

estabeleceu mecanismos tão cautelosos para defesa de valores ciosamente postos a bom recato os quais, entretanto, seriam facilmente reduzidos a nada graças ao expediente singular das delegações procedidas

indiretamente. É que, como disse o precitado Geraldo Ataliba, em frase altamente sugestiva: "Ninguém construiria uma fortaleza de pedra, colocando-lhe portas de papelão".

PASTA 156

DOCTRINA

CONDICIONAMENTOS E SACRIFÍCIOS DE DIREITOS — DISTINÇÕES

CARLOS ARI SUNDFFELD

Professor Associado de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo

I — Colocação do problema

1. Os regimes dos condicionamentos administrativos (normalmente chamados "limitações") e dos sacrifícios de direitos são radicalmente distintos. Os primeiros são gratuitos e veiculados diretamente por lei ou por ato administrativo. Os segundos demandam indenização e só podem ser impostos por ação de desapropriação. Daí a necessidade de saber quais são as medidas de gravame que implicam sacrifício e quais importam mero condicionamento. A utilidade da distinção é dupla: de um lado, apartar as ablações indenizáveis das gratuitas; de outro, tendo em conta que apensas através de processo judicial — não, portanto, de lei — os direitos podem ser sacrificados, indicar os limites do legislador na regulação do exercício deles.

II — Critério da transferência patrimonial

2. Vários critérios de distinção têm sido manejados pela doutrina e pela jurisprudência.¹

1. Sobre o tema, García de Enterría e Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, v. II/207 e ss., Madrid, Civitas, 1977; Fernando Alves Correia, *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*, separata do v. XXIII do *Suplemento* ao

O primeiro é o da transferência patrimonial. Haveria sacrifício quando um bem fosse definitivamente deslocado das mãos de seu titular original para as de outrem (ex.: desapropriação de terreno para construção de obra pública), mas não quando permanecesse no seu patrimônio.

Esse critério, muitas vezes invocado pela jurisprudência nacional, é bisonho. Deriva da idéia, totalmente anacrônica, de que só existe expropriação em caso de aquisição, pelo Estado, do bem atingido. E, aliás, a partir dele que a Administração brasileira — não sem um tanto de cinismo e irresponsabilidade — vem criando, em imóveis privados, autênticos "parques nacionais", na tentativa de transferir aos proprietários funções que a ela pertencem. Sobretudo nestes tempos de *frisson* ecológico, o Estado não tem resistido à tentação de buscar essa solução fácil: cria o "parque nacional", satisfazendo a opinião pública, e nada gasta com isso, porque não desapropriou nem precisa manter a área, o que fica por conta do proprietário!

O critério, como logo se vê, é um desastre. Desconhece a circunstância de a expro-

Hi enterría
que dizem que
per ber in unum
per ber in partem
modumque

Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1982, pp. 80 e ss.; Ernst Forsthoef, *Traité de Droit Administratif Allemand*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1969, pp. 493 e ss.

prática nem sempre atingir bens corpóreos (coisa a respeito da qual dúvida não se põe, no Brasil) e de nem sempre gerar aquisição de direitos pelo expropriante (o que parte de nossa doutrina ainda não percebeu). Ignota que o sacrifício parcial ou temporário é, tanto quanto o total ou permanente, uma expropriação. Peca por imaginar que a expropriação disfarçada seja uma categoria jurídica, e não apenas isto: uma expropriação disfarçada. Por fim, imagina que a indenização das expropriações deriva do princípio da proibição do enriquecimento sem causa — donde o dever de o Estado prestar indenização ao enriquecer seu patrimônio com bens privados — quando o fundamento é bem outro.

III — Critério do veículo instituidor

3. O segundo critério é o do veículo de instituição do gravame. Haveria condicionamento quando imposto por lei e sacrifício quando imposto por outra espécie de ato estatal (administrativo ou judicial). Assim, p. ex., a servidão *ope legis* seria com condicionamento; já, a servidão resultante de processo judicial seria sacrifício.

O critério baseia-se na oposição puramente formal entre lei e ato administrativo ou judicial. Considerada, no entanto, a ótica do particular, o que distingue o tombamento de imóvel determinado por lei e o procedido por ato administrativo? Os efeitos sobre o patrimônio privado são idênticos num caso e noutro. Daí a impossibilidade de dar tratamento diferenciado às hipóteses. Ademais, o critério deixa sem resposta problema fundamental: o de saber até onde a lei pode ir na construção da esfera privada sem ultrapassar a linha do sacrifício, que lhe é interdita.

