

O litisconsorte é *parte*, e não se pode conceber que seja parte legítima quem não seja titular da relação jurídica deduzida em juízo nem esteja excepcionalmente autorizado pela lei a deduzir em juízo, em nome próprio, relação jurídica alheia (“substituição processual”). O pedido de declaração de inconstitucionalidade em tese, que é pedido de declaração prévia da legitimidade da intervenção federal no Estado, cabe exclusivamente à União, que só ela tem poder de intervir e interesse jurídico na decretação da intervenção. Não sendo concebível, por motivos óbvios, a cumulação, no mesmo processo, de qualquer outra demanda com essa, excluída fica a possibilidade de litisconsórcio ativo.

Quanto à eventual influência da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre relações jurídicas de terceiros, se existe, não é de intervenção litisconsorcial, mas de *assistência*, que se teria de cogitar, à luz do art. 93 do Código de Processo Civil. A Lei n.º 4.337, entretanto, não consagra a admissibilidade da intervenção assistencial, como tampouco a consagrava a Lei n.º 2.771. Ao contrário: da redação do art. 4.º, parágrafo único, infere-se que o legislador quis mesmo excluir a participação, no debate, de quem quer que seja além do Procurador Geral da República e do órgão estadual (ou dos órgãos estaduais). Bom ou mau, *de lege lata*, o sistema é êsse.

## RECUO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

RAYMUNDO FAORO

Procurador do Estado da Guanabara

O direito de propriedade tem dupla proteção, derivada do art. 141, § 16, da Constituição: como direito público subjetivo e como garantia (garantia institucional) (1). O Estado assume, além de dever negativo de não perturbar o proprietário, o dever positivo de assegurar-lhe o exercício do direito contra intervenções abusivas, quer partam de seus agentes, quer decorram de movimentos coletivos, irrompidos contra a ordem social (2). A garantia sofre, contudo, a limitação expressa da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, bem como submete-se a restrições *inerentes*, na própria Constituição consagradas (art. 147, 1.ª parte), ou implícitas no conceito de propriedade, como instituto social e jurídico.

No regime da Constituição de 1891, que assegurava o direito de propriedade “em toda sua plenitude” (artigo 72, § 17), entendia-se ser êle suscetível de limitação, quer pela lei ordinária federal (art. 572 do Código Civil), quer por disposições locais, em virtude do *poder de polícia*, atributo da soberania, “função essencial de todos os governos autônomos”, que “existe independentemente de menção constitucional”, confundido com a interpretação do direito. Trata-se, na expressão de RUI — de um “poder inerente à soberania”, indicando que os direitos só são protegidos com a submissão a “certas restrições, necessárias à existência de todos sem con-

(1) *Das Bonner Grundgesetz* — MANGOLDT-KLEIN, Berlim, 1957, 1.º vol., pág. 415.

(2) ERNST R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, 1954. Zweites Band, pág. 11.

flito no seio da coletividade" (3). Limite à disciplina do poder de polícia é a própria *substância* do direito protegido, que, a pretexto de ser regulado, não pode ser ferido ou anulado em seu conteúdo (4). Não ofendem a garantia constitucional, portanto, as leis e regulamentos administrativos, dos governos federal, estadual e municipal, mesmo turbativos do gozo do direito de propriedade, se editados com o propósito de assegurar a saúde, conforto, ordem e bem-estar dos cidadãos.

A restrição é ampla e sem contornos definidos, imposta em termos gerais, como expressão implícita da existência e funcionamento da ordem jurídica. A noção do poder de polícia está comprometida com as vicissitudes históricas que a criaram, vencendo suas origens absolutistas. Manteve-se no regime constitucional e de direito em sua forma negativa, como poder de fato reconhecido pela ordem jurídica, carecendo, para atuar com ordens positivas, de base legal estrita (5). No direito moderno, em virtude disso, perdeu a posição relevante de poder ínsito em todos os direitos e garantias individuais, degradado à função subsidiária de preencher lacunas não previstas pelo ordenamento constitucional e legal.

A obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa deve decorrer da lei em sentido formal, sujeito o cidadão, na ausência de norma, apenas ao dever de não perturbar a ordem e tranquilidade públicas.

Apesar disso, o Estado constitucional liberal não instituiu direitos ilimitados ou imutáveis no seu conteúdo histórico. Instituiu e reconheceu-lhes restrições, expressa e implicitamente, sujeitas a contrôles mais definidos que o poder de polícia. Tais restrições podem ser classificadas em *restrições da própria garantia* (6) e *restrições reservadas* (7).

As primeiras, vinculadas aos direitos e garantias individuais, inscrevem-se no conteúdo mesmo da prestação, objetivamente, ou como consequência de sua significação em determinados círculos de

(3) RUI BARBOSA, *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, 1934, vol. V, pág. 313 e segs.

(4) ASTOLPHO REZENDE, *Rev. de Jurispr. Bras.*, vol. V, pág. 428, e RUI, *loc. cit.*, pág. 325.

(5) OTTO MAYER, *Derecho Adm. Alemán*, t. II, 1950, pág. 13 *et passim*; OTTO KOELREUTTER, *Grundfragen des Verwaltungsrechts*, Köln — Berlim, 1955, pág. 117.

(6) *Gewährleistungsschranken*.

