mesmo para pessoas naturais. Todavia, não nos estenderemos nesse tema no momento, pois será tratado mais especificamente quando da análise mais elaborada de cada tipo de desapropriação.

4.6.3. FUNDAMENTOS

Diversas teorias surgiram com o objetivo de justificar os poderes que, em detrimento do dogma da propriedade privada, o instituto da desapropriação confere em favor do Estado.

Sem sombra de dúvida, o argumento mais comumente utilizado para legitimar a categoria da desapropriação é aquele relativo à preponderância do interesse público sobre o individual. Note-se que este argumento, que conforme anota Bandeira de Mello é de cunho eminentemente político, tomou contornos jurídicos à medida em que o ordenamento jurídico-administrativo recepcionou como princípio norteador de seu sentido o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Esse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que “o fundamento jurídico teórico consiste

⁹⁶ Ibidem, p. 522/523.

⁹⁷ Ibidem, p. 564.

na tradução dentro do ordenamento normativo dos princípios políticos acolhidos no sistema”⁹⁸.

Outras teorias de cunho político se difundiram em defesa da desapropriação, por vezes se calcando na função social da propriedade, pela qual a propriedade só se legitima quando utilizada em benefício da coletividade; por outras, através da ficção jurídica de que toda a propriedade seria efetivamente coletiva, sendo a propriedade privada mera liberalidade do Estado. Nesse sentido, cumpriria ao Estado a prerrogativa de, sempre que lhe fosse oportuno, reivindicar o domínio sobre a mesma.

Por outro lado, não se pode deixar de citar aquelas teorias que buscam legitimar o instituto por meio de uma perspectiva eminentemente jurídica. Bandeira de Mello adota a “(...) idéia do domínio eminente de que dispõe o Estado sobre todos os bens existentes em seu território”. A teoria do domínio eminente se fundamenta em um aspecto dúplice da soberania do Estado; se por um lado desta deriva o *poder de império* exercido sobre as pessoas, de outro, também emana um *poder de domínio*, exercido sobre as coisas situadas em seu território, o qual inclusive se sobrepõe ao domínio particular. Não são precisas maiores digressões para se notar as feições tipicamente feudais dessa justificativa.

Ainda se concebe de um fundamento teleológico para a desapropriação, que repousa no fato de ser um instrumento necessário para possibilitar que o Estado atinja o seu “*munus*”, a satisfação dos interesses coletivos, posto que a propriedade concebida de forma absoluta e intocável constituiria verdadeiro óbice para tanto.

Por derradeiro, cumpre mencionar os fundamentos que parecem ser os mais importantes para a legitimação da desapropriação. Tratam-se dos *fundamentos normativos constitucionais e fundamentos infraconstitucionais*. Essa categoria jurídica encontra escopo na Carta Constitucional, em seus artigos 5º, inciso XXIV; 182, §4, inciso III; e, 184.

Também encontra fundamento normativo, porém infraconstitucional, nos seguintes Diplomas: a) Decreto-lei 3.365/41 (Lei geral de Desapropriações); b) Lei 3.833/60 (desapropriações no polígono das secas); c) Lei 4.132/62 (desapropriações

⁹⁸ Ibidem, p. 508.

por interesse social); d) Lei Delegada 04/62 (desapropriação de produtos necessários para o consumo do povo); e) Lei 4.593/64 (desapropriação para combate às secas no Nordeste); f) Lei 4.686/65 (fixação da indenização); g) Lei Complementar 76/93 (fixa rito sumário para desapropriação com base no artigo 184 da CF); h) Decreto-lei 1.075/70 (disciplina parcialmente a desapropriação de imóveis urbanos); i) Lei 5.772 (Código de Propriedade Industrial); e, j) Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade, disciplina a desapropriação fundamentada no artigo 182, §4, inciso III da CF).

Os fundamentos constitucionais é que determinarão o regime jurídico a ser seguido na condução do procedimento de desapropriação, de forma que é imprescindível que se proceda ao seu estudo detalhado.

4.6.4. OS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS

Tomado em um sentido amplo, o artigo 5º, XXIV da Constituição Federal é o fundamento constitucional último de todas as hipóteses de desapropriação concebidas em nosso ordenamento, pois assim estabelece:

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;

Por outro lado, fato é que a própria Carta Magna admite um regime jurídico diferenciado para certas hipóteses expressamente descritas em seu texto, nas quais a Administração Pública não fica adstrita ao pagamento de indenização prévia e em dinheiro. Estas hipóteses versam inequivocamente sobre motivos de *interesse social*.

Além disso, também é verdade que a farta legislação mencionada no Capítulo anterior nem sempre é aplicável a todos os procedimentos expropriatórios, sendo por vezes reservados a hipóteses típicas de desapropriação.