IV — Critério da generalidade "x" singularidade

4. O terceiro critério é o da generalidade ou singularidade da medida. Segundo

ele, os gravames decorrentes de ato geral e abstrato seriam condicionamentos, os derivados de medidas singulares seriam sacrifícios.

Entre nós, Celso Antônio Bandeira de Mello o defende: "É da essência das limitações administrativas o serem genéricas e provirem de lei. *Toda vez que seja necessário um ato concreto especificador*, ou seja, *uma providência administrativa que individualize algum imóvel, especificando-o e destacando-o do regime genérico que abstratamente incide sobre o conjunto deles, obviamente não se estará perante uma limitação, mas diante de um sacrifício de direito*. Em tal caso, não haverá falar em limitação, isto é, em traçado do perfil do direito, mas em *compressão do próprio direito de propriedade*, posto que não se tratará de estabelecer uma disciplina para a propriedade, porém de *individualizar, particularizar*, impondo um gravame, uma submissão especificada ao interesse público e que pode chegar ao extremo de demitir alguém de sua titulação sobre o imóvel".²

Essa visão vem, há longo tempo, sofrendo séria contestação, sobretudo na Alemanha, onde os autores noticiam seu abandono. Não se nega que, em sua substância conceitual, o critério aponta o caminho correto. Realmente, a definição genérica e abstrata do conteúdo do direito em princípio não importa seu sacrifício, não só porque essa definição é função normal do legislador, dada a inviabilidade lógica de existirem direitos ilimitados, como por a generalidade e a abstração serem coerentes com a isonomia.

V — Aperfeiçoamento do critério

5. Porém, o critério da generalidade "x" singularidade tem suas limitações, porque: a) é pouco firme; b) desconsidera que a regulação genérica por vezes atinge a

2. C. A. Bandeira de Mello, "Tombamento e dever de indenizar", *MDP* 81/68.

substância do direito regulado; c) não é absoluto. Examinemos essas dificuldades.

6. A distinção entre o geral e o singular não é nem pode ser exata (quantas pessoas formam uma multidão?).³ Daí as dúvidas quanto à generalidade de certas medidas: o tombamento de todas as casas de uma rua é geral? De um lado, sim, porque colhe indistintamente os que se encontram numa mesma situação (estar localizado na rua tal); de outro, não, porque, se tomado outro sinal mais amplo (o estar situado no mesmo bairro ou cidade), o ato surgirá como especificador. O problema reside, como se vê, no fator à base do qual se vai em busca das semelhanças e diferenças.

Tais dificuldades não aconselham o total abandono do critério, mas o reconhecimento de suas limitações. A questão essencial, que se procura refletir com essa teoria, é a de ver respeitado o princípio da igualdade; quer-se evitar a discriminação entre as pessoas, exigindo mais de umas que de outras. Em múltiplos casos, será evidente o tratamento desigualado, e, portanto, a presença de sacrifício. É exemplo: em uma cidade, vários terrenos continuam desocupados, com cobertura vegetal nativa. O Estado exige do proprietário de apenas um deles a preservação da terça parte das árvores existentes, liberando os demais para usarem livremente seus terrenos. Há óbvio atentado à igualdade, que não ocorreria se todos sofressem a mesma restrição. Contudo, se idêntica restrição fosse dirigida apenas aos terrenos da região cer-

tral, haveria violação da isonomia? A resposta, em tese, é problemática, só podendo ser dada a partir de padrões de racionalidade e razoabilidade. Imagine-se, também, que as construções à margem de autopistas devam obedecer a recuo de 10 metros, enquanto as situadas à beira de outras estradas tenham recuo menor, de 5 metros. O tratamento diferenciado é proporcional à distinção entre as situações? Apenas o manejo dos princípios da racionalidade e da razoabilidade fornece solução adequada.

Há, contudo, um ponto a partir do qual saber da generalidade ou não do ato deixa de ter interesse: quando impõe onerosidade excessiva para o proprietário ou — o que é o caso óbvio — quando elimine o conteúdo mínimo do direito.⁴

7. O direito de propriedade é assegurado constitucionalmente (art. 5º, XXII). Inobstante caiba à lei regulamentar seu conteúdo, essencial a preservação de um conteúdo mínimo, insuprível. Não fosse assim, a proteção constitucional seria oca. Qual é, então, esse conteúdo mínimo? A instituição da propriedade responde à necessidade de afeitar os bens à realização de fins individuais ou sociais.

