

## LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS E A SUA EXCEPCIONAL INDENIZABILIDADE

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

### 1 Fundamento das limitações administrativas

Grande parte das regras de direito público fixa os limites dentro dos quais as pessoas podem exercer o seu direito de propriedade e as liberdades asseguradas pela Constituição (de locomoção, de expressão, de reunião, de contratar etc.). A ordem constitucional garante essas liberdades e propriedade, mas também dá a base para que elas não possam ser exercidas de qualquer maneira.

Quando se fala de limitações administrativas não quer dizer que elas sejam necessariamente criadas pela Administração Pública, mas sim que a aplicação delas é incumbida à Administração. Muitas dessas limitações podem ser criadas por regulamento administrativo (com base em lei, naturalmente), mas grande parte é estabelecida na lei ou decorre diretamente da ponderação de interesses constitucionalmente tutelados. Nesse sentido é cada vez mais aceita a possibilidade de a Administração, independentemente de lei infraconstitucional, impor limites com base diretamente em ponderações de direitos fundamentais (ex., independentemente de haver lei autorizativa, a Administração pode destruir um foco do mosquito da dengue, ainda contra vontade do particular em cuja propriedade ele se encontre, ou interditar um prédio com risco de desabamento).

O Poder Judiciário divide com o Poder Executivo a aplicação das limitações a direitos fundamentais. Por vezes o Judiciário recebe competência privativa para, no exercício de função administrativa, executar essas limitações (ex., dissolução de associação com objeto ilícito, fiscalização da propaganda eleitoral). Outras vezes, ao julgar conflitos entre direitos fundamentais (função jurisdicional), impõe-lhes limites (ex., quando



acolhe uma ação civil pública de associação de moradores para impedir manifestação que causaria caos no trânsito do bairro; quando defere liminar para que informação sobre celebridade não seja publicada; autorização judicial para escuta telefônica etc.). O Poder Judiciário pode ainda, em casos específicos, impor limites a particulares substitutivamente à Administração quando ela se omitir a fazê-lo.

A grande maioria das limitações a liberdades impostas pelo Poder Judiciário — provocado por legitimados individuais, coletivos ou difusos — se inserem na teoria geral das limitações aos direitos fundamentais, mas não especificamente nas limitações administrativas. Essas são apenas as *limitações que, intermediadas ou não por regulamentos administrativos, com base na lei ou diretamente na Constituição, são executadas pela Administração Pública* (ex.: licença para construir, multas de trânsito, proibições de desmatamento etc.).

O fundamento último das limitações administrativas é a ponderação entre direitos, valores e princípios constitucionais contrapostos, ponderação esta feita por via de regra pela lei que disciplina cada uma delas (ex.: a obrigatoriedade de vistoria veicular decorre da ponderação entre, de um lado, o direito de ir e vir e de propriedade do dono do veículo e, de outro, o direito difuso da sociedade à segurança no trânsito).

Os conflitos de interesses podem ser heterogêneos (ex.: liberdade de reunião dos que querem fazer uma passeata *versus* direito de locomoção dos que desejam transitar com seus veículos) ou homogêneos (direito de propriedade do que deseja fazer uma festa com som alto no seu apartamento *versus* direito de propriedade do seu vizinho que quer usar o seu apartamento para descansar).

Toda a ideia de limitação administrativa tem muito a ver com o adágio popular de que o “meu direito termina quando começa o direito do outro”, sendo ela um dos principais instrumentos de harmonização dos diversos direitos/interesses — individuais, coletivos ou difusos —, privados e públicos, potencialmente conflitantes na sociedade.

Essas limitações, seguindo a teoria gradualista de Kelsen, vão sendo *pari passu* definidas pelo ordenamento jurídico:

- algumas já se encontram expressamente predeterminadas na Constituição (ex.: a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo de correspondência) ou dela implicitamente decorrem independentemente de qualquer intermediação legislativa (ex.: apreensão de produtos alimentícios fora do prazo de validade);
- outras são regulamentadas ou definidas por lei, que pondera os diversos interesses constitucionais envolvidos (ex.: lei que exige prévia autorização administrativa para o exercício de determinada atividade com potencial lesivo à sociedade, como dirigir automóvel ou fundar uma instituição financeira);
- ou ainda, diante de leis pouco determinadas, as limitações podem ser não apenas executadas, mas também em parte criadas pela

própria Administração Pública, via regulamento ou por atos concretos (ex.: quando a Administração fixa os requisitos para emissão de autorizações administrativas apenas genericamente instituídas pelo Legislador).

Em todos esses casos, o que caracterizará a limitação aos direitos fundamentais como sendo uma limitação administrativa é o fato de ela ser aplicada pela Administração Pública, ainda que tenha sido criada em outro nível do ordenamento jurídico. Vê-se, assim, que *as limitações administrativas são espécie do gênero dos limites dos direitos fundamentais*. Esses limites podem ser oriundos tanto de outros direitos fundamentais *stricto sensu*, como de interesses difusos e coletivos (meio ambiente, saúde pública, segurança nacional etc.).

Mas nem sempre as limitações administrativas foram consideradas como tendo fundamento na ponderação entre direitos e princípios constitucionais. No Estado absolutista o fundamento delas era o domínio iminente do Estado sobre todas as pessoas e coisas que se encontravam em seu território.

Pela teoria do domínio iminente, o Estado, como nação soberanamente organizada, exerce poderes sobre todos os bens que se encontram em seu território, sejam os que são de sua propriedade ou da propriedade de particulares.

Com o direito de propriedade o Estado só exerce poderes sobre os seus bens (domínio patrimonial do Estado), mas, através da soberania, da qual o domínio iminente é uma das expressões, o Estado exerce poderes tanto sobre os bens públicos (de sua propriedade), como sobre os bens privados (domínio iminente do Estado).

O domínio iminente seria o poder potencial que o Estado exerce sobre tudo e todos os que se encontram no seu território, que se efetiva quando o interesse coletivo, na forma regulamentada no ordenamento jurídico-constitucional, assim o exigir. Pelo ensinamento tradicional, que, se não está errado, está pelo menos incompleto, seria pelo domínio iminente que se estabeleceriam as limitações administrativas ao direito de propriedade, as servidões administrativas, a desapropriação, medidas de polícia administrativa e o regime especial de certos bens particulares (ex.: águas, florestas, etc.).