(7) *Vorbehaltsschranken*.

pessoas. O conceito do direito ou garantia, como a propriedade ou a religião, sofre limitações e alterações sociais e históricas, às quais a Constituição se ajusta, em sua aplicação. Tais são as restrições "iminentes", "inerentes", "próprias", ou "naturais", nem sempre claras, ou sequer expressas no texto da Carta Magna, traduzindo-se nas interpretações de seus dispositivos, quer nos Tribunais, quer como regra de conduta do Poder Público. Ao caráter impreciso dessas restrições, respondem as *restrições reservadas*, que se deduzem imediata ou mediatamente da Constituição, por meio de dispositivos expressos ou mediante autorização à lei para efetivá-la em limites que não lhe comprometam a integridade (8).

As regras constituições acêrca da propriedade, explícita ou implicitamente, não podiam consagrar-lhe a intangibilidade. O instituto jurídico está sujeito às mutações históricas, às alterações da ordem social e econômica. A proteção constitucional não lhe imobiliza o conceito, cujo conteúdo e limite a lei ordinária define.

Dispensável, senão inútil, seria cláusula expressa nesse sentido, existente na Carta de 1937 (artigo 122, 14), sob a inspiração de Weimar (art. 153), que se subentende na atual, como na de 1891 e 1934, conforme magistério de PONTES DE MIRANDA (9). De outro lado, a Constituição de 1946 fixou reservas à amplitude da garantia, em regras originais (art. 141, § 16, desapropriação — art. 147, etc.) ou por meio da lei (arts. 145, 148, 149, 151, etc.).

As intervenções na propriedade têm diversa intensidade, que vão desde a limitação formal até a sua incorporação à Administração Pública. A desapropriação é o caso extremo, que importa na perda de propriedade, cercada pelo art. 141, § 16, de cautelas especiais, mediante *prévia* e *justa* indenização em dinheiro. Na outra ponta, em configuração de polaridade, está o preceito do artigo 147, assim redigido: "O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social". Fixadas as fronteiras extremas, cumpre estabelecer as bases em que é lícita a interferência do Poder Público, com os meios e processos previstos na Constituição.

*Desapropriação e condições da propriedade* são conceitos expansivos, que se esforçam em abarcar a realidade jurídica, negando as situações intermediárias. A primeira impõe a indenização prévia, as segundas só exigem compensação, se a lei assim o dispu-

(8) MANGOLDT-KLEIN, *ob. cit.*, págs. 120 a 129.

(9) *Comentários à Constituição de 1946*, Rio, s/d., vol. III, pág. 265.

ser. O instituto da expropriação é descrito, em certos círculos doutrinários e jurisprudenciais, abrangendo tôdas as reduções ou impedimentos, impostos pelo legislador ou administrador, ao exercício do direito de propriedade. Dar-se-ia, com isso, amplo e desmesurado alcance ao preceito, dissolvendo-o em fórmula vaga (10). Qualquer limitação à propriedade compreenderia, sempre que lhe causasse dano, uma desapropriação, direta ou indireta, por meios legais ou ilícitos (11). Em contraste com tal esgarçamento de contornos, reagiu a doutrina revigorando o *conceito clássico* da desapropriação, e criando o *conceito publicístico*, de inspiração moderna. Segundo o *conceito clássico ou civilístico*, a desapropriação só se configura com a perda da propriedade por seu titular, como refere o art. 590 do Código Civil, pela substituição do proprietário, exprimindo-se como garantia contra o confisco. Seu caráter essencial cifra-se na *transferência da propriedade*, de um titular para outro titular. Importa na *restrição máxima* ao direito, classificadas as intervenções do Poder Público, limitados a outros efeitos, como *restrições menores*, não indenizáveis. A essa tese aderiu, com votos discrepantes, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, de 17 de junho de 1942, no julgamento da Apelação Cível número 7 377 (12). A decisão, como autêntico *leading case*, teve marcante influência em nosso mundo jurídico, aplicada para legitimar as restrições impostas por motivo de proteção aos monumentos históricos e outros casos conexos (13). A doutrina, em reação extremada e linear, associada, na sua primeira consagração jurisprudencial, ao art. 122, 14, da Carta de 1937, entregou ao arbítrio do Poder Público as restrições menores à propriedade, mesmo as que lhe aniquilassem os direitos. Outra corrente, todavia, irrompeu justamente alarmada com o desprêzo à proteção constitucional, tão nitidamente inscrita na Lei Maior. Mercê dela, voltou-se a considerar que, malgrado as transformações de que é suscetível a propriedade, não se lhe podia negar a essência, a substância, como núcleo intangível às apropriações ou intervenções do Poder Público. O caminho, para a aviventação de rumos, foi a restauração

(10) THEODOR MAUNZ, *Deutsche Staatsrecht*, München u. Berlin, 1963, pág. 434.

(11) *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 41, pág. 203.

(12) *Rev. de Dir. Adm.*, vol. II, fasc. I, pág. 100.

