

## DO DIREITO A INDENIZAÇÃO, COMO EVOLUÇÃO NO CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE CONSTRUIR E AS RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS

Des. ALCINO PINTO FALCÃO <sup>101</sup>

1. *Considerações iniciais* — Posições de sujeição do particular, posto que titular de um respeitável direito de propriedade, frente ao poder público, que lhe impõe restrições através do seu poder de polícia (1), são coisa antiga, mas que, nem por isso, deixam de preocupar o jurista, não havendo uma solução tranqüila, uma vez balançando o pêndulo para o lado do proprietário e outras para o do poder público.

Daí, divergências dessa natureza, entre nós e alhures — mais em outros países do que talvez entre nós — sempre foram tema de discórdia entre os doutores, com reflexos na jurisprudência e, por isso, parece ser de alguma utilidade mais uma vez tornar-se ao assunto.

O direito civil, com as prescrições relativas ao direito de vizinhança, de si é insuficiente para resolver os conflitos de interesses, que, freqüentes vezes, tocam ao próprio interesse da coletividade, como não faz muito bem acentuou acórdão alemão — e lá, como no direito francês, é que se deparam o maior número de precedentes jurisprudenciais sobre o assunto. Lê-se no bem lançado julgado (2): “Exercício ilimitado da liberdade de construir, isto é, através da fixação arbitrária da posição, espécie, altura e modo de uso das construções, conduziria, em especial nos grandes agrupamentos, a situações caóticas. Conciliar entre si os interesses dos singelos proprietários e or-

---

(1) A tendência, aliás, é, crescerem, permanentemente, as restrições de direito público ao uso da propriedade (cf., F. GSCHNITZER, *Sachenrecht*, 1.<sup>a</sup> ed., Viena, 1968, pág. 115: *seitdem die öffentliche Hand in stündig zunehmendem Masse der Eigenschaftsausübung Schranken zieht*).

(2) Publicado, na íntegra, em *Die öffentliche Verwaltung*, ano 8.<sup>o</sup>, págs. 180/184. Este longo aresto, de após a redemocratização, deu margem a uma série de polémicas, dividindo a doutrina alemã recente. Em defesa do acórdão, analisando as opiniões contrárias, GUNTHER BRUNSTAEDE, no citado repertório (págs. 677/681).

denar, de forma uniforme, a construção no Município (*die Bebauung der Gemeinwesen zu ordnen*), já era necessidade imperiosa nas cidades da Antigüidade (3), bem assim como nas da Idade Média e hoje se apresenta como impostergável exigência de uma vida em comum harmoniosa. O direito civil, especialmente através dos seus preceitos sobre as relações de vizinhança, não pode dominar por si só esse encargo; ao direito público, pela própria natureza do assunto, deve ser deferida a maior parte da ordenação".

Sem dúvida, na formulação dessas normas, importante papel impende ao arquiteto; mas ao jurista o tema, de modo algum, pode ser indiferente, cabendo-lhe papel de realce. Com precisão, em estudo já hoje clássico sobre os problemas das restrições urbanísticas ao direito de propriedade, RUDOLF REINHARDT (4), observa que o planejamento citado não é assunto que apenas diga respeito ao arquiteto, mas, ao contrário, também à ponderação do jurista, já que este, sobre a ordem espacial, terá que considerar a própria ordem jurídica.

Mas, como sói acontecer no geral dos problemas jurídicos, aqui também se deu uma evolução. Seria ainda hoje inútil impugnar a intervenção do poder público, impondo restrições administrativas à faculdade de construir, integrante do direito de propriedade, já que o chamado princípio da liberdade de construir (5) em momento algum foi explicitado como direito autônomo, assegurado nas declarações constitucionais de direitos individuais. Como bem pondera o citado BRUNSTÄD (pág. 679) hoje o que se tem que decidir é se uma determinada restrição deve ou não ser indenizada pelo poder público (*die Frage ist nur, ob diese zu entschädigen sind oder nicht*), por isso que a "liberdade de construir" em hipótese alguma é um conceito efetivo, que uma eficaz defesa perante incursões do poder público possa garantir; ontem, como hoje, tal liberdade de construir tem que padecer importantes

(3) A afirmativa do acórdão é pontualmente certa. De fato, quer os romanistas (cf. MAX KASER, *Römisches Privatrecht*, ed. de 1966, § 23, págs. 89/90), quer os civilistas (cf., F. GSCHNITZER, op. cit. § 17, pág. 110), nos ensinam que o próprio direito das 12 Tábuas já conhecia restrições à propriedade, fora do direito civil. Em Lisboa (cf., LIZ TEIXEIRA, *Curso*, 2.ª ed., vol. III, pág. 291), para evitar o perigo das ruínas pelo tempo ou terremotos, o Alvará de 15 de junho de 1759 mandava guardar a forma certa das casas (*Olisiponi tamen certa aedificiorum formã praescripta est, quam excedere non licet*).