A teoria do domínio iminente é, na verdade, uma expressão da ideia de soberania, e, se não deve ser de todo afastada, deve pelo menos receber os influxos e a filtragem acima vistos da teoria dos direitos fundamentais.

## 2 Conceito de limitação administrativa

Podemos definir limitação administrativa como todo condicionamento ou redução do âmbito do exercício de liberdades e propriedades



operado pela Administração Pública com base em lei ou na Constituição, ponderando-as com outros valores constitucionais, mas, ao contrário de outras restrições também admitidas pelo direito, sem atingir o núcleo essencial de tais liberdades e propriedades.

O dado fundamental das limitações administrativas é que, salvo os casos excepcionais que veremos nos próximos tópicos, em que podem até ser vistas como tendo se desnaturado, elas representam apenas condicionamento ao exercício de liberdades, não a sua extinção, total ou parcial.

Apenas a liberdade pode ser absoluta; o direito à liberdade, por ser um direito, por ter se juridicizado, já é, por definição, relativo e limitado. Em outras palavras, todo direito é ontologicamente limitado, pois, do contrário, não seria direito, mas manifestação fática do arbítrio pessoal. As limitações à liberdade,<sup>1</sup> portanto, é que definem o próprio âmbito do direito à liberdade (ex.: a liberdade que o proprietário tem de construir sobre o seu imóvel não é, obviamente, ilimitada. Ao se juridicizar tem que obedecer a uma série de regras de boa convivência urbanística, tais como licença prévia, limitação ao tipo de imóvel da região, ao número máximo de pavimentos etc.).

Naturalmente que o conteúdo dos direitos e, conseqüentemente, as suas limitações não são todas predeterminadas, unívocas, definidas diretamente pela Constituição. Muito pelo contrário, os agentes encarregados de densificá-las — do legislador ao administrador — por via de regra possuem alguma margem para impor maiores ou menores limitações à liberdade dentro do espaço das ponderações constitucionalmente admissíveis, leque de soluções ponderadas estas que, salvo em casos muito especiais, não se limitará a apenas uma medida possível.

Ao editar as limitações administrativas o Estado tem duas obrigações, uma comissiva, outra de omitir-se. Vejamo-las, respectivamente: 1. Tem a obrigação de fazer respeitar os outros direitos e valores sociais que possam ser afetados pelo exercício indiscriminado da liberdade a ser limitada (obrigação de limitar); 2. Obrigação de respeitar o núcleo essencial de cada liberdade a ser limitada (obrigação de contenção do seu poder de limitar), sob pena de a limitação *in casu* gerar restrição ou extinção da liberdade, o que será constitucionalmente vedado ou, quando aceito pelo ordenamento, gerará direito de indenização ao particular lesado.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Aqui estamos incluindo na referência à liberdade também as faculdades inerentes à propriedade.

<sup>2</sup> “A restrição legal em caso algum pode suprimir o ‘coração do direito’, ou seja, um mínimo de exercício do direito que preserve o valor da autonomia da pessoa humana frente ao poder. [...] A essa exigência genérica, acresce a apreciação da necessidade e proporcionalidade dos limites impostos ao exercício da atividade econômica privada, em face dos outros direitos ou interesses constitucionais que a lei restritiva visa proteger. O poder de restrição é um poder excepcional, pois não se justifica como regra” (ORTEGA. *Introducción al derecho administrativo económico*,

### 3 Limitações administrativas e poder de polícia

Há uma grande divergência doutrinária a respeito das relações entre as limitações administrativas e o poder de polícia, divergência decorrente das críticas e revisões que têm sido feitas ao poder de polícia.

As críticas ao poder de polícia vêm de várias frentes. Uma delas, capitaneada por Agustín Gordillo,<sup>3</sup> entende que o próprio conceito de poder de polícia deve ser abolido, uma vez que a sua origem absolutista pressupõe um poder geral e ilimitado da Administração Pública. Já outros autores, como Lúcia Valle Figueiredo,<sup>4</sup> apesar de não excluírem *tout court* a referência ao poder de polícia, preferem integrá-la, substituindo-a ao conceito de limitações administrativas, considerando-as equivalentes.

Diante desta crítica, que é a mais geral e substancial delas, sustentamos que, se o poder de polícia só pudesse ter a conotação que possuía no Estado absolutista, deveria certamente ser abolido. Mas a necessidade que ele expressa, de adequação das liberdades individuais ao bem-estar da coletividade, sempre estará presente em qualquer grupo social. Sendo assim, este poder continua a existir, sujeito, porém, aos ditames do Estado democrático de direito. Os pontos de contato dele com as limitações administrativas realmente são imensos, representando na verdade aspectos do mesmo fenômeno — de constrição estatal da liberdade e da propriedade —, razão pela qual poderiam perfeitamente ser equiparados.

Uma crítica mais específica que se faz à nomenclatura do “poder de polícia administrativa” é que ela denotaria um atributo da Administração Pública, quando, na verdade, ele é oriundo da lei e executado, muitas vezes discricionariamente, pela Administração Pública.

Obviamente que o poder de polícia não há de servir para afastar a necessidade de esteio legal das limitações a serem impostas aos particulares, mas, por outro lado, trata-se apenas de uma questão de nomenclatura, devendo se entender a polícia administrativa como um poder conferido pela lei à Administração Pública para exercê-lo nos exatos limites legais e para atender aos objetivos legais. Poder-se-ia, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>5</sup> tratar separadamente o poder de polícia, enquanto poder normatizador do Legislador, e a polícia administrativa, momento administrativo posterior de execução deste poder legalmente conferido. É apenas, repetimos, uma questão de nomenclatura.

Encerrando o presente tópico, podemos dizer que as limitações administrativas e o poder de polícia representam aspectos diferentes do mesmo

p. 115-116).

<sup>3</sup> GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo*.

<sup>4</sup> FIGUEIREDO. *Curso de direito administrativo*.

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 714 et seq.



e idêntico fenômeno da ponderação de direitos e valores constitucionais aplicada pelo Poder Executivo: as limitações administrativas referem-se aos seus aspectos mais gerais e constitucionais e o poder de polícia aos seus aspectos mais operacionais e administrativos.

Nos próximos tópicos trataremos dos casos excepcionais, acima já mencionados, em que a limitação administrativa chega a coarctar total ou parcialmente o próprio núcleo jurídico do direito de liberdade ou de propriedade.