De modo que o fundamento adotado pela Administração Pública na declaração expropriatória que irá determinar o procedimento a ser conduzido, pelo que é de fundamental importância o conhecimento acerca da peculiaridade de cada uma dessas hipóteses.

Primeiramente, pertinente citar uma breve distinção entre os três pressupostos, elaborada por Seabra Fagundes:

Existe necessidade pública quando a Administração está diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido, nem procrastinado, e para cuja solução é indispensável incorporar, no domínio do Estado, o bem particular; (...) há utilidade pública quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível; (...) ocorre interesse social quando o Estado esteja diante dos chamados interesses sociais, isto é, daqueles diretamente atinentes às camadas mais pobres da população e à massa do povo em geral, concernentes à melhoria nas condições de vida, à mais equitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade.⁹⁹

Vale dizer, a *necessidade pública* pressupõe uma situação de gravidade, ou mesmo de perigo, a qual requeira uma atuação imediata e eficaz da Administração Pública, e que seja insolúvel, senão através da apropriação da propriedade privada pelo Estado. A *utilidade pública*, por sua vez, diz respeito a uma expropriação fundada nos critérios de conveniência e oportunidade; muito embora a aquisição compulsória da propriedade não seja urgente, premente, inadiável, é bem verdade que, de fato, seria muito vantajosa para a satisfação de um determinado interesse público. Por *interesse social*, entendemos aqueles objetivos que não se incluem – ao menos imediatamente – entre os interesses da sociedade em geral, mas sim, de uma coletividade mais específica; nesse sentido, se confunde com os propósitos de promoção da justiça social, mediante a diminuição das desigualdades sociais e o atendimento das necessidades das populações carentes. Ao contrário dos outros dois pressupostos, o do interesse social não se fundamenta tão somente no artigo 5º, XXIV da CF, também encontrando esteio nos artigos 182, §4º, inciso III, e 184 da Carta Magna.

Muito propriamente, Maria Sylvia Di Pietro anota que “a definição de quais sejam os casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social não fica a critério da Administração Pública, uma vez que as hipóteses vêm taxativamente indicadas em lei”¹⁰⁰. Para resguardar os direitos do expropriado, muito mais do que indicar o fundamento constitucional do ato expropriatório, cumpre à Administração Pública demonstrar a adequação da hipótese de fato a um permissivo previsto na legislação ordinária.

⁹⁹ IN: Di Pietro, *Ibidem*, p. 163.

O artigo 5º da Lei Geral de Desapropriações (Decreto-lei nº 3.365/41) prevê de forma expressa os casos de desapropriação por utilidade pública: Importa destacar, todavia, que a referida legislação também engloba como utilidade pública aquelas hipóteses entendidas como de necessidade pública, como é facilmente perceptível em suas alíneas “a”, relativa à proteção da segurança nacional; “b”, à defesa do Estado; “c”, ao socorro público em caso de calamidade; e, em alguns casos, “d”, para preservação da salubridade pública.

O interessante é que a referida lei fulminou qualquer possibilidade de fundamentação do procedimento expropriatório com base em raciocínio analógico por parte do administrador; a alínea “q” do mencionado dispositivo confere taxatividade ao rol ali estabelecido, à medida em que dispõe que “consideram-se casos de utilidade pública: (...) q) os demais casos previstos por leis especiais”. De modo que ficou reservada ao legislador a competência para determinação dos motivos capazes de caracterizar a necessidade e utilidade pública aptas a dar ensejo à desapropriação.

Com efeito, não se pode conceber de relegar ao juízo do administrador a interpretação do que para ele seria *necessidade* ou *utilidade públicas* ou *interesse social*, haja vista que isto em muito expandiria o poder expropriatório do Estado, em flagrante detrimento da garantia da propriedade privada.

A desapropriação por interesse social, quando fundada no artigo 5º da Constituição Federal, encontra respaldo infraconstitucional na Lei nº 4.132/62, a qual também traz rol exaustivo das hipóteses autorizadoras:

Art 2º Considera-se de interêsse social:

I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;

III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V - a construção de casas populares;

¹⁰⁰ Ibidem, p. 163.

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reserva florestais.