(13) ALCINO PINTO FALCÃO, *Constituição Anotada*, Rio, 1957, vol. II, pág. 153; CAIO TÁCITO, *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 49, págs. 226 e segs.

da noção de expropriação, expurgando-a de seu lastro tradicionalista e civilístico. Deslocou-se o traço fundamental do instituto, do atributo da transferência ou perda da propriedade para o do fim a que serve o bem, discernindo-se a desapropriação total da parcial (14). Haverá desapropriação, cumpridos certos pressupostos, mesmo que persistam inalterados os caracteres exteriores da propriedade (*Teilenteignung*). O fato típico, que a caracteriza, é a mudança do fim em que se aplica a propriedade, que passa a servir, com maior intensidade, ao bem comum. Na sua expressão *total*, tratando-se de coisas móveis e imóveis, a transferência é atributo válido; na parcial, ela se dará mesmo sem a mudança de titulares. O aspecto decisivo de sua configuração não é, todavia, a transferência, senão a retirada do bem, quer em seu valor total ou parcial, do proprietário, com a *mudança do fim* (*Zweckänderung*) a que a propriedade passa a servir. Essa alienação de finalidade dar-se-á quer quando o direito seja inteiramente despojado do titular, quer quando o poder de disposição ou de uso é restringido, como, por exemplo, nas proibições duradouras ou permanentes ao direito de construir. Equivale a essa restrição a fixação de finalidade, por meio de ordem administrativa, que vede ao proprietário alterar ou manter no estado atual o imóvel (15). Importa, para completar a breve resenha da teoria, determinar o sentido da desapropriação parcial, em que se prescinde de transferência, conceito fundamental à configuração da desapropriação total. O direito patrimonial pode permanecer em poder do proprietário, diminuído e restringido em sua substância ou nos direitos de uso, aplicação ou disposição, restando-lhe apenas um direito parcial ou um direito nominal ("*nudum jus*").

O alargamento do conceito, proporcionado pela desapropriação parcial, dá-lhe larga amplitude, ao ponto de dissolver-lhe o conteúdo, com a absorção de tôdas as hipóteses de restrições da propriedade. A fixidez dos institutos restaura-se, no confronto com as *condições* da propriedade.

As *condições* da propriedade, fundamentadas pela doutrina tradicional no poder de polícia, sem maior apuração crítica, têm dupla raiz. Significam, de um lado, a responsabilidade supra-positiva, a que se subordina o proprietário, por motivo de preceitos étici-

(14) *Vollenteignung e Teilenteignung*.

(15) E. R. HUBER, *ob. cit.*, págs. 19 e segs.

co-sociais (16). Impõem-se, de outro lado, como restrições de direito positivo, legais e administrativas.

Encontram-se elas, em termos amplos, com as restrições da própria garantia, como exposto.

As *condições ético-sociais* repousam na responsabilidade que uma ordem jurídica sadia impõe a todos os que se situam numa posição de poder. “La propriété oblige”, tanto no sistema feudal, como na sociedade industrial. A intervenção legal, desnecessária por essência, só ocorre para estabelecer fronteiras, já inscritas na construção da ordem social, ou para punir abusos. Tais restrições têm caráter estático, não ferindo o titular no seu poder de disposição. Possuem, ademais, em épocas de transformação, aspecto dinâmico, alterando, de forma qualitativa, sem afetar a distribuição dos bens, a função social e econômica da propriedade. O proprietário, nessas condições, pode sofrer profundas limitações no seu direito, sem que a lei nada disponha de novo.

As *condições legais* dispõem acerca dos limites e conteúdo da propriedade, alterando-os e ajustando-os às necessidades sociais. As restrições, daí derivadas, podem decorrer imediatamente da lei, sem a colaboração administrativa, determinada, em casos especiais, apenas para concretizá-las.

A descrição do perfil das condições da propriedade não oferece os recursos para extremá-las da desapropriação. Essa discriminação é particularmente relevante, dado que a indenização só se impõe na segunda, ausente do conceito de condições. Se o legislador, fundado no poder de traçar ou limites e o conteúdo da propriedade, lhe fere a essência ou a substância, exorbita de sua competência, bem como se a desnatura, conservando-lhe, embora, a aparência. Nas autênticas condições da propriedade, a indenização é mera discricção do legislador, que pode concedê-la ou negá-la.

O critério distintivo sofre, atualmente, incerta disputa. Esforçam-se a jurisprudência e a doutrina na procura de um princípio geral, que dispense a previsão do legislador na apreciação do caso concreto. FRITZ FLEINER (17), depois de percorrer as teorias elaboradas acerca do assunto, desde as soluções do direito natural (inviolabilidade dos direitos adquiridos), da garantia constitucio-

(16) E. R. HUBER, *ob. cit.*, pág. 15 e segs.

(17) FRITZ FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. esp., Ed. Labor, 1933, pág. 237 e segs.

nal da propriedade e da igualdade jurídica, insatisfeito com tão amplas proposições, deduziu a necessidade do processo expropriatório apenas nas hipóteses legalmente previstas ou firmadas pelo direito consuetudinário. A fórmula é, na verdade, o repúdio da investigação levada a cabo na matéria, consagrando o retôrno ao critério empírico, que reconhece ao legislador o poder de fixar, ou não fixar, a indenização. A conclusão é incompatível com o art. 141, § 16, da Constituição Brasileira, fiel, contudo, ao art. 153 da Carta de Weimar, que sujeitava a indenização à previsão legal.

