

Limitações administrativas e o conteúdo econômico da propriedade: uma “desapropriação à brasileira”*

Administrative limitations and the economic content of property: one to “Brazilian expropriation”

*Juliano Heinen***

RESUMO

As limitações administrativas geram inúmeros ônus sobre a propriedade. São restrições ao direito de propriedade, constitucional e legalmente admitidas, em caráter geral e uniforme. Por vezes, essas limitações esvaziam o conteúdo econômico do bem limitado, a tal ponto de retirar seu aproveitamento. Toda vez que o Estado assim age, deve resguardar a perda patrimonial do cidadão, com base na isonomia, a fim de repartir igualmente o ônus. E, nesses casos, a limitação administrativa urbana transforma-se, ainda que não formalmente, mas materialmente, em desapropriação, no caso, em uma “desapropriação à brasileira”.

* Artigo recebido em 24 de janeiro de 2011 e aceito em 29 de junho de 2012.

** Procurador do estado do Rio Grande do Sul; mestre em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc); professor de graduação e de pós-graduação em direito da Escola Superior de Advocacia Pública do Rio Grande do Sul, da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul (Fesdep) e do Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC).

PALAVRAS-CHAVE:

limitação administrativa — conteúdo econômico da propriedade — desapropriação

ABSTRACT:

Limitations generate administrative burden on many property. Are restrictions on property rights, constitutional and legally admitted in a general and uniform. Sometimes this limitation deflate the economic content of the very limited, to the point of withdrawing its use. Every time the state does so, it must protect the financial losses of the citizen, based on equality, in order to share the burden equally. And in these cases, the limitation becomes urban management, although not formally, but materially, in expropriation, in this case, one to "brazilian expropriation".

KEY-WORDS

restriction administrative — economic content of property — expropriation.

1. Considerações iniciais

A necessidade de organizar a sociedade perpassa pela perspectiva de que o poder público deve atuar nos limites do direito. Pode-se dizer que o Estado e, antes, o direito são ferramentas que estabelecem compromissos. Aquele atua lastreado neste. Dessa forma, a ideia de direito relaciona-se com a ideia de conduta e de organização, fatores fundamentais na atuação do Estado.

É o direito, hoje, disciplina social constituída pelo conjunto das regras¹ de conduta, as quais, na sociedade, com maior ou menor organização, regem as relações sociais — e cujo respeito é garantido, quando necessário, pela coerção pública — *Sollen*.² Além disso, o direito é produto dos fatos sociais e da vontade do homem. Em outras palavras: um fenômeno material (um conjunto de

¹ Termo utilizado em sentido genérico, referindo-se a todas as regras jurídicas: constitucionais e infraconstitucionais. Igualmente, tal termo não se refere à distinção doutrinária de regras e princípios, os quais compõem um conceito maior de norma (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 81 e segs.).

² KELSEN, Hans. *Teoría pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

valores morais e sociais, um ideal e uma realidade que resta refletida por uma ordem normativa).

O direito advém de uma decisão, e somente decide quem tem poder. Já poder é a capacidade de alterar condutas. Contudo, essa capacidade é estática. Ela toma corpo, dinamiza-se, por meio da política. Dessa forma, a relação entre *direito, decisão, poder e política* pode ser resumida no fato de que o direito, como categoria que impõe deveres, é um produto de uma decisão, cuja competência para tomá-la é de quem detém o poder político. Assim, quem diz o direito, diz determinada ação a ser seguida, diz a possibilidade de alterar condutas. Mas mesmo esse poder de alterar condutas possui limites no próprio direito.³

Ao longo da história, o direito foi “dito” de muitas formas, especialmente quando “falava” sobre a propriedade. Quando o direito era uma manifestação despótica, autoritária e unilateral, subtraíam-se as garantias básicas do cidadão, para o fito de dominá-lo por meio do próprio direito, não raras vezes subtraindo o direito de propriedade sem qualquer limite. Para que essa situação fosse alterada, havia a necessidade de, entre outros fatores, romper-se a unilateralidade com que o direito era pronunciado e a desigualdade gerada por um ônus — normalmente econômico — suportado por um ou poucos cidadãos, se em comparação com o restante da sociedade.