Como já mencionado, a desapropriação por interesse social ainda encontra legitimação constitucional no artigo 182, §4º inciso III, que a estipula como um sancionamento ao proprietário que não utiliza ou sub-utiliza a propriedade urbana, em desacordo com as normas de aproveitamento delineadas no Plano Diretor; esta espécie se encontra regulamentada pelo Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/01). O interesse social fundamentado no artigo 184 da Constituição Federal, por sua vez, significa sanção em desfavor do proprietário que deixar de satisfazer a função social da propriedade rural; nesses casos, a propriedade será destinada à promoção da Reforma Agrária. Essa espécie se encontra regulamentada pela Lei Complementar nº 76/93. Por derradeiro, importa ressaltar que, justamente por se tratarem de sancionamentos, ambas estas espécies fogem àquela regra do artigo 5º, XXIV, acerca da prévia indenização em dinheiro. Nestes casos, a indenização será processada, respectivamente, mediante títulos da dívida pública resgatáveis em até dez anos, e títulos da dívida agrária, resgatáveis em até vinte anos.

4.6.5. NATUREZA JURÍDICA

Primeiramente, cumpre destacar que a desapropriação não se caracteriza como uma mera faculdade, um direito da Administração Pública, para ser exercido ao livre arbítrio do administrador. Como largamente mencionado quando da exposição sobre o sistema jurídico-administrativo, do preceito da indisponibilidade se infere que à atuação da administração não socorrem direitos, mas sim poderes, que deverão ser exercidos sempre que pertinente. Relembremos aqui a noção de poder-dever da Administração Pública. Nesse sentido, o máximo que a ordem jurídica defere ao juízo do administrador é quando da estipulação de um poder discricionário; entretanto, certo é que o fato da lei possibilitar que o administrador somente exerça a competência

quando esta se faça conveniente e oportuna não retira o seu caráter cogente, posto que, sempre que verificados estes pressupostos, ele não poderá se furtar ao seu devido cumprimento.

Isto posto, é possível dizer com segurança que a desapropriação se caracteriza como um efetivo *poder* cometido em favor da Administração Pública. Não obstante, também se observa que, invariavelmente, este poder não se exercerá sobre pessoas, mas diretamente sobre uma “*res*”. De modo que concluímos que a desapropriação é um *poder real* da Administração.

O fato de ser exercido diretamente sobre uma “*res*”, e portanto, independer da pessoa que outrora titulasse o direito sobre o objeto, lhe induz a roupagem de *forma originária de aquisição da propriedade*. Por independer do título do proprietário anterior, inexistente sucessão no domínio da propriedade; o direito do particular sobre a coisa se fulmina no exato momento em que um novo direito surge em favor do Poder Público. Celso Antônio Bandeira de Mello destaca a importância dessa característica do instituto:

Dizer-se que a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade significa que ela é, por si mesma, suficiente para instaurar a propriedade em favor do Poder Público, independentemente de qualquer vinculação com o título jurídico do anterior proprietário. É a só vontade do Poder Público e o pagamento do preço que constituem propriedade do Poder Público sobre o bem expropriado.¹⁰¹

A doutrina comumente anota as conseqüências dessa característica da desapropriação, pelo que sucintamente transcreveremos algumas delas:

- a) por se tratar de poder exercido diretamente sobre a coisa, não se requer para promoção do procedimento que a Administração Pública identifique ou encontre o seu proprietário, mas tão somente o objeto que se pretende desapropriar. Assim, efetiva a identificação do titular do domínio somente se faz necessária para efeitos de levantamento da indenização;
- b) se a indenização for incorretamente realizada, isso não será motivo para nulidade do título aquisitivo;
- c) a desapropriação dá ensejo à extinção de quaisquer ônus reais que porventura gravem o seu objeto. Nessa hipótese, simplesmente restará ao credor titular da garantia a sub-rogação na percepção da indenização;
- d) extingue cláusula de inalienabilidade;
- e) eventuais direitos obrigacionais envolvendo o objeto se resolvem em perdas e danos. A título de exemplo, é possível citar a hipótese da existência de relação de

¹⁰¹ Ibidem, p. 508.

compromisso de compra e venda em um imóvel desapropriado. Não se opõe esse tipo de questão na ação de desapropriação.

f) Por ser título aquisitivo, a sentença de desapropriação pode ser transcrita no Registro de Imóveis independentemente de continuidade com as relações anteriores.

g) A propriedade desapropriada não se sujeita à evicção.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ainda traz concepção dúplice da natureza jurídica do instituto; “sob o aspecto formal, a desapropriação é um procedimento; quanto ao conteúdo, constitui transferência compulsória de propriedade.

4.6.6. PROCEDIMENTO

4.6.6.1. Fase Declaratória

O procedimento geral da desapropriação, previsto no Decreto-lei 3.365/41, se divide em duas fases essenciais. A primeira, a declaração de necessidade ou utilidade pública ou interesse social; a segunda, a fase executória, que pode ter desfecho extrajudicial ou judicial.