(4) Cf., a coletânea *Verfassungsschutz des Eigentums* (Reinhardt-Scheuener), págs. 58/59.

(5) A aceitar a lição autorizada de HANS J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, vol. III, 2.ª ed., (1967), pág. 112, o direito de construir elevado à categoria de princípio (*princípio da liberdade de construir*) é moderno, pois foi explicitado pela primeira vez, no século passado, pelo legislador prussiano (ALR, § 65. I.8): *Der Grundsatz der Baufreiheit war zuerst in § 65 I 8 festgelegt*, posto que em tal corpo de leis se consignassem restrições de direito público — ontem, como hoje, impostas pelo interesse público, que seria muito mal tratado, se o princípio da liberdade fosse absoluto. Admitir a existência do princípio da liberdade de construir, todavia, é um *plus*, em relação à mera *faculdade*, insita no direito de propriedade (complexo de faculdades).

restrições, impostas a prol do interesse coletivo, expressão com que, muitas vezes, se cobrem as meras opções (critério da oportunidade) do poder público.

2. *Do alinhamento e seus particularismos* — No tema do presente artigo cabe referência expressa ao *alinhamento*, processo dos mais antigos pelo qual o poder público interfere com o princípio da liberdade de construir. Na França, o edito de dezembro de 1607, modificado por decreto de 27 de fevereiro de 1765, ambos ainda invocados pelos autores, deu a fisionomia do instituto; entre nós, no Rio de Janeiro, sem termos um texto geral a invocar, no entanto já naquele longínquo século, tivemos postura determinando o alinhamento a seguir pelas construções. Não parece que essa postura de 1625 tivesse sido muito acatada, pois, no século seguinte, teve que ser repetida com maior ênfase (6). Isso tudo, porém, serve para mostrar que o recente MARIO PACELLI (7) está com a razão, quando observa: “Le prime norme urbanistiche in ordine di tempo che appaiono in qualche modo collegate alla disciplina urbanistica moderna sono proprio quelle relative all’allineamento degli edifici”.

Não há dificuldade em dizer em que consiste o alinhamento, instituto binário pela própria natureza; como observam os autores (8), o alinhamento diz respeito ao chamado domínio público artificial: a delimitação deste é que se chama de alinhamento, o qual se opera em duas fases, cada qual dando espaço à emissão de um ato administrativo, isto é, o pertinente ao estabelecimento do plano de alinhamento e o relativo ao ato de alinhamento individual, de cada propriedade. Este último ato em geral vem expresso na própria licença para construir (9), passando, por isso, despercebido a quem não tiver familiaridade com a técnica administrativa. Em São Paulo, ao que se infere da exposição do douto HELY LOPES MEIRELES (10) parece vigorar a exigência de alvará autônomo, eis que esclarece: “Ao aprovar os projetos de edificação urbana, a Prefeitura deverá fornecer o nivelamento a ser observado, o que comumente é dado no *alvará de alinhamento e nivelamento*, com as indicações necessárias à perfeita localização da obra” (grifos do próprio professor paulista). Entre nós, não se tem exigido duplicidade de alvarás, uma vez que o antigo Código de Obras (Decr. 6.000/1939), no que diz res-

(6) Cf., V. COARACY, *O Rio de Janeiro no século 17*, pág. 67.

(7) Cf., *La pianificazione urbanistica nella costituzione*, Milão, 1966, pág. 75, nota 2.