Na doutrina alemã, particularmente afeiçoada ao tema, três teorias disputam a primazia, para fixar o traço distintivo entre as condições da propriedade e a desapropriação. São elas: a do *sacrifício especial* (Einzelaktstheorie, de ANSCHÜTZ), da *Apreciação da Proteção* (Schutzwürdigkeitstheorie, de W. JELLINEK) e a da *Minoração da Substância* (Substanzminderung, de W. SCHELCHER). Em breve sumário:

a) Segundo a teoria de ANSCHÜTZ, a restrição à propriedade que não atinja a todos os casos iguais, na mesma medida, mas imponha cargas especiais a um círculo determinado ou particular, corresponde a uma desapropriação parcial. A intervenção do Poder Público será uma condição se a todos se aplica, ou uma desapropriação se recai sobre alguns. Não importa o peso e a intensidade da intervenção. A teoria dispõe, além desse critério material, de um critério formal, para operar a distinção. Se a restrição se formula por uma lei, que, automaticamente, se impõe a todos, trata-se de condição à propriedade. Se a lei, ao contrário, habilita a administração a editar um ato especial, para concretizá-la e individualizá-la, trata-se de desapropriação. As mais duras e radicais intervenções, levadas a efeito pela lei, são sempre condições (18).

b) A teoria da apreciação da proteção sofreu pesadas críticas pelo fato de reduzir as fronteiras entre condição e desapropriação à mera valorização subjetiva. A apreciação do bem comum dirá se deve ser protegido o bem particular ou o interesse público, pôsto que a propriedade sofre de especial debilidade frente à lei.

(18) ANSCHÜTZ, *Komm. z. Weim. R. Verf.*, Amm. 9 zu art. 153: “dass nur solche Gesetze, die den charakter von Einzeleingriffen haben, indem sie bestimmten Personem oder verhältnismässig eng begrenzte Personenkreise mit besonderen Opfern zugunsten der Allgemeinheit belasten, als Enteignungen in Sinne des Arts. 2 aufgefasst werden dürfen und müssen” (*in* R. HUBER, *ob. cit.*, pág. 26).

c) Para a teoria da minoração da substância há desapropriação quando a propriedade é inteiramente subtraída ao titular ou cujo objeto é, em sua substância, reduzido. O critério da separação entre as condições e a expropriação é objetivo e material. Anulada ou ferida a destinação econômica da propriedade, mesmo que permaneça em poder do titular um direito parcial ou nominal, o ato do Poder Público, qualquer forma que revista, deve obedecer ao processo legal desapropriatório. Ao proprietário é assegurado o direito de determinar o destino da propriedade, decidindo acerca da sua aquisição, oneração, transferência, utilização e transformação. Limitados tais direitos, não há outra coisa que condições. Retirado de seu poder de disposição um desses direitos, qualquer um deles, haverá desapropriação parcial. Impedida, por exemplo, a reconstrução de um edifício por motivos paisagísticos ou de plano urbanístico, de modo duradouro ou permanente, estar-se-á diante de uma desapropriação parcial, dado que ao proprietário restou apenas a propriedade nominal. Se o Poder Público retirar a ação de uma sociedade anônima o direito de voto nas assembleias, embora lhe conserve aptidão de receber dividendos, comete desapropriação, pois o título foi desnaturado com uma intervenção que alterou-lhe a substância. Decretada uma moratória temporária, ou uma redução de juros, em desfavor de portadores de títulos, por prazo limitado, há condição da propriedade; ilimitadas as medidas no tempo, entretanto, de modo a obstar a exploração econômica do bem, existe desapropriação, embora o título não seja cancelado (19).

As teorias do ato especial e da minoração da substância levam, em geral, ao mesmo resultado. Em motivações conjuntas, encontram-se elas na jurisprudência alemã. No Brasil, apesar de o assunto não haver merecido tratamento sistemático, prevalece o critério da minoração da substância (20), encontrando-se, não raro, menção ao do ato especial (21). É coerente a doutrina e a jurisprudência brasileira, ao utilizar o critério. Admitidas as restrições à propriedade com o caráter de condições decorrentes do po-

(19) W. SCHELCHER, *Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung*. AöR. Mf. Bd. 18 (1980), 350 (in HUBER, *ob. cit.*, pág. 25 e segs.).

(20) Supremo Tribunal Federal, in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 49, pág. 225; GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO, in *Rev. de Dir. da PRG*, n.º 2/44 e n.º 6/508.

(21) Min. PHILADELPHO AZEVEDO, in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. II, fasc. I, pág. 124 e segs.

der de polícia, detém-se êste diante da possibilidade de frustração do direito regulado.

2. Diante de uma limitação concreta, as doutrinas revelam-se, não raro, inaptas para classificá-la em uma ou outra categoria, em vista do tratamento empírico a que foi submetida a matéria. A perplexidade reflete-se na legislação e na jurisprudência. Exemplo típico o *recuo*, tema fundamental dêste trabalho.

O Decreto número 6 000, de 1.º-1-1937, (Código de Obras do Estado da Guanabara) não se esquivava à definição:

“*Recuo* — É uma incorporação ao logradouro público de uma área de terreno pertencente à propriedade particular e adjacente ao mesmo logradouro, para o fim de executar um projeto de alinhamento ou de modificação de alinhamento aprovado pela Prefeitura”.