Na fase *declaratória* a Administração Pública irá exteriorizar a existência de necessidade pública, mediante o reconhecimento de uma situação de emergência ou urgência; o advento da utilidade pública do bem, mediante a existência de razões de conveniência e oportunidade; ou, por fim, a existência de interesse social na apropriação do objeto.

Nessa fase, que inaugura o processo de desapropriação, é que a Administração Pública, reconhecendo em concreto a existência dos pressupostos autorizadores para tanto, manifesta o seu interesse em adquirir compulsoriamente a coisa. Este ato somente pode ser manifestado por entidades legalmente autorizadas para tanto, as quais já mencionamos no Capítulo atinente à legitimidade ativa. Além disso, no que toca às pessoas políticas, poderão fazê-lo tanto órgãos pertencentes ao Poder Executivo como ao Legislativo, conquanto em ambas as hipóteses os atos expedidos serão Decretos, e, portanto, terão natureza de atos administrativos.

São requisitos dessa declaração a manifestação de vontade de submeter o bem à expropriação, o fundamento legal correspondente, a demonstração da destinação que se pretende dar ao objeto, e a sua efetiva identificação.

A declaração em comento inaugura um regime jurídico diferenciado em face do objeto expropriando; muito embora esta ainda não caracterize a transferência da propriedade, a lei já lhe confere a capacidade de produzir alguns efeitos, que mencionamos na forma descrita por Bandeira de Mello:

São efeitos da declaração de utilidade pública: a) submeter o bem à força expropriatória do Estado; b) fixar o estado do bem, isto é, suas condições, melhoramentos, benfeitorias existentes; c) conferir ao Poder Público o direito de penetrar no bem a fim de fazer verificações e medições, desde que as autoridades administrativas atuem com moderação e sem excesso de poder; d) dar início ao prazo de caducidade da declaração.¹⁰²

Como esta declaração não elide os poderes dominiais do administrado, continua facultado ao administrado levar a efeito eventuais edificações e benfeitorias sobre a propriedade, pelo que, para tanto, não pode a Administração se furtar ao licenciamento de obras, caso satisfeitos os requisitos necessários à espécie. Ocorre que a declaração fixa todas as edificações e benfeitorias a princípio indenizáveis, pelo que aquelas posteriormente incorporadas à coisa somente o serão se efetivamente *necessárias*. As benfeitorias úteis construídas após a declaração, por sua vez, poderão ser objeto de indenização caso levadas a efeito mediante expressa autorização da autoridade administrativa.

Nos termos do artigo 10 do Decreto-lei nº 3.365/41, realizada a declaração de necessidade ou utilidade pública, terá o Poder Público o prazo de cinco anos para a efetivação da expropriação mediante acordo ou para a instauração do procedimento desapropriatório judicial, após o qual decairá o seu direito em fazê-lo. No caso da desapropriação por interesse social, o prazo é ainda mais exíguo, de dois anos. Nesses casos, ainda se há de perceber que este prazo não se refere tão somente à instauração do procedimento; nos termos do artigo 3º da Lei nº 4.132/62, dentro desse período deve o expropriante também dar início às providências para a efetiva destinação da coisa.

¹⁰² Ibidem, p. 514.

Consoante o entendimento da doutrina majoritária, o ato que consolida a efetiva interrupção do prazo decadencial é o da propositura da ação de desapropriação. O artigo 219 do CPC estabelece que a citação válida interrompe a prescrição; muito embora de prescrição não se trate, Bandeira de Mello desenvolve o seguinte raciocínio:

(...) o referido Decreto-lei 6.790 estabeleceu que o disposto no art. 166 do CPC [de 1939] deveria aplicar-se não só a todos os casos de prescrição, mas também *aos demais 'prazos extintivos previstos em lei'*. O advento do Código de Processo Civil de 1973 não infirma esta interpretação, pois o art. 219 continha disposições análogas às do art. 166 precitado.¹⁰³

Em seguida, conclui lembrando que o §1º do artigo 219 do CPC determina que a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

O artigo 10 da Lei Geral das Desapropriações, muito embora estipule o prazo decadencial para a efetivação da desapropriação, não impede que, decorrido este prazo, somado ao período de um ano a partir da caducidade, se possa renovar a declaração de utilidade pública.

4.6.6.2. Fase Executória

Como anteriormente mencionado, a fase executória da desapropriação pode ser levada a efeito de duas formas diferentes: a primeira, e mais simplificada, é a administrativa, que será suficiente no caso em que o expropriante e o expropriado cheguem a um acordo a respeito do valor da indenização, devidamente reduzido a termo, que em se tratando de imóvel, deverá o ser na forma de escritura pública, para que posteriormente se leve ao registro competente.