(8) Cf., RAYMOND MALEZIEUX, *Manuel de droit administratif*, 1.<sup>a</sup> ed., págs. 189/190; RAOUL DUFOUR, *Précis de législation du bâtiment*, nos 70 e 74; RENÉ VERNOT, *Les servitudes légales d'intérêt général en matière de travaux publics, de voirie et d'urbanisme*, tese, 1940, n.º 67, pág. 135: “L'opération d'alignement se réalise en deux étapes: 1.º l'établissement d'un plan général d'alignement; 2.º arrêt individuel d'alignement. Ce dernier n'est autre qu'un extrait de la partie du plan général d'alignement qui concerne un propriétaire” (grifos nossos).

(9) Cf., LOUIS ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 7.<sup>a</sup> ed., n.º 524, pág. 417, nota 1: “Dans la pratique, cet alignement individuel est accompagné d'une permission de bâtir”. *Idem*, 9.<sup>a</sup> ed., n.º 545, nota 1, pág. 464.

(10) Cf., o seu reputado *Direito de construir*, 2.<sup>a</sup> ed. (1965), pág. 122.

peito à construção de edifícios públicos, no art. 104, § 6.º, mandava ficar consignado no próprio alvará para a construção o pertinente ao alinhamento e nivelamento e, no que tange às construções particulares, o art. 98 previa ficasse consignado o alinhamento e o nivelamento, a serem obedecidos pela construção e pela soleira.

A nova regulamentação carioca é parcimoniosa a respeito — neste, como em muitos outros pontos menos esclarecedora do que o Código de Obras revogado — sendo que o art. 13 do novo Regulamento de Licenciamento e Fiscalização chega a dizer que a guia para recolhimento de taxas, quitada, constitui o alvará (para a construção). É de admitir-se que o ponto ficou relegado para o dos chamados usos administrativos, em nada inovando a respeito; de uma forma ou outra, a lição doutrinária, pela qual se distingue a licença para construir do ato administrativo referente ao alinhamento e nivelamento, é exata, já que, por exigência de delimitação do chamado domínio público artificial, que tem seus particularismos, é uma formalidade prévia da concessão de licença para construir.

Assim, estruturalmente — seja ou não contemporâneo — não há como confundir o ato administrativo de alinhamento individual, ligado à delimitação do domínio público artificial, com o de alvará para construir, dependente de outras considerações (exercício de poderes de polícia), como as referentes à solidez, higiene, estética e demais previstas nas posturas edilícias (11). Como observa LOUIS ROLLAND (norma edição citada, págs. 464 e 465), ficar o particular sujeito à contingência do alinhamento, é historicamente, restrição mais antiga do que ter que obter alvará para construir, o que serve, não só para diferenciar os dois procedimentos, como para mostrar a bondade da observação de M. PACELLI, já anteriormente invocada.

Acima se disse que a delimitação do chamado domínio público artificial tem seus particularismos, qual seja o de ser fixado por ato administrativo, de autoridade (12), independentemente de recurso aos tribunais, através de ação demarcatória, como se exige no que toca às relações de direito privado (que, quanto a certos bens, também se deparam entre o particular e o Estado patrimonial). Mas dentro desse particularismo próprio da delimitação do domínio público artificial, o caso do alinhamento se apresenta com um outro particularismo, qual o de comportar efeito *atributivo* o ato administrativo de alinhamento, enquanto em relação aos demais bens do domínio público artificial o efeito é puramente *declaratório* (13). É o que se extrai da lição exata dos mes-

---

(11) Cf., M. HAURIOU, *Droit administratif*, 10.ª ed., pág. 672: *Du permis de bâtir — Le permis de bâtir n'est pas essentiellement une protection des limites de l'alignement, il est lié aussi aux préoccupations de la santé publique et à celles de l'aménagement et de l'embellissement des villes.*

(12) Cf., LUCIEN JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris, 1938, n.º 123, pág. 69, onde diz estar-se em frente a uma regra especial, que se estabeleceu, por assim dizer, espontaneamente, para a salvaguarda do domínio público.

(13) Cf., JOSÉ CRETOLA Jr., *Direito Administrativo do Brasil*, vol. IV (São Paulo, 1961), pág. 229, nota 8, onde invoca a lição do saudoso G. MENE-

tres franceses citados em a nota dez (n.º 1088, a 1), que esclarecem ser regra jurisdicionalmente sancionada a de que o efeito atributivo só ocorre em relação ao alinhamento das vias públicas e não no que tange ao restante do domínio público artificial (*La règle que la délimitation des dépendances du domaine public artificiel autres que les voies publiques, ne saurait avoir un effet attributif, mais simplement recognitif est sanctionné juridictionnellement*). Aqui, porém, cabe, ainda, uma ressalva: o ato de alinhamento só implica em efeito atributivos — ou translativos da propriedade em relação aos terrenos não construídos, eis que, se estiverem ocupados por construção, o caso será de *recoo*, coisa diferente, embora aparentada, como a seu tempo se verá (14).