No modelo econômico fundado na propriedade, a apropriação, para consequente uso do bem, é fundamental. Ele pressupõe não só a possibilidade de os homens desfrutarem das coisas que lhes são oferecidas, como de fazê-lo com exclusividade. Necessário que outros não possam, concomitantemente, tomar do mesmo bem. A relação de propriedade tem o condão de afastar terceiros do seu seio, ao qual só serão admitidos por vontade do titular.

4. É o que afirmam García de Enterría e Fernández: "Não apenas a extensão numérica, também o grau e a índole da privação, de modo que esta implique não mais uma regulação, serão um despojamento da substância — total ou parcial — do direito, devem ser considerados com preferência inclusiva a essa extensão, para determinar se o ataque ou o sacrifício merecem ou não a qualificação de expropriatório" (ob. cit., p. 211).

3. Forsthoff observa que "o número de pessoas atingidas pela lei é infinitamente variável sem que a lei renuncie necessariamente à utilização de fórmulas gerais. É certo que sempre é possível distinguir-se uma lei se dirige a uma pessoa individual ou a uma coletividade. Mas estes são dois extremos entre os quais existe uma infinidade de estágios. O ato manifestamente individual e a regra manifestamente geral não oferecem dificuldades. Os problemas surgem em relação aos estágios intermediários, em relação aos quais não se sabe se é o caso de ver uma norma individual (ato individual) ou uma norma geral" (ob. cit., p. 495).

Analisado o direito de propriedade como proteção constitucional do indivíduo, é de seu conteúdo a idéia de exclusividade. Ato municipal que autorizasse transmissões a transferir por terreno particular ou norma suas plantações no imóvel lincido implicariam sacrifício, na medida em que, afastando a exclusividade, tornariam sem objeto a apropriação. Por isso mesmo, as chamadas servidões (ou ao menos a maior parte delas) configuram diminuição da esfera jurídica do proprietário, e, portanto, sacrifício de direito.⁵

Corolário do poder de apropriar-se de uma coisa é o de reivindicá-la de terceiro que injustamente a detenha. Fosse impossível retornar o bem, nula seria a garantia à exclusividade.

Em sentido amplo, utilizar o bem é desliná-lo a uma finalidade. Compreende os poderes de dispor, usar ou gozar. *Dispor* é alienar, consumir ou gravar de ônus (como a hipoteca, o usufruto). *Usar* é retirar as utilidades que, sem oneração, alienação, destruição ou alteração na substância, a coisa pode oferecer. Usa-se um imóvel para moradia, para instalação de negócio industrial ou comercial etc. Finalmente, *gozar* é receber os rendimentos que o bem pode proporcionar (como o aluguel). A apropriação visa à utilização, vale dizer, a *afetação a uma finalidade*. Inútil a detença de algo que não se pode empregar. Impossibilitada a utilização, a propriedade estará esvaziada de seu conteúdo mínimo. Por esse motivo, na regulamentação do direito constitucionalmente assegurado, o legislador tem como limite a garantia da utilização do bem. Poderá diminuir-la, condicioná-la, dificultá-la. Porém, todo ato estatal que impede impedir — ou reduzir à insignificância, que é a mesma coisa — a utilização gerará sacrifício do direito de propriedade.

5. Adilson Abreu Dallari, "Serviços administrativos", RDP 59-60/98, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Serviço Administrativo*, São Paulo, Ed. RT, 1978, p. 21.

Resta saber, então, quando estará impossibilitada a utilização da propriedade, e, em consequência, esvaziado o direito de seu conteúdo mínimo. Celso Antônio Bandeira de Mello aponta a idéia da *funcionalidade*: o direito estaria sacrificado quando não se pudesse dar ao bem utilização funcional, entendendo-se por "funcionalidade a aptidão natural do bem em conjugação com a destinação social que cumpre, segundo o contexto em que esteja inserido. É isto que o Direito quer proteger quando consagra, constitucionalmente, o direito de propriedade".⁶

Em outras palavras, qualquer condicionamento do direito de propriedade tem como limite a *viabilidade prática e econômica do emprego* da coisa: *proibida este, o direito estará totalmente sacrificado*. Assim, a proibição de construir em terreno urbano, por impedir o uso viável, atinge a garantia constitucional e gera sacrifício. Ato que proibisse os locadores de recebe-