Para que o proprietário possa construir no seu imóvel deve obedecer ao alinhamento aprovado pela Administração Pública, cuja função é determinar o limite entre o lote de terreno e o logradouro público. Se o imóvel fôr atingido pelo projeto de alinhamento, o recuo será exigido, antes e como condição da licença de construção, paga a importância correspondente ao recuo *depois* de concluída a obra “e de verificada a rigorosa obediência do projeto aprovado da modificação do alinhamento” (arts. 117 e 118 do Código de Obras). Decretos posteriores, oriundos do Poder Executivo, editados dentro dessa orientação, restringem, nos imóveis atingidos por recuo progressivo ou por projeto de urbanização, o direito de construir à exceção de pequenas obras, como concertos e reformas, acréscimos ou construções de menor porte. Além disso, mesmo êsses melhoramentos subordinam-se, para merecerem licenciamento, à assinatura de termos, por força do qual o Poder Público ficará exonerado de indenizá-los, concedendo-lhe, porém, que, imitado na posse do imóvel antes do prazo de quatro anos, indenizá-los-á pelo valor histórico (Decreto n. 13 287, de 16-8-1956; 14 632, de 23-9-1959; 15 193, de 21-3-1960; 251, de 23-11-1960; 632, de 12-10-1961, etc.). Ao fixar indenização posterior à imposição do recuo, como requisito do licenciamento da construção, não o considerou o Estado incluído na categoria de desapropriação. Entendeu tratar-se, na espécie, de mera condição do exercício da pro-

priedade, embora ressalvada indenização, limitada, todavia, ao cumprimento de certos requisitos por parte do proprietário.

Não se deve prosseguir nestas considerações, sem observar que a orientação mencionada não é uniforme na prática administrativa. Torrencial é o número de decretos inspirados no princípio da desapropriação. Pode vislumbrar-se, sem esforço, que a legislação federal, sobretudo a dirigida para o antigo Distrito Federal, associa o plano de urbanização e de modificação de alinhamento para abertura de novas vias públicas aos preceitos constitucionais que regulam a expropriação. O Decreto-lei federal n. 2 722, de 30-10-1940, determina avisadamente que os planos de urbanização aprovados pelo Prefeito do Distrito Federal discriminem, em anexo, as desapropriações a serem efetivadas (22). Os exemplos desse procedimento são numerosos (23). Medida recente, editada pelo Governador do Estado, parece querer retomar essa linha de conduta, ao dispor que as alterações da rede viária, decorrente da execução de obras públicas de alinhamento, loteamento, reloteamento, ou de qualquer outra natureza devem ser instruídas com a indicação das desapropriações necessárias à efetivação dos trabalhos (Decreto n. 2.544, de 9-7-1964).

Não há, como demonstram essas correntes, unidade de princípios no disciplinamento da matéria. A legislação local, de inspiração localista, apresenta o sacrifício da propriedade privada, proveniente do recuo, nos planos de alinhamento e urbanização, como condição da propriedade. A legislação orientada pelos princípios federais, ao contrário, aproxima-o e o subordina à desapropriação. A dualidade também se reflete na jurisprudência, sem que seja lícito nela vislumbrar conflito ideológico entre o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais locais.

Ao apreciar o tombamento de bens de valor histórico, com as restrições daí decorrentes, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a apelação cível n. 7 377, de 1942 (24), decidiu que a desapropriação só seria obrigatória, por parte da União, se houvesse transferência do imóvel. Fora desse caso, existiram apenas *restrições menores*, não sujeitas à indenização, abrangentes da catego-

(22) Cfr. também o Dec.-lei n.º 9.282, de 25-5-1946.

(23) Entre outros: decretos ns. 2.880, de 26-6-1928; 5.764, de 17-7-1936; 5.939, de 7-4-1937; 6.156, de 5-3-1938; 7.369, de 6-10-1942; 7.797, de 25-5-1944; 14.369, de 25-4-1959; 15.172, de 14-12-1959; 430, de 4-5-1961, etc.

(24) *Rev. de Dir. Adm.*, vol. II, pág. 100 e segs.

ria do alinhamento, mesmo importando na indisponibilidade da coisa. Os votos vencidos, em nome dos princípios do sacrifício especial e da intangibilidade da essência da propriedade, entenderam ilegítima a intervenção. A doutrina do julgador, de larga influência, tem, ainda em dias recentes, fiéis seguidores (25). Foi, todavia, contestada, em face da Constituição de 1946, que teria garantido a propriedade sem as reservas do art. 122, 14, da Carta de 1937 (26). Houve quem entendesse a persistência dos princípios invocados na decisão, não se reconhecendo a garantia constitucional se imposta a restrição “em benefício da coletividade” (27). A verdade, entretanto, é que, em julgados prolatados na última década, um sôpro de liberalismo aniquilou os fundamentos do histórico julgamento de 1942. Reconheceu a Côrte Suprema, ao lado da desapropriação total, a desapropriação parcial, nela incluindo os planos de alinhamento e urbanização que retirassem à propriedade um dos seus poderes, ou lhe fixassem a destinação. Sem invocar aquela doutrina, reconheceu-a, por caminhos próprios, empiricamente, nas consequências. A própria declaração de utilidade pública, imposta por decreto, — como “restrição máxima” —, enquanto não efetivada, negou o poder de impedir construções, se existentes os pressupostos legais para licenciamento da obra, ressalvando, apenas, que o valor desta não se incluiria na indenização. É o que informa o repertório oficial da jurisprudência dominante no mais alto Tribunal (28). Coerente com essa orientação, pronunciou-se pela ilegalidade dos projetos de alinhamento e urbanização, reconhecidos como “restrições menores” à propriedade, se impõem recuo, na medida em que pretendem limitar o exercício do direito de propriedade, em sua plenitude. Ilícito seria o procedimento da Administração Pública, ao fixar tais restrições, se desacompanhadas de desapropriação (29).