Caso as partes não entrem em acordo acerca do preço, está autorizada a Administração Pública a ingressar, em face do expropriado, com *ação de desapropriação* perante o Poder Judiciário. O processo a ser seguido nesta hipótese é aquele descrito na parte processual do Decreto-Lei nº 3.365/41, sendo admitida a aplicação supletiva dos preceitos do CPC. No caso das desapropriações fundadas no artigo 184 da Constituição Federal (para efeitos de Reforma Agrária), o feito seguirá

rito sumário, na forma prescrita na Lei Complementar nº 76/93. A ação de desapropriação deverá ser intentada no foro da situação da coisa, ressalvada a competência da Justiça Federal quando a parte expropriante for a União.

No que concerne ao mérito da demanda, o artigo 9º da Lei Geral das Desapropriações preceitua que “ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública”. Com efeito, não se admite que o expropriando postule exceção nesse sentido, até porque fato é que essas considerações pertencem à esfera do *mérito* do ato administrativo, e portanto, infensas à seara de apreciação do Poder Judiciário. Também não se discutem questões referentes ao domínio ou à posse, pois o feito pode versar tão somente sobre a constituição do domínio do Poder Público sobre o bem, a título originário.

Por outro lado, cumpre ao Judiciário ampla liberdade para apreciação da regularidade extrínseca da desapropriação, inclusive considerando a efetiva adequação dos motivos às hipóteses permissivas da providência, taxativamente estipuladas em lei. Muito embora a doutrina seja divergente neste ponto em particular, adotamos o entendimento de Bandeira de Mello, no sentido de que:

Cumpra que tal apreciação possa ser feita até mesmo na ação expropriatória, que, se assim não fora, de nada valeria ao particular demonstrar-lhe o vício posteriormente, poi, uma vez integrado o bem, ainda que indevidamente, ao patrimônio público – *ex vi* do art. 35 do Decreto-lei 3.365 – a questão resolver-se-ia por perdas e danos, donde ser ineficiente tal meio para garantir ao proprietário despojado a proteção estabelecida no art. 5º, XXIV, da Carta Magna, que assegura a propriedade, salvo quando o interesse público (entende-se, efetivamente existente) requeira sua conversão na correspectiva expressão patrimonial.

Não obstante, deverá o magistrado apreciar as questões referentes a nulidades processuais, ao depósito provisório do valor indenizatório, à imissão provisória na posse, e, ainda, fixar a indenização pelo “justo preço”. O proprietário também poderá articular nesses autos o seu *direito de extensão*. Quando a desapropriação atingir tão somente parcela do seu imóvel, mas a parcela restante resultar inservível se apartada daquela expropriada, pode o administrado pleitear indenização pela área total. Nesse sentido é o entendimento de Hely Lopes Meirelles:

¹⁰³ *Ibidem*, p. 516.

O *direito de extensão* é o que assiste ao proprietário de exigir que na desapropriação se inclua a parte restante do bem expropriado, que se tornou inútil ou de difícil utilização. Tal direito está expressamente reconhecido no art. 12 do Dec. federal 4.956/03. A legislação posterior não se referiu a ele, mas, como tal disposição não contraria em nada o Dec.-lei nº 3.365/41 e leis subseqüentes, entendemos, como Eurico Sodré, que o preceito está em vigência.¹⁰⁴

Satisfeita a indenização, poderá o Poder Público adjudicar a propriedade, incorporando-a à sua esfera dominial.

Já a *imissão provisória na posse* significa a medida deferida pelo juiz no sentido de antecipar a posse em favor do ente expropriante, desde que depositado o valor a que se refere o artigo 15 do Decreto-lei 3.365/41, e alegada a sua urgência por parte do Poder Público. Note-se que, a partir do momento em que este se imite – mesmo que provisoriamente – na posse, leciona Lopes Meirelles, “o expropriante aufere todas as vantagens do bem e cessa para o expropriado a sua fruição, devendo cessar também todos os encargos correspondentes, notadamente os tributos reais”¹⁰⁵.

O advento da Constituição Federal de 1988 instalou uma controvérsia entre os nossos Tribunais Superiores, no sentido da constitucionalidade – ou não – dessa imissão “*initio litis*” do expropriante na posse da coisa, nos termos do mencionado dispositivo: “se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens”.

Conforme descreve Lopes Meirelles¹⁰⁶, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal divergiam acerca da aplicabilidade da matéria, especificamente no sentido de que, na prática, os valores a que se refere o artigo 15 seriam irrisórios frente ao gravame imposto ao expropriado, restando violada, assim, a garantia da justa indenização. Ao final prevaleceu, contudo, o entendimento da Corte Suprema, no sentido de que a disposição seria constitucional. Isso ao argumento que a indenização há de ser justa e prévia somente em relação à efetiva perda da propriedade, e não à imissão provisória na posse.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 577.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 577.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 576.