Sem sombra de dúvidas, a correção das desigualdades mostra-se francamente estendida no coração da temática proposta, na medida em que as limitações administrativas à propriedade urbana, por vezes, não originam um ônus geral suportado por indefinidos indivíduos, mas sim causam o esvaziamento econômico de uma ou de algumas propriedades. Esse fato gera uma desigualdade irrazoável a ser corrigida pelo direito.

2. As limitações administrativas à propriedade

As limitações administrativas são restrições gerais, uniformes e abstratas sobre o direito de propriedade em situações fáticas iguais. São geradas por

³ Como bem resume Massimo Severo Giannini (*Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1986. p. 95-96), neste espectro, intentava-se que o poder fosse regulado, que existissem limites ao seu exercício, a fim de se refrearem os abusos de quem governa. Dessa forma, a reserva de lei atua em duas vias: na possibilidade de os cidadãos demandarem contra o Estado, tendo seus pleitos lastreados no direito, ao mesmo tempo que se tinha a reserva de lei à atuação das autoridades.

ato expedido pela administração pública⁴ e originam obrigações de fazer,⁵ de não fazer ou de tolerar, cuja finalidade é a preservação do interesse público. O plano diretor de qualquer cidade certamente reserva inúmeros exemplos de limitações administrativas, como a proibição de instalar indústrias em determinadas áreas — ditas residenciais —, de edificar até determinada altura, da metragem das calçadas etc.

As limitações administrativas sujeitam-se à reserva legal, ou seja, somente por lei podem ser veiculadas. O que se permite é uma disciplina via ato administrativo que melhor a explique, que confira pormenores à lei — situação *secundum legem*. Enfim, não se permite decreto autônomo ou regulação *preater legem* em matéria de limitações administrativas.

Também em direito privado podem ser percebidas limitações ao direito de propriedade, que muito se parecem com aquelas previstas na seara administrativa. Em direito civil, essas restrições estabelecem contenções recíprocas entre dois bens, especialmente quando se está a tratar de direito de vizinhança.

Contudo, as limitações constantes no âmbito administrativo são exercidas pelo poder público, com base em sua supremacia, visando ao interesse da coletividade. Rafael Bielsa,⁶ quando analisa as limitações administrativas, aduz os seguintes pressupostos, a) a obrigação de fazer ou de não fazer, na tentativa de conciliar o direito público e o privado, tem sua intensidade limitada até onde vai a necessidade administrativa;⁷ b) não há o dever de indenizar; c) atingem os indivíduos de forma genérica.

Advêm de comandos gerais e abstratos, a sujeitos passivos indeterminados, visando atender à utilidade pública. Não se corporificam em um bem específico, como ocorre, por exemplo, com as servidões administrativas. As limitações podem ter a finalidade de defender o patrimônio público, de proteger o meio ambiente, de garantir a estética das coisas de valor coletivo, de aproveitar o solo, de manter a tranquilidade etc.

⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 297/298. Ainda: "As limitações administrativas definem-se como medidas gerais, unilaterais e gratuitas, por meio de que o Estado condiciona os direitos e as atividades de pessoas naturais e jurídicas, com fundamento na supremacia do interesse público. O objetivo é o Poder Público atribuir novos contornos às atividades e aos direitos das pessoas de modo a promover o bem comum, tendo por fundamento a própria função e o poder de polícia do Estado." (CARVALHO, Raquelo Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 961).

⁵ Estas obrigações são excepcionais. Em regra, as limitações administrativas geram somente condutas omissivas (obrigações de não fazer ou de tolerar).

⁶ *Derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, t. IV, 1965, p. 375-276.

⁷ Superada esta necessidade, há possibilidade de ressarcimento.