(25) Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, *in Rev. de Dir. Adm.*, vol. 52, pág. 434; ALCINO PINTO FALCÃO, *Constituição Anotada*, Rio, 1957, vol. II, pág. 143.

(26) CARLOS MEDEIROS DA SILVA, *in Rev. de Dir. Adm.*, vol. 67, pág. 248.

(27) CAIO TÁCITO, *in Rev. de Dir. Adm.*, vol. 49, pág. 225 e segs.

(28) *Súmula da jurisprudência predominante*, n.º 23.

(29) Rec. de mand. de seg. n.º 4.044, 15-7-1957 (T. Pleno), Rel. Min. AFRÂNIO COSTA; ementa: “Não pode a Prefeitura, por tempo indeterminado, congelar a propriedade” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 49, pág. 225) — Rec. de mand. de seg. n.º 4.617, 13-11-1957, Rel. Min. BARROS BARRETO: “a Prefeitura deve desapropriar o imóvel para que possa impedir a construção, se não quiser praticar uma violência” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 54, pág. 130) — Rec. extr. n.º 39.805, 1.ª Turma, rel. Min. LUIZ GALOTTI, 28-8-1958 (*Rev. de Dir.*

O Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, sensível, como a legislação, à inspiração localista, ora admite que o alinhamento é mera condição da propriedade, imposta com base no poder de polícia, ora entende que deve subordinar-se ao processo expropriatório. Não é possível, ainda, em confronto com os decisões publicadas nos repertórios de jurisprudência, discernir a orientação dominante (30). O Tribunal de Justiça de São Paulo parece estar, também, sujeito às mesmas contradições (31).

3. As disposições do Código de Obras, com as normas administrativas complementares, simétricas aos seus princípios, denunciam, substancialmente, sua origem francesa. O alinhamento opera-se em duas etapas: pelo plano geral de alinhamento (*plan général d'alignement*) e pelas ordens dirigidas aos particulares, impondo-lhes a submissão a êles (*arrêtés individuels d'alignement*). O alinhamentos produz efeitos relevantes sobre a propriedade vizinha ao logradouro público. Se os terrenos não estiverem edificados nem murados incorporam-se imediatamente à via pública, fixada a indenização da mesma maneira do procedimento adotado para a expropriação. Construídos ou murados, os imóveis são atingidos pela *servidão* (*servitude de reculement*), interdita ao proprietário a rea-

*Adm.*, vol. 57, pág. 297) — Rec. extr. n.º 38.776, 15-1-1957, rel. Min. CÂNDIDO MOTA FILHO, 1.ª Turma (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 61, pág. 153).

(30) 8.ª Câmara Cível, Mand. de seg. n.º 1.163, 3-6-1956: não viola o direito de propriedade a limitação decorrente do projeto de alinhamento (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 49, pág. 224) — 8.ª Câmara Cível: “A alegada demora na execução ou decretação da desapropriação não justifica o deferimento do pedido para construção ou reforma não permitida pelas disposições regulamentares” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 59, pág. 2.976). No mesmo sentido: 1.ª Câmara Cível, 20-8-1956 (*Rev. de Dir. da PRG*, n.º 10, pág. 507); 5.ª Câmara Cível, 16-8-1957: “A Municipalidade pode estabelecer planos urbanísticos e impor limitações ao direito de construir” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 54, pág. 143); 4.ª Câmara Cível, Agr. de pet. n.º 15.802, reconhecendo a legalidade do Dec. n.º 14.632, de 1959. Contra a constitucionalidade do art. 118 do Código de Obras e legislação com êle coerente: 6.ª Câmara Cível, 20-8-1954, Apel. Cível n.º 27.654, Rel. Des. GARCEZ NETO, impondo perdas e danos ao Estado (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 41, pág. 203). Idem: 2.ª Câmara Cível, Agr. de pet. n.º 13.360, 1960: “A licença para obras não pode ficar condicionada à aceitação do preço, arbitrado administrativamente, em pagamento de área sujeita a recuo” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 73, pág. 152).

(31) Acórdão de 1959, relatado pelo Des. O. A. BANDEIRA DE MELO, no julgamento dos Embargos infringentes n.º 91.680, consagrou a tese de que: “não são indenizáveis as áreas sujeitas a recuo de construção” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 63, pág. 157) — 4.ª Câmara Cível, 12-4-1956, Apel. Cível n.º 74.780: “A simples expectativa de desapropriação, nem sequer decretada, não constitui motivo legal que obste ao direito de construir em terreno abrangido pela projetada obra pública” (*Rev. de Dir. da PRG*, n.º 6, pág. 476).

lização de obras de conservação (*travaux confortatifs*). “On appelle ainsi” — prossegue WALINE — “les travaux de nature à augmenter la solidité de l'immeuble et à prolonger la durée. On escompte que, faute de réparations confortatives, la maison ou le mur finiront par tomber en ruines, et à ce moment le sol sera réuni à la voie publique moyennant une indemnité égale seulement à la valeur nue” (32).