Ao proprietário é facultado o levantamento de até oitenta por cento do valor depositado a título de depósito provisório; o percentual restante servirá para garantir eventuais encargos de sucumbência, caso prevaleça o valor ofertado pela Administração Pública. Com efeito, é de se ressaltar que este levantamento somente será possibilitado mediante a comprovação da propriedade e da quitação dos débitos fiscais incidentes sobre o imóvel, até o momento da imissão na posse.

De forma definitiva, a imissão na posse só se dará após o pagamento integral da indenização, nos termos do acordo ou da decisão judicial.

A *justa indenização*, por sua vez, corresponde não só ao valor atualizado da coisa expropriada, mas também à cobertura de todos os prejuízos e acessórios decorrentes dessa forma brusca de privação da propriedade. Isto porque a concepção de “justo” não pode se dissociar da integral recomposição do patrimônio do expropriado, pois como já mencionado, não se pode conceber de submeter um administrado a encargos desproporcionais, se comparados aos suportados pelo restante da sociedade. Deve-se buscar, pois, a completa recomposição dos prejuízos por ele experimentados. Nesse sentido, englobam-se na indenização justa, portanto, os valores correspondentes ao valor do bem, aos danos emergentes e lucros cessantes, bem como, na forma da lei, aos juros compensatórios e moratórios, às despesas judiciais, aos honorários de advogado e à correção monetária, tomada pelo índice oficial.

Os valores relativos ao preço do imóvel, lucros cessantes e danos emergentes serão aferidos, se não por acordo, mediante o trabalho de perito avaliador, nomeado pelo Juízo. No caso de valor indenizatório arbitrado em sentença final, leciona Hely Lopes Meirelles que o pagamento será feito por meio de precatório, “(...) à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias ou nos créditos especiais abertos para esse fim, e, se houver preterição do exequente, caberá *seqüestro* da quantia necessária à satisfação do débito”¹⁰⁷.

4.6.7. DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA

¹⁰⁷ Ibidem, p. 583.

Nos termos do artigo 4º do Decreto-lei 3.365/41, pode ainda a Administração Pública promover a chamada *desapropriação por zona*, que consiste na expropriação de áreas contíguas que excedam o estritamente necessário para a efetiva satisfação da necessidade ou utilidade pública.

O próprio artigo enumera os motivos que possibilitam que se lance mão deste expediente: a) será necessário o uso das áreas contíguas para o desenvolvimento da obra; ou, b) para que a própria Administração Pública se aproprie dos frutos da valorização imobiliária, provocada pela obra pública realizada no imóvel expropriado.

4.6.8. RETROCESSÃO E DESISTÊNCIA

Como visto no Capítulo dedicado à declaração de utilidade pública, é requisito fundamental para a sua validade a aposição da destinação que se pretende dar ao bem expropriado. Com efeito, a legitimidade da desapropriação será aferida com base na finalidade pública suscitada para desencadear o respectivo procedimento. Além disso, a destinação dada ao objeto não existe tão somente para legitimar o procedimento, há que ser efetivamente consolidada.

Nesse sentido, constatado eventual desvio de finalidade entre os motivos que fundamentaram o procedimento desapropriatório e a efetiva destinação dada à coisa expropriada, poderia o antigo proprietário reivindicar a sua devolução, mediante o instituto da *retrocessão*.

Atualmente, contudo, tem-se dado uma concepção abrandada do instituto, como um mero *direito de preferência* do antigo titular da coisa em reavê-la, na hipótese em que a Administração não tenha lhe dado a destinação definida na declaração. Destarte, no caso do Poder Público não cumprir a obrigação, esta se resolveria em perdas e danos, posto que, nos termos do artigo 35 do Decreto-lei 3.365/41, os bens “incorporados à Fazenda Pública não podem ser objeto de reivindicação”. Nesse sentido, a lição de Hely Lopes Meirelles:

A retrocessão é, pois, uma obrigação pessoal de devolver o bem ao expropriado, e não um instituto invalidatório da desapropriação, nem um direito real inerente ao

bem. Daí o conseqüente entendimento de que a retrocessão só é devida ao antigo proprietário, mas não a seus herdeiros, sucessores e cessionários.¹⁰⁸

Note-se, contudo, que muito embora majoritária, esta concepção não é unânime no meio doutrinário; no entender de Bandeira de Mello,

Esta, contudo, não é a solução exata para o problema. A questão deve ser resolvida a nível constitucional – e não legal. Se as razões constitucionais que justificaram a desapropriação não se confirmam, nenhum motivo haveria para o bem persistir, sem nenhum proveito público, em poder do expropriante, com injustificado sacrifício para o expropriado.¹⁰⁹

De modo que o eminente professor já entende pela efetiva possibilidade de pleitear a devolução do bem, mediante devolução do valor atualizado da indenização. O seu raciocínio parece acertado; toda a atuação da administração pública deve estar pautada no estrito cumprimento dos princípios norteadores do sistema jurídico-administrativo, sobretudo os da legalidade e finalidade. Não fosse isso suficiente, toda a interpretação de normas infraconstitucionais há de ser levada a efeito através da interpretação conforme a Constituição.