Como o ônus vem em benefício de todos, um grande número de administrados absorve este fardo uniformemente,⁸ bem como não há perda da finalidade essencial do bem atingido, não há que se falar em indenização. Até porque a limitação administrativa visa a condicioná-la à sua *função social*,⁹ dentro de uma moldura legal.¹⁰

E já neste ponto pode-se compreender o porquê de a servidão administrativa ser indenizável e a limitação não: efetivamente pelo fato de a primeira sacrificar direito de propriedade específico. Será *um* bem imóvel, de *um* cidadão apenas, que suportará a servidão (ex.: um imóvel pertencente a um sujeito suporta a passagem de uma linha de transmissão de energia elétrica). Esse cidadão, sozinho, não pode sofrer o ônus em contrapartida de um ônus gozado por toda a coletividade. Eis a incidência, à espécie, da isonomia corretiva. Então, a fim de compensar esse indivíduo que suporta a servidão administrativa, é necessário lhe alcançar uma indenização.¹¹

⁸ Ainda que apenas parte dos cidadãos seja atingida, como no caso de a limitação se estender por apenas um bairro, não há o dever de indenizar.

⁹ Entre tantos conceitos de *função social da propriedade*, preferiu-se optar pelo positivado no § 1º do art. 1.228, do Código Civil brasileiro: “§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. Ainda, poderia ser tomado por base o texto do art. 186, da Constituição Federal de 1988, que complementa a menção feita no art. 5º, XXIII, e no art. 170, III, também da CF/88.

¹⁰ “As limitações administrativas impõem obrigações de caráter geral a proprietários indeterminados, em benefício do interesse geral, afetando o caráter absoluto do direito de propriedade, ou seja, o atributo pelo qual o titular tem o poder de usar, gozar e dispor da coisa da maneira que melhor lhe aprouver.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 102). Ainda: “A limitação administrativa é uma das formas pelas quais o Estado, no uso de sua Soberania interna, intervém na propriedade e nas atividades particulares. As limitações administrativas representam modalidades de expressão da supremacia geral que o Estado exerce sobre pessoas e coisas existentes no seu território, decorrendo do condicionamento da propriedade privada e das atividades individuais ao bem-estar da comunidade” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 531).

¹¹ “A diferença está em que, na limitação administrativa, a obrigação de não fazer é imposta em benefício do interesse público genérico, abstratamente considerado, enquanto na servidão ela é imposta em proveito de determinado bem afetado a fim de utilidade pública. A coisa dominante, inexistente na limitação administrativa, distingue os dois institutos. Distinguem-se ainda as limitações das servidões administrativas pelo fato de estas implicarem a constituição de direito real de uso e gozo, em favor do poder público ou da coletividade, paralelo ao direito do proprietário, que perde, por essa forma, a exclusividade de poderes que exercia sobre o imóvel de sua propriedade. Nas limitações administrativas, o proprietário conserva em suas mãos a totalidade de direitos inerentes ao domínio, ficando apenas sujeito às normas regulamentadoras do exercício desses direitos, para conformá-lo ao bem-estar social; a propriedade não é afetada em sua exclusividade, mas em seu caráter de direito absoluto, pois o proprietário não reparte, com terceiros, seus poderes sobre a coisa, mas, ao contrário, pode desfrutar de todos eles, da maneira que lhe convenha, até onde não esbarre com óbices opostos pelo poder público em prol do interesse coletivo.” (Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 109).

3. O esvaziamento econômico da propriedade: “desapropriação à brasileira”¹²

Com a ascensão do estado de direito (*Rechtsstaat*), fato que empurrou a administração pública à juridicidade das coisas, surgiram relações de sujeição do particular ao poder público — *relações de sujeição especial (Gewaltverhältnis)*.¹³ Essas relações conferem um poder geral à administração pública, podendo esta expedir atos administrativos que causem aos indivíduos um vínculo de subserviência.¹⁴ Assim, emerge uma dependência por parte do indivíduo que está concatenado nessa relação.