#### 4 A responsabilidade civil do Estado de indenizar algumas limitações administrativas

A intervenção do Estado na propriedade privada pode se dar, sempre observados os limites constitucionais, com várias intensidades: podem consistir em *a)* meras *limitações administrativas* (e seus congêneres do poder de polícia e da regulação), em que o Estado conforma a liberdade ou a propriedade à sua função social, ao bem-estar da coletividade, dando concreção ao respectivo direito; *b)* *restrições administrativas*, em que a propriedade permanece privada, mas o próprio conteúdo do direito de propriedade fica coarctado em alguns dos seus aspectos, a exemplo do que se dá com as servidões e ocupações temporárias; ou *c)* *ablações administrativas*,<sup>6</sup> mediante a extinção da liberdade ou a aquisição compulsória do bem pelo Estado, o que se dá na maioria das vezes através da sua desapropriação, além de outras figuras como a requisição administrativa.

Vê-se, portanto, que a função social da propriedade pode levar à sua supressão, restrição ou mera limitação. Na escolha de cada um desses instrumentos o Estado deve observar o princípio da proporcionalidade, só adotando um instrumento mais interventivo se os demais não forem adequados para as finalidades visadas.<sup>7</sup>

As limitações administrativas, enquanto tais, devem apenas conformar o direito de propriedade, nunca suprimi-lo, total ou parcialmente. Se isto ocorrer, tomando-se em conta a destinação econômica que o bem normalmente seguiria, estaremos materialmente diante de restrição administrativa, em geral servidão, ou de desapropriação indireta, ambas

<sup>6</sup> A categoria é muito trabalhada por Massimo Severo Giannini, ao passo que Santi Romano tratava delas dentro do capítulo das limitações administrativas (GIANNINI. *Diritto amministrativo*, p. 695 *et seq.*). Em nossa doutrina, a categoria, apesar de não se usar normalmente essa nomenclatura, é tratada, mas quase que exclusivamente para as ablações da propriedade, mormente através das chamadas desapropriações indiretas. As ablações de liberdades admitidas pelo direito, como o serviço militar obrigatório e os contratos coativos, são muito escassamente abordadas pela doutrina nacional.

<sup>7</sup> Léon Duguit chegou a afirmar que “a propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário”, mas, sim, “a função social do detentor da riqueza” (*Las transformaciones generales del derecho*).

indenizáveis. Estas chegam a afetar as faculdades inerentes ao direito de propriedade, enquanto as limitações administrativas em princípio apenas dão o contorno do próprio direito de propriedade com a função social a ele constitucionalmente inerente. As limitações administrativas constituem o próprio perfil do direito de propriedade, definindo-o; as restrições e ablações retiram parte ou totalidade do próprio direito.

As limitações administrativas se diferenciam das desapropriações e servidões administrativas pelos seguintes pontos: *a)* geralmente são genéricas, enquanto estas incidem especificamente sobre determinados bens; *b)* não atingem o direito de propriedade, nem total, como faz a desapropriação, nem parcialmente, a exemplo das servidões administrativas; *c)* e, conseqüentemente, as limitações administrativas não geram direito a indenização. Ex.: a proibição de desmatamento de 20% de área florestada (art. 16, “a”, do Código Florestal Brasileiro – Lei nº 4.771/65) é limitação administrativa, mas a proibição de desmatamento em toda a propriedade, é desapropriação indireta, já que não é de se esperar que alguém adquira terras para não aproveitá-la economicamente, devendo, portanto, o proprietário ser indenizado, o que se explica também em razão do princípio da solidariedade social, pelo qual um indivíduo não deve arcar sozinho com o prejuízo que sofreu para atender ao interesse de toda a sociedade.

O problema estará em casos em que, mesmo se atendendo ao princípio da proporcionalidade em seus três elementos, a única solução possível seja a ablação do conteúdo econômico da propriedade. Ou seja, casos em que, apesar de um direito ter que ser totalmente suprimido, a medida é constitucional e legal (ex.1: o tombamento de uma mansão de elevadíssimo valor histórico em plena Avenida Paulista; ex.2: lei que transforme os serviços funerários em serviço público municipal).

As conseqüências indenizatórias dessas limitações administrativas que adentram no núcleo essencial dos direitos podem ser vistas sob o ângulo das desapropriações indiretas, ou da responsabilidade civil objetiva do Estado. As duas acepções não se excluem mutuamente. Ao revés, se complementam umbilicalmente.

##### 4.1 A acepção das desapropriações indiretas regulatórias

A desapropriação indireta é um instituto híbrido entre três institutos do direito administrativo: as limitações administrativas à propriedade, a desapropriação e a responsabilidade civil do Estado.

Toda desapropriação propriamente dita deve ser precedida de declaração de utilidade pública ou de interesse social e do competente processo judicial respectivo. A simples tomada do bem do particular pela Administração sem esse ato e procedimentos prévios, não pode ser tecnicamente chamada de desapropriação.



Há duas espécies de desapropriação indireta: o esbulho possessório do bem por parte do Estado (sempre pela Administração Pública) seguido da sua afetação a serviços públicos (ex.: o Estado simplesmente ocupa um terreno particular e lá constrói uma escola pública); e a decorrente de condicionamentos legais ou administrativos à propriedade (ex.: lei ou regulamento que proíba o desmatamento de cem por cento de uma área pertencente a particulares).

As primeiras serão sempre ilícitas, e as segundas poderão ou não ser constitucionais, sobretudo à luz do atendimento ou não ao princípio da proporcionalidade. Mas em ambas as hipóteses geram direito a indenização.

Em ambos os casos o fundamento da indenização devida ao particular não é o art. 5º, XIV, CF (justa indenização pela desapropriação), mas sim o seu art. 37, §6º (responsabilidade objetiva do Estado), que, como no próximo tópico, pode ser desencadeada por comportamentos estatais ilícitos ou lícitos/constitucionais.

A dita desapropriação indireta não retrata um devido processo legal para, após indenizado, o Estado adquirir aquela propriedade, mas sim de indenização por um prejuízo (que pode não consistir na perda total da propriedade) já causado pelo Estado.<sup>8</sup>

A *desapropriação indireta-esbulho* constitui mera invasão pelo Estado da propriedade privada, seja por erro na demarcação dos limites das terras, seja por culpa ou dolo. Na maioria das vezes constitui um puro e simples abuso administrativo autoritário e indiferente aos direitos particulares.