Ouro particularismo é o que anota WALINE (loc. cit.), qual o poderem coexistir dois alinhamentos, em relação a uma testada de terreno. O eminente publicista francês figura a interessante — e quiçá não rara, entre nós — hipótese de uma estrada real, federal ou estadual, mais estreita do que uma avenida local, passar pelo leito desta última. Observe-se que, não obstante a repartição dominial federal, entre nós já se decidiu (15) que, independentemente de desapropriação, “não se pode recusar à União o direito de passar com as suas linhas férreas pelas ruas da cidade. Os bens públicos de uso comum, pertencentes ao Município, podem ser utilizados pela União no serviço público a seu cargo”. Bem de ver que isso se refletirá no alinhamento, que não coincidirá quanto ao edifício, relativo à rua propriamente dita e com o pertinente à via férrea, pelo seu particularismo, talvez impondo o dever de indenizar ao particular confrontante, conforme a intensidade da restrição *que lhe for imposta*.

E, finalmente, a regra de que, em princípio, por tratar-se de ato de autoridade, não ser oneroso para o Fisco (HELY, livro citado, pág. 121: Uma vez fixado obriga a todos os confrontantes da via pública, independentemente de qualquer indenização, salvo se modificado posteriormente, acarretando prejuízo às propriedades fronteiriças). Esse princípio, que abria a porta a abusos, veio a provocar corretivo jurisprudencial, numa evolução ainda em curso, como a seguir se procurará expor. Tudo isso a mostrar que o tema do alinhamento é predominantemente jurídico, não sendo de receber a opinião do

---

GALE (“faculdade de delimitar em caráter atributivo o domínio público artificial”). Complete-se isso, porém, com a distinção, a que acima nos referimos; posto que considerando a fórmula demasiado genérica, DUEZ et DEBEYRE (*Traité de Droit Administratif*, edição de 1952, n.º 1088, pág. 785) reconhecem ser a lição comum a que diz: . . . “qu’à la différence du domaine public naturel, la délimitation du domaine public artificiel revêt un caractère non plus déclaratif, mais attributif”.

(14) Cf., MALEZIEUX (op. cit., pág. 190): *L’alignement est translatif de propriété pour les propriétés non bâties. C’est en somme une procédure d’expropriation particulière*. Vejamos, outrossim: RAOUL DUFOUR, op. cit., nos 71/72, págs. 49/50; LUCIEN JANSSE, op. cit., n.º 129, pág. 73; MARCEL WALINE, *Droit Administratif*, 4.ª edição, págs. 438/439.

(15) Cf., acórdão do S.T.F., na “ap. civ.” n.º 6707, no *Diário da Justiça*, de 2/IX/1941, apenso, pág. 1993.

proyecto LEOPOLDO BRAGA (16), ao afirmar que “a matéria é mais de ordem técnico-administrativa do que de natureza jurídica”.

3. *Da evolução no sentido da indenização* — Os privilégios inerentes ao domínio público artificial e necessários para a sua defesa, justos em si, na aplicação, vez por outra, foram acoimados de darem azo a atos abusivos ou desvios de poder da Administração, pretendendo defender o Erário, mas com sacrifício do direito do proprietário, usando da operação do alinhamento, em casos em que se imporia o de desapropriação. A jurisprudência administrativa francesa, tão significativa no campo, que ora nos prende a atenção, reagiu contra isso, investindo contra o que tem de *brutal* a teoria do alinhamento (o qualificativo enérgico é de DUEZ et DEBEYRE, *op. cit.*, n.º 1091), criando quatro restrições ao emprego do expediente: a) o alinhamento só deve ser utilizado para o alargamento da própria via pública e não para mascarar a aquisição, por meio dele, de áreas contíguas, mas que não se destinarão a incorporar-se à via pública; b) o alinhamento só se aplica às vias *existentes* e não às projetadas; c) o processo de alinhamento, juridicamente, não serve para cobrir modificações estimáveis na posição da rua existente, isto é, implicando no deslocamento sensível do eixo da via pública ou dando-lhe uma maior extensão, uma vez que o objeto do alinhamento, segundo o direito, deve consistir em meras retificações da via pública, para afastar as sinuosidades e cotovelos (*plis et coudes*, segundo acórdão de 1918, do Conselho de Estado, no caso Crevel); d) a teoria do alinhamento não se aplicará, de modo algum, nas espécies em que a propriedade particular deva ser, em sua área, atingida numa grande profundidade (mais de um quinto da profundidade total, consoante aresto de 1934).