No concreto caso da violação à destinação declinada na declaração, verifica-se dupla infringência aos princípios constitucionais orientadores do sistema; primeiro, o vício de legalidade, porquanto é imperativo legal a adstrição da destinação da coisa à finalidade descrita na declaração; em segundo lugar, o próprio vício de finalidade, que não requer maiores digressões.

Nesse sentido, observamos que todo ato administrativo produzido em discordância com os princípios orientadores do sistema é *nulo*, e como tal, não pode provocar efeitos no mundo jurídico, sobretudo quando tão gravosos em face de uma garantia fundamental do Estado de Direito. Nesse caso, nem sequer se vislumbra a possibilidade de oposição da regra do artigo 35 do mencionado Diploma à hipótese em questão, pois os princípios constitucionais que resguardam a propriedade, a legalidade e a finalidade são em muito mais relevantes que a norma infraconstitucional.

A *desistência da desapropriação*, por sua vez, pode ocorrer até a efetiva adjudicação do bem ao patrimônio público, após o que este só pode retornar ao

¹⁰⁸ Ibidem, p. 584.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 524.

patrimônio particular por via da retrocessão. A desistência se opera por meio da revogação do Decreto expropriatório, o que implicará na invalidade do termo de acordo ou na extinção da ação de desapropriação. Muito embora seja defeso ao administrado se opor à revogação da medida – porque esta não serve aos seus propósitos particulares, mas sim ao interesse público –, sempre lhe restará a possibilidade de pleitear ressarcimento pelas despesas decorrentes do procedimento não concluído.

CONCLUSÃO

Como já advertíamos desde a oportunidade da introdução deste trabalho, para o operador do direito se faz imprescindível a efetiva compreensão dos poderes estatais frente à propriedade privada, sobretudo diante da presente conjuntura política, na qual correntes doutrinárias antagônicas vêm calorosamente debatendo sobre qual o papel que o Estado deverá assumir, no século XXI, frente aos direitos e liberdades individuais.

Em nossa opinião, o estudo do tema *intervenção do Estado na propriedade* não seria completo se não passasse, necessariamente, por uma análise dos institutos mais basilares do sistema jurídico-administrativo. Isto porque não se pode entender como suficiente – ou até mesmo possível – a compreensão de uma simples parcela do conhecimento, sem referi-la imediatamente com o todo a que pertence. Os princípios gerais conferem unidade e sentido ao ordenamento jurídico-administrativo, lhe impondo um regime jurídico que deve ser obedecido por toda a normatividade componente do sistema, obedecidas as peculiaridades inerentes a cada um de seus segmentos. Assim, a extensa digressão acerca do sistema e do regime jurídico-administrativo se fez necessária para dar fundamento a todas as idéias que seriam objeto das postulações elaboradas em seguida.

A noção sobre o sistema jurídico-administrativo é pressuposto essencial para a compreensão de qualquer uma de suas ramificações, pois transcreve em traços amplos todas as prerrogativas e limites da atuação do Estado perante o particular. Destarte, esses conceitos se revestem de grande utilidade quando da análise em concreto da atividade da Administração Pública.

Em seguida, a breve análise que se realizou sobre aspectos gerais do *poder de polícia* da Administração Pública também se fazia premente, para que então se adentrasse ao estudo da atividade interventiva do estado sobre a propriedade particular. Isto porque esta nada mais é que espécie daquela, muito mais ampla e abrangente. De forma apropriada, o ilustre doutrinador Caio Tácito nos lembra o verdadeiro papel desse poder do Estado frente ao particular:

No equilíbrio entre princípios – de certa forma antagônicos – da liberdade e da autoridade, o poder de polícia se coloca como uma das faculdades discricionárias do poder público, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar social¹¹⁰.

Nesses termos, é importante o conhecimento do regime jurídico aplicável especificamente à atividade de polícia do Estado, porquanto tenha reflexos diretos sobre a matéria que se desenvolveu.

Por fim, adentrado o estudo da intervenção sobre a propriedade privada propriamente dita, se observou que a doutrina não é absolutamente pacífica acerca da classificação de seus institutos. Vale dizer, muito embora os fundamentos e efeitos de cada categoria sejam, em geral, relativamente pacíficos, se verificou que os doutos discordam na fixação de critérios para a sua segura classificação.