A segunda espécie é a *desapropriação indireta-restrição administrativa ou desapropriação regulatória*, expressão semelhante a que a Suprema Corte dos EUA dá aos mesmos fenômenos: *regulatory takings*.<sup>9</sup>

Dá-se através da instituição de limitação administrativa à propriedade que, ao contrário do que determinaria a sua natureza, acaba por retirar o conteúdo econômico do bem (ex.: tombamento de uma casa de um pavimento na Avenida Paulista, vedação total a construções ou plantações em área de preservação ambiental, mudança do limite de altura para apenas dois andares de prédios no centro comercial de grande metrópole,

<sup>8</sup> “A rigor, a desapropriação de fato não constitui um processo expropriatório, mas um processo de reparação do prejuízo sofrido, destinado a evitar a inobservância do princípio da intangibilidade da obra pública” (SÉ. Desapropriações anômalas. *Revista de Direito Administrativo*, p. 37).

<sup>9</sup> Sob o mesmo enfoque, mas com nomenclatura diversa, Giannini expõe: “É uma perspectiva falsa aquela que, embora seja comum de se encontrar na doutrina, afirma que a ablação (para nós, *in casu*, uma desapropriação indireta) consiste na apropriação de uma *res* por parte de um poder público. Mas o que sucede é um tanto mais complexo, pois apenas algumas ablações como estas têm caráter *apropriativo*, enquanto em outras o poder público age, pode-se dizer, de maneira apenas *privativa* (no sentido de privar o proprietário de algumas liberdades inerentes à propriedade): impede algo, mas não se apropria de nada” (GIANNINI. *Diritto amministrativo*, p. 696, grifos no original).

transformação de uma atividade econômica em serviço público titularizado com exclusividade pelo Estado etc.).

Se a norma for inconstitucional, geralmente por violar algum dos três elementos do princípio da proporcionalidade, o direito à indenização será indiscutível e não excluirá o retorno ao *statu quo ante*, a depender do caso, inclusive da possibilidade ou impossibilidade de reversão da situação fática anterior.

O problema maior será se a norma ou o ato restritivo for constitucional, já que muitas vezes fortes condicionamentos à propriedade podem perfeitamente ter esteio constitucional (ex.: tombamento da área onde D. Pedro I proclamou a independência do Brasil, por mais que se encontre no centro de uma metrópole).

A chave para a indenizabilidade, caso em que teremos uma dita “desapropriação indireta”, ou não, em que teremos uma limitação administrativa propriamente dita, será a especificidade e a anormalidade da limitação em relação às faculdades inerentes ao direito de propriedade. Em outras palavras, para a restrição lícita ser indenização ela tem que ser específica em relação a um ou alguns dos cidadãos, e não dirigida difusamente a toda a sociedade, e anormal, no sentido de não decorrer das limitações inerentes à viabilização da vida em sociedade. Teremos que aferir, portanto, se os requisitos para eclodir a responsabilidade civil objetiva por ato ou norma lícita estão presentes.

De toda sorte, nesses casos, o prejuízo do particular, em razão da legitimidade dos condicionamentos impostos, por mais intensos que sejam, se resolverá sempre apenas em indenização, nunca pelo retorno ao *status quo ante*.

Tanto é assim que, ao contrário da desapropriação indireta-esbulho, em que o particular realmente perde a sua propriedade, na desapropriação indireta-restrição administrativa não implica a mudança do domínio e o condicionamento pode não chegar a ponto de inutilizar toda a propriedade do particular e a indenização se limitar ao prejuízo sofrido pelo particular pelo ordenamento jurídico.

Na Itália, essas hipóteses são chamadas de “desapropriação de valor”: “medida administrativa que, embora deixando formalmente inalterada a titularidade do bem por parte do seu dono, substancialmente esvazia a propriedade de conteúdo, por impor restrições tão intensas que lhe desnaturam os caracteres essenciais”.<sup>10</sup>

Vejamos, pela sua importância, acórdão do STF sobre a matéria. O caso tratava de vedação total de qualquer desmatamento em grande área de mata atlântica:

<sup>10</sup> SÉ. Desapropriações anômalas. *Revista de Direito Administrativo*, p. 43.



Ementa: Recurso Extraordinário – Estação Ecológica – Reserva Florestal na Serra do Mar – Patrimônio Nacional (CF, art. 225, §4º) – Limitação administrativa que afeta o conteúdo econômico do direito de propriedade – Direito do proprietário à indenização – Dever estatal de ressarcir os prejuízos de ordem patrimonial sofridos pelo particular – RE não conhecido. [...]

- A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o *dominus* venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais e, geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. Precedentes. [...]

- A norma inscrita no art. 225, §4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal.

- O preceito consubstanciado no art. 225, §4º, da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental.

Em caso em que a proprietária de bem tombado ficou também impedida de construir no terreno ao lado que também era seu para proteger a ambiência e a visibilidade do bem, Lafayette Pondé emitiu parecer afirmando que

[...] o proprietário tocado pela limitação do seu direito deverá sofrê-la, em princípio, sem qualquer indenização, desde que essa limitação não importe criar para ele um prejuízo econômico extraordinário. Estabelecendo sobre os lotes pertencentes à ACB uma interdição total de “qualquer construção” — lotes esses que, por sua mesma configuração urbana, são lotes especificamente destinados à construção — o SPHAN eliminou dessa propriedade todo o seu conteúdo econômico,<sup>11</sup> e assim causou à proprietária um dano

<sup>11</sup> Dependendo do caso concreto tal eliminação pode ser indenizável, mas apenas parcialmente, por exemplo se o terreno puder ser usado como um estacionamento, um espaço para música ao ar livre etc.

especial, que, em razão daquele invocado princípio geral de direito e da garantia constitucional da mesma propriedade, deve ser indenizado.<sup>12</sup>

Em caso em que o estado de São Paulo proibiu a derrubada de qualquer árvore, afirmou-se:

Limitação administrativa gratuita é, por exemplo, o recuo de alguns metros das construções em terrenos urbanos. Mas se esse impedimento de construção atingir a maior parte do terreno ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição da propriedade e, nesse caso, ficará o poder público obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem. Pois ninguém adquire um terreno urbano em que seja vedada a construção, como também nenhum particular adquire terras ou matas que não possam ser utilizadas economicamente segundo a sua destinação normal.<sup>13</sup>