Essas limitações, que governam a aplicação do expediente do alinhamento, salvo disposição legal expressa em contrário (advertem aqueles autores), não foram criadas pela jurisprudência simultaneamente, mas sim através de uma evolução lenta, como se poderá apreciar através dos repertórios de julgados do famoso Conselho de Estado francês.

Realmente, quanto a não dever usar-se do expediente do simples alinhamento (mas sim do da desapropriação), no caso de mudança do eixo da via pública, já observava com sua grande autoridade MAURICE HAURIU, num dos seus reputados comentários aos julgados do Conselho de Estado (17), que *alinhamento* é uma palavra que implica poder de modificar uma *linha*, a lateral, mas seria contrário à finalidade deste procedimento *qu'on pût complètement modifier l'assiette* e, assim, preconizava e adotava o critério juris-

---

(16) Cf., verbete *Alinhamento*, no *Repertório Enciclopédico*, vol., III, pág. 209.

(17) Cf., *La jurisprudence administratif*, reimpressão de 1931, vol. II, págs. 337/341. O insigne publicista, no caso, comentava dois acórdãos, ambos de 1902; no vol. III, págs. 244/256 estuda acórdãos, de 1900 e 1912, concessivos de indenização ao proprietário, face à recusa injustificada ou demora excessiva em ser concedido alinhamento individual, por motivos alheios ao próprio processo de alinhamento.

prudencial, então inaugurado: *A prendre un critérium unique, il est clair qu'il faudrait s'arrêter au déplacement de l'axe de la rue, car, du moment où l'axe est déplacé, le redressement ne porte plus sur les frontières de la rue, mais sur son assiette même.*

Esse critério, adotado em 1902 pela jurisprudência francesa e aplaudido pela melhor doutrina da época, ainda dava espaço a abusos. Assim, a jurisprudência avançou, como esclarece PHILIPPE BRETTON (18), citando acórdãos de 1936, 1945, 1948 e 1956 da Alta jurisdição administrativa francesa: "Ela decidiu que o alinhamento não será cabível se dever alargar sensivelmente a rua em relação ao que seria antes, quer acarrete esse alargamento uma modificação do eixo da via ou não. Tal operação será assimilada à abertura de uma artéria nova e não poderá resultar senão de um acordo amigável entre o proprietário e o Município ou de desapropriação".

É natural que esse novo modo de apreciar o alinhamento levasse algum tempo a atravessar o Atlântico, para vir a influenciar nossa jurisprudência. Assim, não é de admirar o que ocorreu, aqui no Rio de Janeiro, no início do século, em razão de novo alinhamento da rua do Catete e decidido por voto de desempate (19). Essas novas concepções não foram encaradas, quer pela maioria, quer pelos votos vencidos, ambos defendendo posições extremadas: aquela negando qualquer direito ao particular, por tratar-se de ato de império e a corrente minoritária lançando a tese genérica e incorreta, de que sempre o alinhamento para alargamento de ruas deve ser precedido de desapropriação formal.

Mas as novas idéias, sem dúvida, vieram a influenciar, algumas dezenas de anos após, a solução de uma interessante hipótese, relatada pelo eminente Des. CÂNDIDO LÔBO (20). Em razão de novo alinhamento da rua Barão de Bom Retiro, certo terreno que para ela dava frente, sofreu alteração, recebendo uma área por investidura e perdendo outra; com isso, porém — embora as dimensões continuassem as mesmas — ficou encravado, sem saída para o logradouro. O Tribunal não considerou o caso como de desapropriação (indireta), nem mandou pagar indenização pelo prejuízo sofrido pelo proprietário, mas sim optou pela solução, de nítido matiz de direito civil, condenando a então Prefeitura do Distrito Federal a por fim ao encravamento, através de lavratura de novo termo de investidura. Não parece que o princípio civil possa ser idôneo para resolver tão rara espécie, mesmo por-

(18) Cf., *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, Paris, 1964, pág. 124.