A servidão foi prevista com o propósito de limitar a indenização ao valor do terreno, excluídas as edificações (33). O recuo, tal como o define o Código de Obras da Guanabara, é a incorporação ao logradouro público da propriedade particular. A servidão, ao contrário, opera-se quando essa transferência não ocorre imediatamente, dilatando-se pelo tempo. Por meio desse expediente, realiza-se um modo de cessão forçada da propriedade particular, “c'est-à-dire un substitut commode et expéditif de l'expropriation, sans présenter les garanties de la procédure normale de celle-ci” (34).

A reação à engenhosa tomada da propriedade, sem ônus ao Poder Público, foi rigorosamente empreendida pelo Conselho de Estado, pondo em risco o próprio conceito de servidão. LAUBADÈRE observa, a propósito, que “une telle commodité a quelque chose d'assez choquant. L'avantage fait à l'administration est d'autant plus exorbitant qu'elle pourra, le jour où l'interdiction des travaux confortatifs compromettra la solidité de l'immeuble, en ordonner la demolition (police des édifices menaçant ruine)” (35).

O controle jurisdicional limitou a amplitude do procedimento, com golpes mortais à interferência na propriedade particular. Impediu à Administração servir-se do procedimento do alinhamento para poupar-se à desapropriação, determinando fôsse realizado, em tal hipótese, sem modificar o eixo da rua (C. E., 14-6-1939 — Compagnie française automobiles de place). Não admitiu que, por meio dêle, se visasse à aquisição de terrenos, para abertura de ruas novas (C. E., 31-5-1933, Réocreux). Os alinhamentos instituídos com o propósito de alargamento de logradouros são ilegais se ferem a disposição interior do imóvel, turbam ou impossibilitam a utilização

(32) MARCEL WALINE, *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, quatr. édition, Paris, 1946, pág. 437 e 438.

(33) ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, deux. éd., Paris, 1957, pág. 733.

(34) ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, pág. 733.

(35) ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, pág. 733 e 734.

de um edifício, na sua destinação atual. A administração deve, em tais casos, servir-se do processo expropriatório (C. E., 21-5-1930, Mainfroy) (36).

Na apreciação do assunto, predomina, também neste sistema, o princípio da desapropriação parcial, com a destruição do conceito de servidão. A substância da propriedade não pode ser menoscabada, ao ponto de gerar a indisponibilidade do bem.

4. A doutrina brasileira não alcançou o apuramento das elaborações teóricas da Europa Continental. Aprecia o problema do recuo umbelicalmente prês, em sua generalidade, ao poder de polícia. Assemelha-se, no particular, ao debate nas últimas décadas versado nos Estados Unidos. A matéria, naquela república, apresentou-se em tôrno do zoneamento, para saber se estaria sujeito à proteção do *due process of law*, de caráter expropriatório, ou subordinado ao poder de polícia. As côrtes americanas, por muitos anos, entenderam que o zoneamento dispensaria a desapropriação, se *razoavelmente* empreendido. O que é razoabilidade o judiciário definiria, caso por caso. A partir da decisão *Euclid* (37) prevaleu a opinião de ser possível às cidades proceder ao zoneamento, sem indenizar aos proprietários, no uso do poder de polícia (38).

As decisões de nossos Tribunais, que admitem a legalidade do recuo sem indenização, bem como os escritores que versam o assunto, fundados no poder de poder de polícia, procedem ao seu entroncamento no artigo 147 da Constituição (39), inovando, com essa referência, a doutrina anterior (40). O poder de polícia, como observamos, se explica as limitações que evitam *danos* à coletividade, mostra-se inapto, no sistema constitucional e legal, para justificar as intervenções que proporcionem *utilidade* à Administração Públi-

(36) MARCEL WALINE, *op. cit.*, pág. 434 e segs.

(37) *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.*, 272 U.S. — 365 (1926).

(38) AUSTIN MAC DONALD, *American City Government and Administration*, fifth ed., New York 1951, pág. 488 e 489. "Today it is generally agreed that eminent domain ought not to be related to zoning; it is too expensive and too cumbersome. Zoning regulations are reasonable enactments for the safety, health, and general welfare of the people. As such, they are justified under the police power" (pág. 489).

(39) HELLY LOPES MEIRELES, *Rev. de Dir. da PRG*, n.º 8, pág. 5; CAIO TÁCITO, *loc. cit.*

(40) ASTOLPHO REZENDE, *Rev. de Jurispr. Bras.*, vol. V, pág. 428; RUI BARBOSA, *ob. e loc. cit.* ALCINO PINTO FALCÃO, como voz isolada, demorou-se no estudo das condições da propriedade e nas limitações que visam a favorecer as exigências coletivas ou de interesse público, sem aprofundar sistematicamente o tema (*Constituição Anotada*, Rio, 1957, vol. II, pág. 143).

ca (41). Para fugir à objeção, as interferências do Poder Público na propriedade particular foram classificadas em três categorias: a limitação administrativa, a servidão administrativa e a desapropriação (42). Tal elaboração, derivada e filtrada do direito privado, representa uma fase rudimentar no estudo da matéria, carecedora de melhor exame do conceito de desapropriação parcial, que se estende até às fronteiras da limitação administrativa. O poder de polícia reduzido a poder residual cede lugar a melhor discriminação, orientada pelas restrições suprajurídicas da garantia constitucional. Sòmente a polaridade *condição da propriedade e desapropriação* (total e parcial) enseja, em consequência, o deslinde da natureza do recuo.