Em 1972, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu que as relações especiais de sujeição deveriam estar arraigadas aos direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bonn.¹⁵ Na oportunidade em que uma restrição não essencial ultrapassasse as liberdades, era necessário que um fundamento normativo autorizasse esse transpasse.

Desde então, qualquer medida restritiva a um direito individual deveria passar pelo crivo de sua essencialidade e de sua anormalidade. Logo, a medida constritiva de um direito fundamental deve ser essencial — altamente necessária — à resolução de uma finalidade pública, sem a qual essa finalidade não seria alcançada. Além disso, deve ser anormal, ou melhor, as restrições devem ser opções excepcionais.

Caso a conduta praticada pela administração pública sobejasse uma limitação normal à liberdade, deveria ser garantida a devida proteção, ainda que de forma indenizatória. E as medidas restritivas ao direito fundamental à propriedade advindas do poder público não ficaram incólumes a essa perspectiva.

Assim, limitações administrativas são aceitas de forma plena, sem indenização qualquer, desde que o ônus gerado seja razoável e não inviabilize o espectro econômico de um bem, ou seja, não sobeje a limitação regular

¹² O termo “à brasileira” é cunhado pelo emérito administrativista brasileiro Almiro do Couto e Silva, quando explica o conceito peculiar de serviços públicos encontrado no Brasil. Conferir o trabalho do mestre em: Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? *Revista da Procuradoria-Geral do Estado* — Cadernos de Direito Público, Porto Alegre, v. 27, n. 57 (supl.), p. 209-238, 2003.

¹³ O termo germânico, caso traduzido literalmente, tratar-se-ia da expressão: “relação de violência”.

¹⁴ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1949. t. I, p. 134.

¹⁵ Decidiu-se que não se poderia limitar a liberdade de expressão de um preso por simples ato administrativo (SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad-Adenauer, 2005).

de um direito individual. Essa seria uma atuação normal e permitida. Caso exista o transpasse desses limites, ou seja, haja uma sujeição especial do bem que subtraia ou prejudique a função a que ele se destina, existe um dever de proteção. No caso, gera-se uma indenização justa, nos mesmos moldes da desapropriação.

Como as limitações administrativas são genéricas, não se pode pensar na individualização de prejuízos. São deveres coletivos que não implicam diminuição no exercício do direito de propriedade porque inerentes a ele. Seguem a dar um equilíbrio entre os bens comuns e os privados.¹⁶ Então, sendo a limitação genérica e abstrata, não há que se falar em dever de indenizar.¹⁷

Aliás, na Alemanha, existe desapropriação quando se opera (a) uma mudança na destinação do bem (*Zweckentfremdung*) ou (b) quando cessa o uso do bem por conta de lei ou ato administrativo.¹⁸ Neste último caso, as restrições ao uso do bem são admitidas e *não indenizáveis* quando as restrições permeiam o âmbito de proteção da função social da propriedade e são ônus suportados uniformemente, enfim, por toda a população. Assim, as leis que impõem distâncias na construção de janelas entre prédios vizinhos, ou leis que disciplinam as locações etc., não gerariam situações passíveis de ressarcimento. Ao contrário, se as restrições transpassam os limites da função social, merecem uma contrapartida econômica.

Na “limitação administrativa às avessas”, aqui exposta, esse “apossamento” da propriedade é, por assim dizer, “formal”, na medida em que restringe com intensidade bastante as faculdades do domínio (uso, gozo, disposição e possibilidade de retomada). Quando um ato administrativo, sem tomada da posse, inviabiliza a livre disposição do bem, gera a “desapropriação à brasileira”, traduzindo, pois, em um não uso do bem. Significa não conseguir dar ao bem a destinação a que ele se propõe. E esse impedimento gera um prejuízo indenizável, na linha da tradicional desapropriação (in)direta.

O instituto objeto deste trabalho não se confunde com uma desapropriação (extra)ordinária — aquela clássica forma de aquisição forçada da propriedade de um bem, por parte do Estado, após prévia e justa indenização — nos moldes que se conhece (segundo as determinações do art. 5º, inciso XXIV, da

¹⁶ Neste sentido: GIGENA, Julio Izidro Altamira. *Lecciones de derecho administrativo*. Córdoba: Advocatus, 2005. p. 418.