(19) O acórdão, na antiga 1.<sup>a</sup> Câmara da então Corte de Apelação, acha-se publicado, na íntegra, em TAVARES BASTOS, *Jurisprudência dos Tribunais*, Rio, 1908, vol. I, págs. 364/366.

(20) Cf., acórdão da 5.<sup>a</sup> Câmara Cível, na "ap. civ." n.º 6460, no *D. J.*, de 7/VIII/1946, ap., pág. 1461. Já anos atrás, a mesma Turma ("ap. civ.", n.º 614, no *D. J.*, de 19/3/1942, ap., pág. 821) mandara indenizar um proprietário que, praticamente, ficara privado do uso do terreno, porque a então Prefeitura não processava a guia de transmissão, impedindo a venda, sem promover o competente processo de desapropriação.

que a regra civil, relativa ao encravamento, obriga aos vizinhos e ente público, no caso do domínio público artificial, não é, técnica e juridicamente, vizinho dos proprietários lindeiros; nem cabe ao Judiciário impedir o Executivo de traçar as ruas segundo o seu critério, mas tão só mandar ressarcir os prejuízos ou, então, considerar o caso como significando desapropriação indireta.

Esse acórdão, de ótima aparência sob o ângulo da Justiça, na verdade não é *solus peregrinus*, ao aplicar a solução civilística. Consoante se lê no já mencionado JANSSE (*op. cit.*, n.º 113, pág. 64 e nota 44), também em 1896 assim terá decidido a Corte de Nancy e, em 1931, a de Poitiers; mas não é essa a norma jurisprudencial dominante: *Mais, il y aurait là une emprise au profit d'un particulier portant atteinte à la main-mise de l'Administration. Aussi, la majorité de la jurisprudence judiciaire et toute la jurisprudence administrative écartent la servitude d'enclave comme les autres servitudes de voisinage.*

Essa evolução, porém, está longe de ter obtido uma consagração definitiva na jurisprudência nossa, como se verá a seguir, ao tratarmos do aspecto particular das proibições temporárias de construir e áreas de recuo obrigatório, intimamente ligadas aos planos de alinhamento. Como no princípio deste artigo ponderamos, o pêndulo ora balança para o lado do direito individual do proprietário e outra, para o lado das prerrogativas de Administração. Tem-se exemplo marcante dessa divergência, confrontando-se dois acórdãos cariocas recentes, um da lavra do eminente Des. SOARES DE PINHO, em que o particular fica na sujeição integral dos chamados poderes de polícia e o outro relatado pelo nosso ilustre colega NÉLSON RIBEIRO ALVES, que, sem sombra de dúvida, se deixou tocar pelo que de brutal pode ocorrer na aplicação do expediente do alinhamento e, por isso, pendeu para a solução indenizatória, definida pelos melhores mestres de direito público administrativo e consagrada, como vimos, pelos julgados de tribunais especializados, como acima já acentuamos (21).

4. *A indenização e as proibições temporárias e definitivas* — Como no geral das coisas, uma posição moderada, de equilíbrio, é a que se impõe ao jurista ao apreciar os conflitos entre o particular e o poder público, porque, a não ser assim, estará deslizando para o Estado absolutista ou policial de antanho ou para o da sua réplica moderna (Estado meramente totalitário ou, então, o declaradamente coletivista), que, por definição legal, não é o nosso (22). Se é certo que o poder público deve ter prerrogativas, para poder go-

(21) O primeiro acórdão foi proferido na "ap. civ.", n.º 50.870 e veio a lume na *Rev. Jurispr.* (Trib. Just. GB), vol. 19, págs. 345/346 e o relatado pelo ilustre Des. NÉLSON R. ALVES, na "ap. civ.", n.º 13.815, vindo a luz no mesmo repertório, vol. II, págs. 174/175.