Daí, para efeitos deste trabalho, entendemos pela necessidade de separar as categorias de intervenção estatal sobre a propriedade em dois grandes grupos, o das *limitações* e o das *restrições administrativas*.

Observadas as diretrizes gerais do sistema, fato é que cada uma das espécies obedece a um regime jurídico determinado, razão pela qual se optou por discutir cada uma delas em separado. Precipuamente, diferem-se em razão das primeiras terem o caráter de normas e atos gerais e abstratos, em contraposição à natureza das segundas, que corresponde à noção de encargos singularizadores.

Esta diferenciação é absolutamente salutar para aquele que pretenda entender a atuação da Administração perante a propriedade privada, haja vista que, dependendo do regime ao qual a atividade esteja filiada, diferentes serão as conseqüências impostas sobre a esfera jurídica do particular. Dentre estas, destacamos a possibilidade do administrado pleitear, face ao Estado, indenização pelo gravame imposto pelo ato que afetou o seu direito de propriedade. A pretensão indenizatória é plenamente possível no caso das restrições administrativas, caso demonstrado o dano, o que, via de regra, não ocorrerá quando o ato interventivo disser respeito à uma limitação.

No tocante às espécies de limitações, fato é que seria praticamente impossível exauri-las nos estritos parâmetros delineados para este trabalho; optou-se, pois, por

¹¹⁰ Ibidem, p. 42.

descrever unicamente sobre o seu ramo mais extenso e presente no dia-a-dia da população, as limitações de direito municipal.

Nesse diapasão, ainda cumpre mencionar que uma outra espécie de limitação ainda fora mencionada no decorrer do trabalho, porém no capítulo destinado às restrições. Quando se discutiu acerca das propriedades da figura do *tombamento*, se advertiu que, conforme seja levada a efeito no caso concreto (se significar ato geral e abstrato ou tratamento singularizador), poderá se caracterizar ora enquanto limitação, ora como restrição.

Já no que toca às principais espécies de restrições administrativas, entendemos pela necessidade de dedicar uma detalhada seção deste trabalho. Primeiramente, se diferenciou os institutos da *ocupação temporária* e da *requisição administrativa*. Após, se descreveu o regime jurídico das *servidões administrativas*, para o qual fora adotada concepção estrita, relativamente divergente daquela preponderante na doutrina. Entretanto, o conceito a que nos filiamos não importa em qualquer diferença no regime jurídico das servidões administrativas tal como concebido pela doutrina majoritária.

A maior parte do trabalho, porém, fora dedicada à descrição do regime jurídico da desapropriação. Não fosse suficiente o fato deste se tratar da forma mais gravosa de intervenção estatal sobre a propriedade privada, a verdade é que o seu manejo equivocado pelos administradores públicos tem provocado algumas das maiores teratologias já praticadas contra a propriedade dos particulares, para o que, inclusive, tem colaborado grande parte do Poder Judiciário, que muitas vezes lhe comete interpretação retrógrada.

De modo que o estudo que se fez sobre essa importantíssima categoria jurídica trouxe uma noção crítica sobre o que se considera o verdadeiro papel da desapropriação no direito brasileiro hodierno, bem como reafirmou a absoluta repulsa que se guarda contra a atuação temerária da Administração Pública nesse sentido, seja por meio da efetivação de desapropriações indiretas, seja pelos constantes desvios de finalidade praticados a este título, ou ainda, seja pela má-fé no momento de oferecer a justa contraprestação ao expropriado.

Fato é que, se a finalidade precípua do Estado é a satisfação do interesse público, não se pode conceber que este atue de má-fé, de modo a infligir em face dos particulares sacrifícios insuportáveis, em absoluta dissonância com as garantias incorporadas nos regramentos que a ele próprio incumbe fazer cumprir.

O que jamais pode escapar à percepção daquele que administra a coisa pública é que o interesse público reside não somente na atuação administrativa em prol do bem comum, mas também na preservação dos direitos e garantias individuais, consolidados em nossa Constituição Federal na qualidade de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Paulo de Barros, **Curso de Direito Tributário**, 16ª ed. Ed. Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo: 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: 2004. Ed. Atlas S/A.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. Vol. II. 1ª ed. Ed. Forense. Rio de Janeiro: 1987.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª Ed. Ed. Malheiros. São Paulo: 1996.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª ed. Ed. RT. São Paulo: 2004.

TÁCITO, Caio. **Princípio de Legalidade e Poder de Polícia**. RDA 227/39.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. **O Poder do Estado e o Exercício da Polícia Administrativa**. RTDP 29/71.