¹⁷ STF, Informativo nº 278. Conferir também o STJ, Resp. 17.137-SP, 2ª Turma, rel. min. Hélio Mosimann, DJU 20-2-95.

¹⁸ FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Allgemeiner Teil. Munique: Beck, 1966. v. 1, p. 303-304.

Constituição Federal de 1988,¹⁹ bem como assegurando-se o procedimento do Decreto-lei nº 3.365/1941 ou de outra regra específica),²⁰ porque não formaliza a aquisição da propriedade do bem limitado. Enfim, não há a transmissão, ao poder público, da propriedade do bem onerado. A coisa fica em nome do particular, sendo essa uma diferença substancial a ser apontada. Além disso, a “desapropriação à brasileira” que aqui se menciona diferencia-se da desapropriação clássica, porque a primeira não respeita o procedimento que é exigido da segunda.

Da mesma forma, a “desapropriação à brasileira” não é sinônimo de uma *desapropriação indireta*,²¹ conceituada como “(...) um 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 ele 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 (...)”.²²

Isso porque a desapropriação indireta (“às avessas”) consiste em um ato de esbulho cometido pelo Estado, ou seja, uma conduta ilegal. A “desapropriação à brasileira”, que se está aqui a tratar, é, ao contrário, lastreada em um ato *lícito*, condizente com o direito. A limitação administrativa que esvazia o conteúdo da propriedade reputa-se como sendo um ato permitido pelo direito, juridicamente lícito, portanto. Até porque, se for ilegal, poderá ser anulado, liberando o particular de ter de cumprir com qualquer obrigação. No caso, a “limitação administrativa” sob foco causa uma impossibilidade de o imóvel ser explorado economicamente. Não há uma tomada da *posse* por parte do poder público, caso tradicional de desapropriação indireta. Classicamente, essa ocorre quando um ente estatal toma materialmente o bem para si (ex.: cons-

¹⁹ 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.

²⁰ Como a Lei Complementar nº 76/1993 (que disciplina a desapropriação para reforma agrária), a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade, que disciplina a desapropriação para reforma urbana), a Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra, que também faz previsão para a desapropriação para reforma agrária), a Lei nº 4.132/1962 (que disciplina a desapropriação por interesse social) etc.

²¹ Assim, não se concorda com o pensamento de Raquel Melo Urbano de Carvalho (*Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 970), que equipara as limitações que tolhem o valor econômico da propriedade com a desapropriação indireta. Como demonstrado, são institutos por deveras diversos. No STJ, Resp. 317.507-SP, 2ª Turma, rel. min. Faciulli Netto, DJU 31-3-2003, desafortunadamente, também se perfaz esta equivalência.

²² Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 562.

trói uma praça, um parque sobre um terreno alheio, sem indenização justa e prévia etc.). Na “desapropriação à brasileira” isso não ocorre.

Então, essa nova modalidade de desapropriação, ora mencionada, é uma forma de subtrair o direito de propriedade ou de minimizar suas faculdades de forma expressiva, sem que exista uma transferência formal do domínio, mas sim uma espécie de “transpasse material”, porque a coletividade passa a usufruir quase que exclusivamente das faculdades da propriedade restrita. Seria como se “materialmente” a propriedade fosse transferida à coletividade, ainda que isso seja uma ficção, tendo em vista que sua utilidade e finalidade precípua já não estão sob domínio do particular, “formalmente” proprietário.

Portanto, existe diferença entre uma propriedade passível de exploração e outra em que não se permite alocá-la à mercancia. E essa desigualdade deve ser corrigida, ressarcindo os prejuízos. Então, um dos fundamentos-base para a indenização, em termos de “desapropriação à brasileira”, calca-se no *enriquecimento sem causa*, ou melhor, no *empobrecimento sem causa* por parte do proprietário que teve seu bem restringido.²³ É um princípio geral sobre o qual deve se fundar a pretensão indenizatória pela perda econômica da propriedade, causada por uma limitação administrativa.