(22) Com perspicácia, entre nós, o prof. CÁIO TÁCITO (ver, *Rev. de Direito Adm.*, vol. 27, pág. 1) inicia seu estudo sobre "O poder de polícia e seus limites", com a observação exata, de que dar o conteúdo e alcance dos poderes de polícia é, em última análise, indicar o endereço político do Estado.



vernar, não menos exato é que os direitos individuais, entre eles o de propriedade, hão de merecer alguma consideração ao menos, para que possa dar-se como subsistente, entre nós, o Estado de Direito. Não parece curial inverter, arbitrariamente, as fases da história, retroceder a um passado, para atender aos pretensos interesses do Fisco; com precisão e sua grande autoridade o prof. GÜNTER DÜRIG (23) observa que, no Estado de Direito moderno, não é possível extrair a configuração dos direitos individuais, por via indutiva, dos poderes de polícia, que pertencem ao Estado como Estado. Ao contrário, os poderes de polícia é que ficam condicionados ao que concederem os direitos individuais. No Estado policial de antanho é que os direitos individuais subsistiam apenas “na medida das leis”; hoje, põe-se o problema: “direito individuais e poderes de polícia” e não mais “polícia e direitos individuais”.

No que toca às limitações da propriedade privada, através do expediente do alinhamento, a nós nos parece rigorosamente aceitável a lição de RUDOLF REINHARDT (*op. cit.*, págs. 53/56): Pense-se num projeto de alinhamento, que só permita a construção a 5 metros da rua, a fim de ser, obrigatoriamente, ajardinada a área de frente do terreno. Se a parte restante do solo puder ser utilmente construída, não é cabível qualquer indenização; mas esta será de rigor se a construção só puder erigir-se sob condições, na verdade, muito difíceis (*unter wirklich erschwerten Bedingungen bebaut werden kann*), por traduzir isso para o proprietário um total ou muito extenso prejuízo, no que tange à utilidade privada do bem. Se o alinhamento abranger parte do imóvel para abertura de via pública, a melhor jurisprudência é a que manda indenizar, por ser caso, formalmente, de desapropriação. No que diz respeito às proibições temporárias de construir, esse especialista (págs. 48/49) considera as mesmas válidas, pois caso contrário os planos de urbanismo malograriam; mas sustenta que não devem prevalecer senão pelo tempo necessário para implantação do plano, estimando excessivo o prazo de dois anos para tal fim; considera ser caso, materialmente, de desapropriação, se a vedação perdurar por prazo maior do que o necessário aludido (*Jede darüber hinausgehende Beschränkung wäre Enteignung*). Quanto às áreas “non aedificandi” (*Bausperren*), se estas forem impostas não apenas como meio de um adequado uso da propriedade, mas sim impliquem em particular sacrifício a prol da coletividade, então será caso, materialmente, de desapropriação (pág. 47). Não decretada a desapropriação, por não interessar ao poder público adquirir o bem (desapropriação formal), nem por isso — antes por isso mesmo — deixa de ficar obrigado a uma compensação ao proprietário.

Em síntese precisa, GSCHNITZER (*vol. cit.*, págs. 115/116), o ilustre catedrático de Innsbruck, lembra que, em princípio, as restrições administrativas não implicam no dever de indenizar, nisso distinguindo-se da desapropriação (formal), embora ambos os institutos se destinem a servir ao bem comum; no entanto, considera que, nos casos em que signifiquem um

---

(23) Cf., estudo no AÖR, vol. 79, pág. 63.

tratamento desigual ao proprietário em relação aos demais, mas no interesse da coletividade (*Opferausgleichstheorie*) ou naqueles em que a restrição seja tão grave a tornar inútil a substância do direito de propriedade (*Substanztheorie*), materialmente se estará perante um caso de desapropriação, sendo devida a reparação pecuniária (*materiell ist der Eingriff ins Eigentumsrecht jedoch so gross, dass von materieller, somit entschädigungspflichtiger Enteignung gesprochen werden kann*). Desapropriação material ou indireta, segundo a doutrina francesa.

Todos esses princípios e toda essa evolução foram postas a obliuio pelo primeiro dos julgados, de que divergimos. Segundo os dizeres do próprio acórdão, o poder público denegara licença para se realizarem obras de acréscimo de pavimento, por haver plano de alinhamento do logradouro, “absorvente de todo o prédio do apelante”. Para execução desse plano chegou a ser baixado decreto declaratório da utilidade pública da desapropriação que, nos termos da lei federal específica, veio a caducar por se não ter efetivado a expropriação amigável, nem iniciado o competente processo judicial, ao cabo de cinco anos.