A definição da fronteira entre a mera limitação administrativa não indenizável, e a norma legal ou ato administrativo indenizável apesar de legítimos, não é nada fácil; é extremamente subjetiva e só pode ser aferida em cada caso concreto. Deve ser, no entanto, guiada pela legitimidade e intensidade da expectativa que a legislação anterior gerava no particular em relação ao proveito do seu bem,<sup>14</sup> da função econômica efetiva ou potencial ordinária daquela espécie de bem, a disseminação da restrição de forma difusa por toda sociedade e a sua compatibilidade com o que já se espera normalmente em termos de limites às liberdades individuais para viabilizar a coexistência coletiva.<sup>15</sup>

A Suprema Corte Norte-Americana vem há décadas debatendo a questão,

[...] podendo-se avaliar a sua dificuldade na seguinte nota, que se tornou famosa, de autoria do Juiz Holmes: “por mais que a propriedade possa ser regulada até certa extensão, se a regulamentação vai muito além, será reconhecida como uma desapropriação”. O conceito de *muito além* é tipicamente indeterminado, sujeitando-se a ser apreciado caso a caso, à luz do princípio da razoabilidade. A propósito, continuam os comentários de Laurence H. Tribe: “A dificuldade para determinar quão longe é *muito além*, em casos nada parecidos com invasão física ou esbulho, previsivelmente afligiu a Corte por mais de seis décadas, e a tentativa de diferenciar regulamentação

<sup>12</sup> PONDÉ. Parecer. *Revista Jurídica*.

<sup>13</sup> COSTA. Parecer nº 183-H do Consultor geral da República. *Revista Forense*, p. 57, 60.

<sup>14</sup> Para uma abordagem da desapropriação regulatória à luz do princípio da proteção da confiança, ver ARAÚJO. *O princípio da proteção da confiança*, p. 230-236.

<sup>15</sup> Poderíamos citar também a patrimonialidade do direito restringido, já que diretos personalíssimos há que também podem sofrer intensos condicionamentos estatais, mas que, pela sua natureza não econômica (ex.: restrições à oitiva recreativa de música em altos volumes), só gerará indenização se for por dano moral.



de desapropriação tornou-se o mais assombroso problema jurisprudencial no campo do direito contemporâneo ao uso da terra [...], um problema que para o advogado pode ser equiparado à pesquisa do átomo pelo físico".<sup>16</sup>

#### 4.2 A aceção da responsabilidade objetiva do Estado por atos materialmente legislativos constitucionais

A responsabilidade civil do Estado possui contornos próprios e, historicamente e nos diversos direitos positivos, tem evoluído no sentido da sua maior amplitude e publicização: desde a impossibilidade de o Estado ser civilmente responsabilizado (*the king can do no wrong*), passando pela responsabilidade por culpa em diversas modalidades (ex.: culpa presumida), até a atual responsabilidade objetiva (independentemente de culpa ou ilícito), por risco administrativo ou até mesmo por risco integral, casos excepcionais em que se prescinde até mesmo do nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e o Estado.

Como se sabe, o seu estágio atual de evolução em nosso direito positivo é, desde a Constituição de 1946, o da responsabilidade objetiva por risco administrativo, decorrência de os danos causados pelo Estado advirem de atividade do interesse de toda a coletividade. É o que dispõe o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, pelo qual "o Estado responderá pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros", independentemente de dolo ou culpa, os quais somente terão importância para se estabelecer o direito de regresso do ente contra o seu funcionário ou empregado.<sup>17</sup>

A ação ou omissão estatal que gerar prejuízo a terceiros (particulares ou mesmo outra entidade pública) engendra responsabilidade civil objetiva (independentemente de culpa ou ilicitude, bastando o nexo causal) dos Entes da Federação, das pessoas jurídicas de direito público da sua Administração indireta, das pessoas jurídicas de direito privado da sua Administração indireta que não exerçam atividades econômicas *stricto sensu* em concorrência com a iniciativa privada (art. 173, §1º, CF) e dos delegatários privados de serviços públicos (ex.: concessionários de serviços públicos).

Os dois principais fundamentos da responsabilidade civil dos entes públicos são o princípio do Estado de direito, pelo qual todos estão sujeitos

<sup>16</sup> MOREIRA, João Batista Gomes. Intervenção do Estado na propriedade e no domínio econômico. In: MEDEIROS, Carlos Olavo Pacheco de et al. *Desapropriação: doutrina & jurisprudência*, p. 55-73.

<sup>17</sup> A responsabilidade civil do Estado também é objeto do art. 43 do Código Civil: "Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".

às regras do ordenamento jurídico, inclusive o próprio Estado, razão pela qual todos devem indenizar as violações de direito cometidas, e o princípio da igualdade, da solidariedade social ou da repartição dos encargos sociais, pelo qual apenas uma ou algumas pessoas determinadas não podem ficar individualmente onerados por prejuízo infringido para beneficiar todos os membros da coletividade (ex.: se para construir uma estação do metrô que aproveitará a toda a coletividade algumas lojas tiverem que ficar sem serem acessadas pelo público interditas por mais de um ano, enquanto durar a obra, a sociedade terá que arcar com os prejuízos sofridos pelos comerciantes).<sup>18</sup>

Já vemos, nesse exemplo clássico que a doutrina dá para da responsabilidade do Estado por obras públicas que sejam perfeitamente lícitas, afinadas com o interesse público e necessárias, mas que ensejem prejuízo anormal e específico a alguns comerciantes, grande paralelo com o objeto deste artigo: mesmo que a norma seja *ad argumentandum* muito justa, afinada com o interesse público e perfeitamente constitucional, é *prima facie* capaz de causar um prejuízo anormal (por exemplo, os empresários não devem esperar que seus produtos sejam simplesmente banidos do mercado — isso não faz parte do que se confia esperar da rotina da vida econômica em um país capitalista) e específico, pois prejudicam apenas certas empresas.

Vejamos, com mais vagar, esses requisitos.

Complementarmente aos requisitos vistos acima neste mesmo tópico, para fazer eclodir a responsabilidade civil do Estado há também exigências do ponto de vista do dano a ser ressarcido.

Há duas exigências gerais (dano jurídico e certo) e duas exigências aplicáveis apenas à responsabilidade civil do Estado por comportamentos lícitos (danos especiais e anormais).

Em primeiro lugar, o dano há de sempre ser *jurídico*. Se a lesão for econômica, mas não for jurídica, isto é, se, apesar de haver prejuízo, não houver gravame em um direito, não eclodirá a responsabilidade civil. Para isto, deve haver lesão a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor do sujeito.