O enriquecimento/empobrecimento indevido, na verdade, é princípio geral do direito, pois é um pagamento sem relação causal. Está consagrado no art. 876, do Código Civil brasileiro, o qual determina que todo aquele que recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir. Tem-se, como exemplo, a impossibilidade de um pretense credor reclamar aquilo que já foi pago, aquilo que já recebeu, o que demandaria, inclusive, a aplicação do art. 940, do Código Civil, que permitiria a devolução em dobro daquilo que é pleiteado.²⁴

O diploma civil brasileiro também criou um capítulo inédito, o qual trata especificamente “Do enriquecimento sem causa”. Determina o art. 84: “Aque-

²³ Isso porque a administração pública, com as limitações em pauta, não agregará um patrimônio. Não se tratará de uma adição de renda à esfera patrimonial do poder público. O que se agrega é uma maior vantagem, facilidade, melhoria, utilidade a todos os indivíduos em detrimento de um só. Este, sim, sofre uma diminuição do patrimônio, um empobrecimento sem uma causa justa, o que determina a recomposição da perda pela própria coletividade beneficiada, ou seja, pelo Estado. Então, julga-se que o caso revela um empobrecimento sem causa, e não um enriquecimento.

²⁴ Nas palavras de Washington de Barros Monteiro: “Urge frisar, todavia, que nem todo enriquecimento é condenado e sim, exclusivamente, o injusto, sem causa lícita ou jurídica. O enriquecimento ilícito consiste no ganho sem causa. Verifica-se ele não só quando recebemos alguma coisa sem motivo justo (*condictio indebiti*, *condictio sine causa*, *causa data non secuta*) como quando, sem causa legítima, nos libertamos de uma obrigação com dinheiro alheio” (*Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4, p. 268).

le que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários". Enfim, é elemento essencial ou determinante da responsabilidade do Estado, no presente caso, que exista a ocorrência de prejuízo, sem o qual não há o que reparar. Imputar a alguém o dever de indenizar sem restar caracterizada a existência do dano (ainda que presumido) se traduz em ofensa ao princípio geral de direito que veda o enriquecimento/empobrecimento sem causa.

4. Pressupostos para a indenização

O dever de indenizar no caso apresentado é cientificamente viável, além de possuir acolhida na jurisprudência brasileira. Então, as limitações administrativas que, em tese, deveriam ser parciais, caso se traduzam em um ônus por demais abrangente sobre as faculdades do direito de propriedade, originam uma verdadeira expropriação do bem.²⁵

A partir do momento em que se compreendem os elementos dogmáticos da "desapropriação à brasileira", está-se autorizado a tentar identificar os pressupostos para que a indenização ocorra. Foi dito que um dos argumentos centrais para a mencionada indenização consistia no *empobrecimento sem causa*. Assim, os pressupostos desse instituto jurídico deverão indicar os elementos do ressarcimento por conta de uma limitação administrativa que esvazie o conteúdo econômico do direito de propriedade.²⁶

Quando se tratarem limitações que visem a cumprir com a função social da propriedade, sendo restrições que advêm do próprio direito de propriedade, não há que se falar em recomposição patrimonial, tendo em vista que

²⁵ A "desapropriação à brasileira" não incide somente sobre bens imóveis, mas sobre a propriedade de qualquer coisa que seja inviabilizada por uma limitação administrativa. Augustín Gordillo (*Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006. t. 2, p. XX-34) apresenta um caso interessante, ocorrido no Uruguai. Com a criação da Ancap, a produção, o refino e o transporte de combustíveis no país ficaram concentrados exclusivamente, em regime de monopólio, nessa empresa estatal, mas, antes, tais atividades eram desempenhadas por particulares. Estes, sentindo-se prejudicados por uma limitação que inviabilizou economicamente suas empresas, demandaram na justiça, obtendo o direito de serem devidamente ressarcidos. Essa indenização teve por base justamente o empobrecimento sem causa originado por uma limitação administrativa sobre determinada atividade econômica. Conferir, ainda: LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de derecho administrativo*. Montevideu: Martin Bianchi Altuna, 1953. t. 1, p. 603-605.