O aresto, porém, achou isso irrelevante e lançou os fundamentos: “Isso não importa, porém, na insubsistência do plano de alinhamento, o qual se enquadra nas atribuições ordinárias do poder administrativo. Como seu corolário decorrem restrições ao direito de propriedade dos proprietários marginais. A administração retarda a obra certamente por falta de meios para sua execução, inclusive o numerário imprescindível para indenização das desapropriações necessárias. Resta-lhe, porém, o recurso de evitar o encarecimento destas, não permitindo a realização nos imóveis de obras, que viriam valorizá-los (24). Tal providência se enquadra, perfeitamente, no seu poder de polícia e não vulnera o direito de propriedade, sabido como é que este sofre as restrições, ditadas pelo interesse social. Assim, ao contrário do que supõe o apelante, o fato de o decreto declaratório da utilidade pública da desapropriação ter caducado não importa, necessariamente, na invalidação do plano urbanístico, que lhe antecedeu e para cuja efetivação fora expedido. Nada impede que o Estado, logo que disponha de meios ou que repare oportuna a execução daquele plano, ou se componha com o apelante para adquirir-lhe a propriedade, ou promova, afinal, a sua desapropriação, expedindo, para isso, novo ato”. (25).

---

(24) Não há, *data venia*, como confundir interesse social com mero interesse fiscal e negar alinhamento por pura consideração do interesse do Fisco é desvio de poder, como acentuou o Conselho de Estado francês, em acórdão de 3/8/1900, elogiado pela doutrina especializada; sobre ele M. HAURIUO (vol. III *cit.*, págs. 245/252): “*Le calcul était bon au point de vue des finances de la ville, et cependant l'acte n'était pas de bonne administration, car, en soi, la délivrance des alignements et des permissions de bâtir est une mesure de police qui ne doit s'inspirer que des préoccupations de la police, et non de celles du fisc. Il y avait donc détournement de pouvoir.*”

(25) O recente legislador carioca parece não se ter impressionado com esse julgado, tanto assim que o novo Regulamento de Licenciamento e Fiscalização

Posição declaradamente contrária — e a nosso ver digna de prosperar, foi a adotada pelo acórdão relatado por nosso estimado confrade Des. NÉLSON RIBEIRO ALVES, acima referido. Caso de área *non aedificandi*, em que, como já se apontou, no geral dos casos não cabe indenização; mas isso quando ela imposta pelo poder público “como meio de um adequado uso da propriedade”, pois que, então, resulta até em benefício da propriedade; mas devida, quando implicar em particular sacrifício a prol da coletividade.

Sem dúvida, embora a publicação oficial do acórdão, no ponto, não seja muito esclarecedora, dessa última hipótese se trataria e, por isso, foi considerada devida a indenização. É que a área *non aedificandi*, entre dois edifícios, *de fato* foi transformada em via pública. Daí, o acórdão propender, e bem, para a figura da desapropriação indireta, pois a área passara a ser “de interesse coletivo e público, aplicáveis os mesmos princípios geradores da desapropriação direta”.

Existe, pois, a controvérsia, a merecer a atenção dos cultores do direito público. E não é apenas uma departição em torno de princípio de direito administrativo, mas sim envolvendo ponto de maior relevo: fixar o próprio endereço político do Estado.

---

(sobre essa nova legislação, ver nossos artigos, na *Rev. Jurispr. do Trib. de Justiça* GB, vols. 24 e 25), prudentemente, reza no art. 75: “Quando o imóvel, prédio ou terreno for totalmente atingido por projeto de recuo progressivo ou urbanização ou mesmo o sendo parcialmente, deixa remanescente inaproveitável para construção ou edificação, será ouvido o órgão estadual competente, que dirá da conveniência ou não de manutenção da vigência do projeto. Sendo julgada conveniente a manutenção, poderá ser concedida licença para execução de obras, de acordo com o procedimento previsto no § 2.º do artigo anterior. Se, ao contrário, for julgada inconveniente aquela manutenção, o órgão estadual competente proporá ao Secretário de Estado de Obras Públicas a alteração daquele projeto, inclusive sua revogação total, se for o caso”.