Não se considera dano em seu sentido jurídico, por exemplo, as limitações administrativas, que apenas definem o conteúdo do próprio direito; o fechamento de escola pública, que gerará prejuízos ao dono da lanchonete em frente a ela etc. Muito relevante para a caracterização do dano como jurídico são as eventuais expectativas legítimas criadas pelo Estado para o particular. Assim, se, no exemplo da lanchonete em frente à escola pública, o Estado incentivou o particular a instalar uma lanchonete

<sup>18</sup> O primeiro fundamento só se aplica, naturalmente, quando o comportamento estatal ensejador da responsabilidade for ilícito, fundando-se no Princípio da Legalidade.



naquele local para atender aos alunos e deixar a área menos deserta e logo depois fecha a escola, será cogitável a sua responsabilidade objetiva por ação lícita.

A responsabilidade do Estado pode se dar por um ato lícito, mas este ato tem que retirar algo da esfera jurídica do particular. Substancialmente, trata-se da mesma distinção entre as limitações administrativas ordinárias ou não indenizáveis e as indenizáveis; é uma questão de grau: apesar de ambas poderem gerar diminuição no valor do patrimônio das pessoas, esta tem maior intensidade, especialidade e anormalidade. Sendo o patrimônio um conceito jurídico,<sup>19</sup> na verdade toda diminuição patrimonial é uma diminuição na esfera jurídica do seu titular, não sempre, porém indenizável.

É lógico que se estivermos diante de uma responsabilidade civil do Estado por ilicitude, que a lesão a ele causada será jurídica. Mas, em se tratando de uma responsabilidade civil do Estado ato lícito (por exemplo, uma norma jurídica constitucional), para o dano ser jurídico para esse efeito, ele também terá que ser especial e anormal, conceito que veremos em seguida. Do contrário, a diminuição patrimonial será considerada como inerente às variações e limitações que a vida em sociedade exige.

O dano para ser indenizável também tem que ser *certo*, ainda que atual ou futuro (ex.: verba que a vítima terá que despender ainda por muitos anos com fisioterapia decorrente de acidente com viatura pública). O dano não pode é ser meramente eventual (ex.: lucro cessante da empresa que a pessoa teria aberto se não tivesse sofrido o acidente).

Os caracteres jurídico e certo do dano serão suficientes para fazer surgir a responsabilidade do Estado por comportamentos ilícitos (ex.: limitações administrativas que fossem inconstitucionais por violar o princípio da proporcionalidade), sejam eles comissivos ou omissivos.

Nos casos de responsabilidade do Estado por atos lícitos, o dano, além de jurídico e certo, deverá ser ainda *especial*, isto é, não pode ser genérico, disseminado em toda a sociedade (ex.: medida econômica que reduz o poder aquisitivo da moeda, não gera indenização) e *anormal*, ou seja, não inerente a próprias condições incômodas, mas inerentes ao convívio social (ex.: poeira de obra que deteriora a pintura de muro; interdição por poucos dias de rua, fazendo com que seus moradores tenham que pôr seus carros em garagem paga, fora da rua, não gera direito a ressarcimento;<sup>20</sup> abordagens policiais normais não causam dano moral, posturas municipais que não impeçam a utilização econômica que é natural ao terreno, etc.).

<sup>19</sup> Patrimônio é "o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico" (BEVILÁQUA. *Teoria geral do direito civil*, p. 209-210).

<sup>20</sup> Como já visto, obra que atrapalha o comércio não gera dano indenizável, mas, se interditar totalmente o comércio, gerará.

Constata-se que esses dois últimos requisitos do dano para gerar a responsabilidade do Estado por atos lícitos identificam-se com os requisitos da indenizabilidade de certas limitações administrativas e da caracterização de determinadas intervenções regulatórias na liberdade econômica e na propriedade como desapropriações indiretas. E nada mais natural, pois, na verdade, essas duas nada mais são do que exemplos de atos lícitos capazes de gerar a responsabilidade civil do Estado.

Apesar de a doutrina clássica francesa ter construído a responsabilidade civil do Estado sobretudo como responsabilidade civil no exercício da atividade administrativa propriamente dita, ela se aplica a todas as atividades do Estado, inclusive jurisdicionais e materialmente legislativas (edição de normas jurídicas gerais abstratas, editadas pelo Poder Legislativo ou em outro âmbito, como o das agências reguladoras e entidades administrativas em geral titulares de poder regulamentar). A nossa Constituição, em seu art. 37, §6º, não faz qualquer exceção quanto a isso.

Dizia-se que as normas jurídicas emanadas do Estado, sendo atos de soberania estatal, não poderiam gerar direito à indenização por responsabilidade civil do Estado, até porque, sendo a lei criadora do próprio direito não teria como, salvo se inconstitucional, ser injurídica.

Todavia, dessa assertiva hoje se evolui para admiti-la em quatro situações:

- a) se os atos na verdade nem forem materialmente legislativos, tais como as leis de efeitos concretos e todos os atos administrativos praticados pelo Poder Legislativo;
- b) tratando-se de lei propriamente dita, isto é, lei em sentido material (norma jurídica, legislativa ou administrativa, geral e abstrata), se admite a responsabilidade do Estado se a lei for inconstitucional e atingir particular de forma singular. Trata-se aqui da responsabilidade pela lei em si, não por ato administrativo expedido em sua execução;<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Há as seguintes condições, segundo Yussef Said Cahali: 1. Especificidade do dano; 2. A lei já ter sido retirada do mundo jurídico através da devida declaração de inconstitucionalidade em sede concentrada, não importando se antes ou depois da propositura da ação indenizatória, já que, assim, a indenização pelo Estado seria a consequência natural da nulidade da sua lei. Esta assertiva, ao nosso ver, todavia, pode ter que ser relativizada em razão das inovações no processo da ação direta declaratória de inconstitucionalidade, que deram ao STF a possibilidade de fixarem os efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade: poderia o STF, ao exercer essa competência, levar à inexistência do dever de pagar a indenização por eventuais prejuízos específicos sofridos o tempo anterior à declaração de inconstitucionalidade; 3. O dano tem que decorrer imediatamente da inconstitucionalidade da lei. Se decorrer diretamente da aplicação da lei em relações privadas, não será cabível a responsabilização do Estado. Assim decidiu a Justiça Federal em uma série de casos em que foi pedida a indenização pelo Estado dos prejuízos sofridos pelos titulares de contas de poupança que tiveram os seus depósitos reajustados pelas instituições financeiras de forma diversa em razão de lei que foi declarada inconstitucional (*Responsabilidade civil do Estado*, p. 652-658).