²⁶ HAURIUO, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 1921. p. 382.

(...) a ideia de limitação ao direito de propriedade é errônea, pois em sua essência admite o conceito dos anos 1800 de que a propriedade é um direito ilimitado. Em realidade, inexistem limitações ao direito de propriedade. O que existe é que o direito de propriedade somente tem existência dentro de um determinado contexto constitucional e somente é exercido no interior deste mesmo contexto.²⁷

Assim, quando uma limitação é um elemento formativo do próprio direito, concebendo-a como uma peça nuclear do suporte fático, não há que se falar em indenização. Contudo, quando a limitação não se encontra nessa esfera, ou seja, não é um elemento da *fatispecie*, ela pode ser objeto de ressarcimento, desde que cumpridos alguns requisitos.

Então, parece incidir, como conteúdo central da “desapropriação à brasileira”, o empobrecimento sem causa do proprietário, cuja origem adveio de uma limitação administrativa que gerou um dano especial, pelo exercício exorbitante dessa limitação. Aqui, o ressarcimento se funda em um princípio de justiça, para que o dano dê lugar à reparação.²⁸

Dessa forma, é necessário que exista um nexo de causa entre a limitação e o empobrecimento. Aliás, imprescindível que o dano experimentado não tenha uma causa justa.²⁹ Não é à toa que há décadas o Tribunal Federal de Recursos editou a Súmula 142, com a seguinte redação: “A limitação administrativa *non aedificandi* imposta aos terrenos marginais das estradas de rodagem, em zona rural, não afeta o domínio do proprietário, nem obriga a qualquer indenização”. Contudo, quando a limitação causar a subtração econômica do bem que sofre a restrição, está-se diante da “desapropriação à brasileira”, a qual impõe o dever de justa e prévia indenização.³⁰

Fixados, assim, os pressupostos dogmáticos para a possibilidade de indenização, resta mapear os critérios para se perceber o *quantum* de indenização o proprietário atingido tem direito, enfim, sua suficiência. Esse ponto é bem menos árduo, uma vez que bastante incidente, aqui, a *proporcionalidade*. Logo,

²⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 595.

²⁸ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., p. XX-33.

²⁹ Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., p. 382. Nas palavras do autor: “Finalmente el principio obligatorio me parece ser éste: enriquecimiento sin causa de un patrimonio administrativo a consecuencia de un daño especial causado a un tercero por el ejercicio de un derecho exorbitante”.

³⁰ STF, RE 134.297-SP, 1ª Turma, rel. min. Celso de Mello, DJU 22-9-95. Ainda: Eresp 122.114-SP, DJ 17-12-2004, Eresp. 519.365-SP, rel. min. Teori Albino Zavascki, j. 11-10-2006, Resp. 1.015.497-SC, rel. min. Luiz Fux, j. 9-2-2010.

o montante a ser pago será proporcional a maior ou a menor restrição econômica. Se essa for total, terá de ser pago 100% daquilo que vale a coisa limitada administrativamente. Se parcial, a indenização será proporcional ao tamanho da limitação.

Por fim, se as limitações administrativas são anteriores à aquisição da propriedade, não caberá qualquer indenização. Seria o mesmo que um cidadão adquirir uma coisa inalienável ou sem valor econômico, sabendo dessa situação. Não há perda daquilo que nunca se teve, ou seja, o empobrecimento ocorreu em data prévia e não acompanha, como direito de seqüela, o transpasse do domínio.³¹

Não terá sucesso qualquer alegação de boa-fé no sentido de fundamentar a pretensão indenizatória. Enfim, é ineficaz o argumento baseado no fato de que se desconheciam as limitações incidentes sobre a coisa. Como se percebeu, as limitações administrativas, ainda que gerem uma “desapropriação à brasileira”, reclamam reserva de lei. Logo, como ninguém se escusa de cumprir as regras vigentes, a boa-fé fica prejudicada.³²

5. Conclusões

Em regra, as limitações administrativas devem ser dirigidas em caráter genérico e abstrato, atingindo sujeitos passivos de forma indeterminada. Contudo, constata-se que, por vezes, esses ônus geram o esvaziamento econômico da propriedade, criando o dever de indenizar.