6. C. A. Bandeira de Mello, "Natureza jurídica do zoneamento — Elétos", RDP 61/39. A doutrina alemã é no mesmo sentido: "Para determinar esses limites, toma-se em consideração mais e mais o fato de a destinação do bem ser alterada ou de seu uso deixar de ser compatível com sua função. Se a lei regulamentar o direito de propriedade respeitando a destinação do bem, ou se ela se contenta em impor ao proprietário obrigações que permitam uma utilização compatível com a função do bem, o direito de disposição do proprietário é submetido a restrições que ficam nos limites do permitido por sua função social... Se, ao contrário, impõe-se ao proprietário uma obrigação que altere a destinação do bem, não pode mais ser questão de simples função social do direito de propriedade. Esses princípios se aplicam particularmente à legislação sobre a utilização dos terrenos, notadamente sobre a construção imobiliária, a proteção das paisagens e da natureza. Se a qualidade de terreno edificável foi atribuída a um terreno, ela não pode lhe ser retirada sem indenização, mesmo se não foi ainda utilizada, porque a construção constitui uma utilização compatível com a destinação do terreno" (Forsthoft, ob. cit., p. 498). O legislador belga, consagrando esse entendimento, determinou a cessação do uso ao qual o bem estava implícito a indenização dos atingidos por medidas que impliquem a cessação do uso ao qual o bem estava *afetado* ou *normalmente destinado* (Jean-Michel Fa- des *Pouvoirs Publics dans la Vie Économique*, Bruxelles, Bruylant, p. 65).

rem aluguel ou que o fixasse em valor insificante implicaria sacrifício, decorrente da cassação da faculdade de gozo. Norma que impedisse, por cinco anos, a alienação de apartamentos residenciais poderia ou não produzir sacrifício, conforme fosse a destinação social do bem. Uma empresa construtora que, ao término da edificação, fosse apanhada por tal disposição ver-se-ia impedida de dar utilização funcional à coisa, visto que, para ela, utilizar significa exatamente dispor.

Tem-se aí um panorama das hipóteses em que se atinge a própria substância do direito de propriedade. Como visto, esse atentado pode ser parcial ou total. Será parcial em caso de onerosidade excessiva (ex.: servidão de passagem de fios elétricos) e total quando subtrair o próprio conteúdo essencial mínimo do direito (ex.: proibição absoluta de construir em terreno urbano). Lembre-se que, nessas situações, é indiferente que os agravos sejam genéricos ou individualizados.

8. Por fim, os condicionamentos nem sempre são impostos genericamente, podendo decorrer de ato individualizador. Pensemos na requisição de determinado imóvel, feita pela Justiça Eleitoral com base em lei, para abrigar seção de votação em dia de pleito. O direito é atingido por ato concreto, individualizador, e nem por isso se terá sacrifício. O mesmo se passa com o tombamento de uma obra de arte (a escultura de famoso artista, p. ex.). Qual a razão? Não se pense que o ato não impõe gravame particularizado, por decorrer de

lei que o regule abstratamente. Também a servidão de passagem de fios elétricos — indiscutivelmente, um sacrifício de direito — é constituída com base em lei, que a admite para todo e qualquer imóvel.

A diferença entre as duas situações está em que o condicionamento, mesmo quando gerado por ato específico, corresponde a gravame *normal*, tido por indispensável e coerente com os graus de exigência da vida social, ou que não provoca prejuízo, ou o provoca por breve tempo ou em reduzida extensão. O sacrifício é constrangimento extraordinário, excedente dos padrões de normalidade habitualmente aceitos.

O conceito de *normalidade* flutua no tempo e no espaço. Contudo, é viável e necessário delimitá-lo, até certo grau. É *normal*, mesmo quando atinja sujeito específico, o *gravame de baixa intensidade* (ex.: dever de suportar a afixação, na fachada do imóvel, de placa indicativa do nome da rua), de *pequena extensão* (ex.: dever de preservar portal histórico, quando da demolição do prédio para nova edificação), de *curtíssima duração* (ex.: ocupação de terreno pela Polícia, por dois dias, para acesso ao imóvel vizinho, invadido por bandidos), que *não altere a destinação do bem nem impeça ou diminua sua utilização natural* (ex.: tombamento de obra pictórica, impedindo sua destruição) ou que *provoque mínimo prejuízo* (ex.: requisição de trator pertencente a particular para remover pequena quantidade de entulho lançado na via pública).