- c) omissão legislativa (ou regulamentar)<sup>22</sup> frustradora do exercício de direitos, já tendo o STF inclusive já deferido direito de indenização se o Congresso Nacional não exercesse a sua competência regulamentar da Constituição em determinado prazo;<sup>23</sup>
- d) a responsabilidade civil do Estado por leis constitucionais é bastante excepcional, já que as leis podem contrariar interesses econômicos, mas são gerais e abstratas, não gerando *de per se* por via de regra danos jurídicos ou especiais. E mais, para serem constitucionais pressupõe-se que não agrediram quaisquer direitos adquiridos (art. 5º, XXXV, CF). Eduardo Garcia de Enterría observa ainda que deve haver cuidado com a ampliação da responsabilidade do Estado por leis constitucionais para evitar a petrificação do ordenamento jurídico.<sup>24</sup>

As limitações administrativas indenizáveis subsumir-se-iam ao item 'b' ou 'd' acima, devendo-nos focar doravante neste último face à sua maior complexidade, inteiramente conectada aos requisitos suplementares do dano vistos acima.

Apesar de excepcional, a responsabilidade civil do Estado por lei constitucional pode eclodir em alguns casos, pois hipóteses há em que os danos por ela gerados preencherão aqueles requisitos da especialidade e anormalidade, mesmo não sendo inconstitucionais.

A responsabilidade do Estado por leis constitucionais gera certa perplexidade por se tratar de atividade soberana do Estado, exercida nos termos da Constituição, o que não deve, contudo, causar espécie, uma vez que na verdade todas as funções típicas de Estado são expressões da sua soberania.

Impugna-se também a responsabilidade do Estado por leis constitucionais (ou por regulamentos legais e constitucionais, pelo mesmo raciocínio) porque não haveria como haver dano jurídico, considerando que é ao legislador que compete por excelência a criação de direitos e obrigações, cumprindo observar que, partindo do pressuposto da constitucionalidade da lei, naturalmente teria inclusive respeitado os direitos adquiridos envolvidos. Todavia, como vimos acima, um dos pontos que mais caracteriza a responsabilidade objetiva do Estado é justamente a possibilidade dela existir mesmo diante de atos legais e constitucionais.

<sup>22</sup> Por sinal, os pontos de discussão relativos à responsabilidade civil do Estado por leis em sentido material são *mutatis mutandis* aplicáveis à sua responsabilidade por atos normativos em geral.

<sup>23</sup> STF, MI nº 283.

<sup>24</sup> GARCÍA ENTERRÍA. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*.

Júlio César dos Santos Esteves, colacionando a opinião de diversos autores, afirma que

[...] pode uma lei, no todo ou em cada uma de suas partes, que está em perfeita consonância com a Constituição, trazer prejuízos ao particular. [...] As hipóteses de restrição ao exercício da indústria ou atividade econômica, a transformação de atividade privada em serviço público, sob a forma de monopólio, são ventiladas como exemplos de circunstâncias de que se origina o dever reparatório estatal. [...] mas a obrigação não emergirá quando a limitação normativa se exercer "dentro da noção de poder de polícia, que pressupõe a regulamentação". [...] A utilização de parâmetros válidos de equalização dos interesses — ditados pelo princípio da proporcionalidade — não impedirá o surgimento do dever de indenizar, quando as restrições, conquanto necessárias, se situem no plano de anormalidade e especificidade, representada pelo atingimento de conteúdo essencial do direito de propriedade. Em caos tais, a restrição especialmente imposta ao particular, como forma de se obter a realização da função social, deverá ser compensada pela indenização.<sup>25</sup>

Abordando a responsabilidade do Estado por atos normativos, Léon Duguit sustenta que

[...] se o Estado protege os administrados contra todos os riscos que resultam de sua atividade em geral, não se compreende que esta garantia falhe no caso de risco decorrente da aplicação da lei; assim, quando a lei interdita ou restringe certa atividade particular, para organizá-la em serviço público monopolizado ou não, deve sujeitar-se a uma indenização.<sup>26</sup>

De fato, um dos exemplos mais dados de responsabilidade civil do Estado por lei constitucional é o da lei que transforma em serviço público exclusivo do Estado determinada atividade econômica que até então era livre da iniciativa privada, proscrevendo-a as empresas que até então as exploravam, pois em ambos há a interdição estatal do exercício de uma atividade privada.

Octávio de Barros também observa que "contra o ato legal que, não obstante, é lesivo, vem em socorro do administrado o princípio da intangibilidade de seu patrimônio, o qual, se por um lado é relativo, no sentido de não poder sobrepor-se à determinação estatal, por outro lado, patenteia-se irrecusável, impondo o ressarcimento".<sup>27</sup>

No direito francês, o caso pioneiro de reconhecimento da responsabilidade do Estado por ato legislativo foi o *La Fleurette* (1938), em que empresa produtora de produtos artificiais derivados de leite, à qual foi reconhecido

<sup>25</sup> ESTEVES. *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*, p. 235-241, grifamos.

<sup>26</sup> Cf. CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 665.

<sup>27</sup> Cf. CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 665.



o direito de receber indenização do Estado em razão de lei que, para apoiar o mercado de leite, proibiu a fabricação de produtos artificiais.<sup>28</sup> No *arrêt Cauchetux et Desmonts* (1944) o Estado também foi responsabilizado por lei que, para apoiar os produtores de lúpulo, determinou o aumento da sua utilização na fabricação das cervejas, o que veio a prejudicar uma empresa em particular. No *arrêt Plan* (1988), contudo, o Conselho de Estado excluiu a reparação dos prejuízos causados por flamingos em arrozais em razão de lei que protegeu esta espécie de animal, já que a lei teria expressamente excluído essa responsabilidade.