Quando essa situação é percebida, está-se diante de o que aqui se convencionou chamar de “desapropriação à brasileira”, porque é um instituto compreendido de forma peculiar no Brasil. Não se confunde com a desapropriação clássica — (extra)ordinária —, nem com a servidão administrativa, nem com a limitação administrativa ou nem mesmo com a desapropriação indireta.

Assim, quando uma limitação administrativa restringe as faculdades do domínio, a tal ponto de não ser possível dar ao bem a destinação a que se pres-

³¹ STF, RE 140.436-SP, DJU 6/8/1999 e Resp. 407.212-SP, rel. min. Eliana Calmon, j. 21-9-2004.

³² “Esta limitação é *ex lege*, ou seja, advém do simples fato de ser proprietário, incidindo à espécie os marcos regulamentares. Assim, desimporta ao caso concreto se a limitação administrativa estava ou não registrada. Aquele que adquire uma propriedade deve estar ciente de que deve cumprir com as obrigações incidentes sobre o dito bem, independentemente de estas limitações constarem na matrícula do imóvel. Seria o mesmo que exigir que nos registros de cada bem imóvel urbano constassem o dever de pagar os respectivos impostos que o fato gerador ‘propriedade’ impõe.” (STJ, Resp 1.179.316-SP, rel. min. Teori Albino Zavascki, j. 15-6-2010).

ta, tal prejuízo é passível de ressarcimento. O fundamento central para a mencionada indenização é lastreado no enriquecimento sem causa, ou melhor, no empobrecimento sem causa do proprietário do bem restringido.

Então, diante do que foi exposto, os elementos dogmáticos da “desapropriação à brasileira” e os pressupostos para a indenização são estes:

(a) elementos negativos:

- (a1) a limitação administrativa que restringe as faculdades do direito de propriedade não deve estar compreendida como um elemento que naturalmente compõe o suporte fático configurador do próprio direito de propriedade;
- (a2) a limitação incidente não deve derivar dos deveres normais impostos pela função social da propriedade;
- (a3) ela não deve derivar de uma limitação administrativa genérica e abstrata;
- (a4) a limitação não deve ser prévia à aquisição da propriedade da coisa;

(b) elementos positivos:

- (b1) a limitação administrativa deve ser lícita;
- (b2) deve existir nexo de causa entre a limitação e o empobrecimento;
- (b3) que o dano experimentado não tenha uma causa justa;
- (b4) deve esvaziar o conteúdo econômico do direito de propriedade, limitando substancialmente suas faculdades e o fim precípua a que se destina;

(c) quantificação da indenização: caso presentes os elementos estruturantes da “desapropriação à brasileira”, o montante a ser pago será proporcional à maior ou à menor restrição econômica. Se esta for total, terá de ser pago 100% daquilo que vale a coisa limitada administrativamente.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 1965. t. IV.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- CARVALHO, Raquelo Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.
- FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Allgemeiner Teil. Munique: Beck, 1966. v. 1.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1986.
- GIGENA, Julio Izidro Altamira. *Lecciones de derecho administrativo*. Córdoba: Advocatus, 2005.
- GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006. t. 2.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 1921.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de derecho administrativo*. Montevidéo: Martín Bianchi Altuna, 1953. t. 1.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1949. t. I.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevidéo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005.
- SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? *Revista da Procurado-*

ria-Geral do Estado — Cadernos de Direito Público, Porto Alegre, v. 27, n. 57 (supl.), p. 209-238, 2003.