5. Das fragmentárias observações expostas, decorrem algumas conclusões:

a) A imposição de recuo fundada em projetos de alinhamento e planos de urbanização não substitui o processo desapropriatório. O recuo não tem o efeito de tornar indisponível a propriedade, pois isso corresponderia a desnaturar o direito, confundindo-o com a desapropriação parcial.

b) As disposições que regulam o modo de construção, bem como o aproveitamento do terreno, *sem incorporá-lo ao logradouro público*, são condições da propriedade. Nessa categoria incluem-se os afastamentos impostos às edificações (43), às vèzes cumulados com a obrigação acessória de construir "jardins de frente" (44). São as servidões — estas autênticamente servidões — "*non aedificandi*" (45). Todavia, se o afastamento é de tal monta que torna inaproveitável o lote ou inapto a servir a sua destinação econômica, caso é de desapropriação, como, aliás, prevê a legislação local (46).

c) Os impedimentos de construir, limitados no tempo, são condições da propriedade. Se duradouros ou definitivos, de modo a re-

(41) Cfr. RENATO ALESSI, *Sist. Instituz. del Dir. Amm. Ital.*, Milano, 1960, pág. 534.

(42) HELLY LOPES MEIRELES, *Direito de Construir*, São Paulo, 1961, pág. 86 e segs.; O. A. BANDEIRA DE MELO, *Rev. de Dir. Adm.*, vol. II, pág. 25 e segs.; no mesmo sentido: OTTO MAYER, *Derecho Adm. Alemán*, Buenos Aires, 1951, t. III, pág. 270 e segs.; P. CARUGNO, *L'Espropriazione per Pubblica Utilità*, Milano, 1962, pág. 7 e segs.

(43) Dec. n.º 6.000, de 1-7-1937, art. 13, II; 26, 487, etc.

(44) ROBERTO PINTO FERNANDES, *Rev. de Dir. da PRG*, vol. 11, pág. 159 e segs.

(45) R. BIELSA, *Regimen Municipal*, 1940, pág. 393.

(46) Decretos ns. 6.918, de 6-2-1941; 7.693-A, de 31-12-1943, etc.

duzir ou afetar a destinação econômica da coisa, constituem desapropriações parciais. Alguns sistemas legais fixam o prazo para que se considere provisório o impedimento, critério de que carece a nossa legislação (47). Na ausência de lei, prevalece o critério referido.

d) A administração pública pode impor ao proprietário, ao estabelecer condições da propriedade, não apenas impedimentos ou proibições, senão também deveres, seja para demolir, restaurar e reconstruir edifício em ruína ou em estado de decomposição. Não cumprida a ordem, o Poder Público pode promover a medida, se a segurança pública a impuser, por conta e risco do proprietário. Incluem-se, no particular, sob a forma de medidas condicionadoras da propriedade, os poderes de polícia.

e) Como regra geral, a restrição ao direito de construir não exige a desapropriação, por ser editado com o propósito de determinar a função da propriedade ao contexto de uma situação geral e objetiva, vinculada à própria existência da comunidade. Somente quando extravasa de tais limites, ferindo a substância do direito de propriedade, de modo duradouro ou definitivo, é que cumpre indagar se ocorre a necessidade de desapropriação.

## ACÓRDÃOS E SENTENÇAS

### I — SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Primeira Turma

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 51.813

(Guanabara)

*Recurso Extraordinário — Prescrição — Quando ocorre.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Extraordinário n.º 51.813, da Guanabara, sendo recorrentes: 1.º) Montepio dos Empregados do Estado da Guanabara; 2.º) Estado da Guanabara; e recorridos Joaquim Ferreira da Costa e outra,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Fe-

### RAZÕES DO ESTADO DA GUANABARA

Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Os recorridos — servidores do Montepio do Estado da Guanabara (autarquia estadual de previdência) ocupavam, até 1950, cargos de Controlador, quando, em 6 de outubro do mesmo ano, foram transferidos, *ex-officio*, para a carreira de Oficial Administrativo.

Ora, contra esse ato os AA. não fizeram qualquer protesto durante os cinco anos que se seguiram à sua concretização, somente despertando do seu longo sono em novembro de 1958, oito anos depois, quando ingressaram com a presente ação a fim de pedir a decretação judicial da nulidade das portarias de 1950 que os haviam transferido de carreira.

É evidente que a decisão recorrida, repelindo a preliminar de prescrição argüida pela Fazenda, contrariou frontalmente a letra de Lei federal, no caso o disposto no artigo 1.º do Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932:

(47) 4 anos na Alemanha (TUREGG-KRAUS, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlim, 1942, pág. 620); 10 anos na Itália (L. 17-8-1942), para os "piani regolatori particolareggiati", cuja publicação tem eficácia equivalente à declaração de utilidade pública (R. ALESSI, *Sist. Ist. del Dir. Amm. Ital.*, Milano, 1960, pág. 541).