Também deve ser citado o importante *arrêt (Dame Burgat – 1976)* em que foi reconhecida a obrigação do Estado indenizar proprietária que, em razão de Tratado Internacional, não pôde despejar locatário que era representante estrangeiro na UNESCO e que tinha iniciado a locação antes de tal tratado.<sup>29</sup>

Em questão análoga, concernente à responsabilidade por regulamentos administrativos, o Conselho de Estado (*Commune de Garvanie – 1963*) reconheceu a obrigação de o Estado indenizar proprietário de loja de *souvenirs* em razão de ato administrativo normativo que proibiu a passagem de pedestres no caminho onde a loja se localiza, permitindo-a apenas àqueles que estivessem montados em animais.

Sobre o tema, Maurício Jorge Pereira da Mota assevera que

[...] a prevalência da função social conduz ao sacrifício desse concreto direito de propriedade, mas a garantia da propriedade transforma-se então numa garantia de uma justa indenização em contrapartida [...]. A garantia constitucional desdobra-se, assim, num efeito primário e num efeito subsidiário. O efeito primário consiste na defesa desta contra agressões que não sejam justificadas pela necessidade de afetação dos bens a uma função social mais elevada. O efeito subsidiário consiste na garantia de uma justa indenização para o caso dessa eventualidade se verificar.<sup>30</sup>

Nesse sentido, confira-se o seguinte entendimento do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, §6º. I - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica.

<sup>28</sup> MORAND-DEVILLER. *Cours de droit administratif*, p. 762-763.

<sup>29</sup> MORAND-DEVILLER. *Cours de droit administratif*, p. 763.

<sup>30</sup> MOTA. *Responsabilidade Civil do Estado Legislador*, p. 226. Para o autor, o direito de propriedade assegurado pela Constituição Federal abrange todo e qualquer direito patrimonial do cidadão. (*Idem*, p. 198), dentre os quais se incluem também o direito à liberdade de iniciativa.

CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, §6º. IV - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V - RE conhecido e provido. (STF, RE nº 422.941/DF, 2ª T., Rel. Carlos Velloso, DJ. 24.03.2006)

O fato de ser uma limitação administrativa apenas em regra ilide a responsabilidade civil do Estado. Se a limitação administrativa, ainda que constitucional, causar um prejuízo especial e anormal a alguém, será, como qualquer outra norma jurídica que contivesse esses efeitos, indenizável.

As limitações administrativas, enquanto tais, devem apenas conformar o direito de propriedade ou de exercício de atividade, não suprimilo, total ou parcialmente. Se isto ocorrer, não necessariamente serão inconstitucionais, sobretudo se decorrerem de uma ponderação razoável entre os diversos valores envolvidos,<sup>31</sup> tomando-se em conta a destinação econômica que o bem normalmente seguiria, estaremos diante de restrição administrativa, em geral servidão, ou de desapropriação indireta, ambas indenizáveis. Essas chegam a afetar as faculdades inerentes ao direito de propriedade, enquanto as limitações administrativas propriamente ditas apenas dão o contorno do próprio direito de propriedade com a função social a ele constitucionalmente inerente. As limitações administrativas propriamente ditas ou em sentido estrito constituem o próprio perfil do direito de propriedade, definindo-o; as restrições e ablações retiram parte ou totalidade do próprio direito.

Se a limitação administrativa chegar a impedir a destinação econômica normal da propriedade, deixará de ser limitação administrativa propriamente dita ou em sentido estrito para ser restrição ou interdição do uso de propriedade ou da atividade econômica, equivalente, respectivamente,

<sup>31</sup> Nessas hipóteses principalmente a proporcionalidade em sentido estrito deve ser aferida com muito cuidado: limitações administrativas assim tão intensas acabam por sobrepujar imensamente alguns valores em prol de outros, o que só pode ocorrer nos casos excepcionais em que realmente for totalmente inviável o exercício do mandado de otimização preconizado por Robert Alexy, segundo o qual os valores em conflito devem na medida do possível ser conciliados, cedendo um pouco alguns em prol de outros, que também cederiam apenas um pouco. Quando isso for possível, geralmente a limitação administrativa constitucional não vai gerar um dano anormal, indenizável. Apenas realmente quando um grupo de valores tiver que ser afastado em seu núcleo para dar lugar a outros constitucionalmente mais relevantes na situação é que estaremos diante de uma limitação administrativa constitucional indenizável.



à servidão ou uma desapropriação indireta. Ex.: A proibição de desmatamento de 20% de área florestada (art. 16, "a", do Código Florestal Brasileiro – Lei nº 4.771/65) é limitação administrativa, mas a proibição de desmatamento em toda a propriedade é desapropriação indireta (cf. subtópico anterior), já que não é de se esperar que alguém adquira terras para não aproveitá-la economicamente, devendo, portanto, o proprietário, por mais constitucional que a norma seja, ser indenizado, o que se explica também em razão do princípio da solidariedade social, pelo qual um indivíduo não deve arcar sozinho com o prejuízo que sofreu para atender ao interesse de toda a sociedade.

Casos há em que, mesmo se atendendo ao princípio da proporcionalidade em seus três elementos, a única solução possível é a ablação do conteúdo econômico da propriedade ou a interdição da atividade. Ou seja, casos em que, apesar de um direito ter que ser totalmente suprimido, a medida é constitucional e legal (ex.1: o tombamento de uma mansão de elevadíssimo valor histórico em plena Avenida Paulista; ex.2: lei que transforme os serviços funerários em serviço público municipal).

Nesses casos não se haverá de falar de invalidação da medida, mas sim de responsabilidade civil objetiva do Estado por ato lícito, ainda que legislativo em sentido material. Atendidos os requisitos vistos acima ao longo deste capítulo, estaremos diante uma das raras hipóteses de responsabilidade civil do Estado por norma geral e abstrata constitucional.

## Referências

- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 5. ed. São Paulo: F. Alves, 1951.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho*. Trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta, 2001.
- ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*. Madrid: Civitas, 2007.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- MESQUITA DA COSTA, Adroaldo. Parecer nº 183-H do Consultor geral da República. *Revista Forense*, n. 213, p. 57-60.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 7<sup>e</sup> éd. Paris: Montchrestien, 2001.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ORTEGA, Ricardo Rivero. *Introducción al derecho administrativo económico*. Salamanca: Ratio Legis, 1999.

PONDÉ, Lafayette. Parecer. *Revista Jurídica*, Tribunal de Justiça da Bahia, 1:30.

SÉ, José Sento. Desapropriações anômalas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 152, p. 43, 1983.

---

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

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Limitações administrativas e a sua excepcional indenizabilidade. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de polícia na atualidade: Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 109-129. ISBN 978-85-7700-815-5.

---