



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS À LIBERDADE E À PROPRIEDADE E SACRIFÍCIOS DE DIREITOS

Luís Manuel Fonseca Pires

INTRODUÇÃO

O artigo trata dos conceitos de limitações administrativas à liberdade e à propriedade e de sacrifícios de direito, temário que interessa ao Direito Público em geral, e ao Direito Administrativo em particular. O enfoque dogmático objetiva, ainda, sinalizar as diferenças práticas da qualificação jurídica, em especial quanto às situações que possibilitam a indenização.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Limitações administrativas à liberdade e à propriedade	2
1.1. Considerações iniciais	2
1.2. Uma aproximação do tema: liberdade e propriedade, direito à liberdade e direito de propriedade.....	4
1.3. Limitações administrativas: a conformação jurídica da liberdade e da propriedade.....	7
2. Sacrifícios de direitos – o direito de propriedade.....	13
Referências	18

1. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS À LIBERDADE E À PROPRIEDADE

1.1. Considerações iniciais

Maria Garcia refere-se à liberdade em suas diversas intelecções no curso da

história da humanidade, mas assevera que tem “(...) como ponto de partida a afirmação de que a liberdade se constitui num bem da existência humana à qual aspiram, declaradamente, ou não, conscientemente ou não, todos os indivíduos”.¹ Observa a jurista, e parece-me importante esta consideração preliminar, que numa obra de Isaiah Berlin, *Quatro ensaios sobre a liberdade*, o autor declina mais de duzentos sentidos para a palavra “liberdade”.²

Ao se deter nas reflexões de Immanuel Kant, o jurista e filósofo Norberto Bobbio, por sua vez, desenvolve a distinção, segundo Immanuel Kant, entre *liberdade interna* e *liberdade externa*, um critério para diferenciar a moral do direito porque aquela – a liberdade interna – diz respeito à moralidade e a outra – a liberdade externa – refere-se ao direito. Desta forma, “liberdade moral” seria a faculdade de nos adequarmos às regras que a nossa razão estabelece, provém de nós, e por isto é que por seu cumprimento somos responsáveis perante nós mesmos, enquanto a “liberdade jurídica” é a liberação dos impedimentos que decorre dos outros, daí sermos responsáveis, quanto ao cumprimento, em relação à coletividade, e isto implica que os demais podem exigir o cumprimento da obrigação.³

Ainda em Norberto Bobbio encontramos a análise sobre o pensamento de um jusnaturalista, John Locke, para quem na passagem do estado de natureza para o estado civil são conservados o que há de melhor do primeiro, isto é, o estado civil não é a substituição do estado de natureza, mas sua efetiva conservação, e com esta premissa tem o Poder Legislativo, entre seus limites, a proibição de privar um indivíduo de sua propriedade – a propriedade como um direito natural.⁴

Com estas linhas introdutórias quero mostrar que tanto a liberdade quanto a propriedade são ideias cuja compreensão, a extensão destes conceitos, ou melhor, as possibilidades de conceitos evoluem, influenciam-se e influenciam, ao longo do tempo, os mais variados campos do conhecimento humano, sujeitam-se a concepções filosóficas, políticas, sociais, aos costumes e história dos povos.

Mas é preciso circunscrever os limites próprios da ciência jurídica, isto é, o

¹ GARCIA, Maria. *Desobediência civil*, p. 16.

² *Idem*, p. 21.

³ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*, p. 95 a 100.

⁴ *Idem*, p. 59 a 64.

direito posto, e daí a importância de compreender as diferenças que há, e não se deve confundir, entre liberdade e propriedade e direito à liberdade e direito de propriedade.

1.2. Uma aproximação do tema: liberdade e propriedade, direito à liberdade e direito de propriedade.

A diferença é destacada com rigor e objetividade por Celso Antônio Bandeira de Mello: “Estes últimos [direitos de liberdade e de propriedade] são expressões daquelas [liberdades e propriedades], porém tal como admitidas em um dado sistema normativo”.⁵

A importância deste corte metodológico – o que pertence ao direito e apresenta-se como objeto de estudo da ciência jurídica e o que se encontra fora dele – é indispensável, pois como diz Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(...) rigorosamente falando, não há limitações ‘administrativas’ ao ‘direito’ de liberdade e ao ‘direito’ de propriedade – é a brilhante observação de Alessi –, uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade”.⁶

Noutras palavras, não se limitam os direitos porque estes, como direitos que são, não são absolutos nem correspondem necessariamente às acepções que se têm na coletividade ou noutras ciências do conhecimento humano; os direitos são a conformação que um dado ordenamento jurídico emprega a um valor conhecido e caro à sociedade, e tal como o define, o delinea, da maneira como traça e colore este valor, assim é tido como um direito; portanto, a certo valor relevado pelo direito tem-se a revelação deste mesmo valor na forma e nos limites que lhe são impressos pelo direito, o que nem sempre coincide com o que este valor comporta fora do âmbito jurídico.

Cada valor acolhido pelo direito passa a ter o sentido que este lhe dá. Depois de alijar certos epítetos referendados pelo senso comum ou por outras ciências, após a agregação de outros elementos e informes, enfim, é do produto da ação legislativa, da prescrição normativa, que se traça o sentido – para o Direito – dos valores agasalhados no sistema jurídico.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 714.

⁶ *Ibidem*.

Portanto, não se confundem os conceitos de liberdade e propriedade com os direitos à liberdade e de propriedade, pois estes não guardam a mesma extensão, a mesma expansibilidade ou diversidade de acepções daqueles, pois só são direitos porque foram positivados, e, portanto, só podem ser considerados na medida em que o foram.

Um bom exemplo do quanto exposto é a “propriedade” e o “direito de propriedade”. O tratamento dado à propriedade no curso da história denota a elaboração de paradigmas que em certos tempos sofrem, por razões as mais diversas, substanciais transformações. Os tártaros admitiam o “direito de propriedade” sobre os rebanhos, mas não em relação ao solo, e a mesma repulsa à individuação do solo e sua atribuição a um senhor foi compartilhada pelos germanos antigos que defendiam o direito sobre a colheita, nunca em relação à terra. Ideias completamente distintas animaram os gregos e os romanos que contribuíram à formação da noção de propriedade imobiliária.

Fustel de Coulanges, renomado historiador francês do século XIX, recorda ainda que a antiga definição de propriedade necessariamente associava-se à religião, pois cada família tinha o seu lar e seus antepassados que, acreditava-se, viviam sob a terra (os deuses *Lares*), e porque a adoração deles era exclusiva dos familiares, então a terra, “local” onde habitavam os mortos, deveria lhes *pertencer* – tanto porque no subsolo encontravam-se os antepassados quanto no solo os rituais, deveres religiosos, eram amiúde praticados em lembrança e “alimento” às suas almas.⁷

De ilustrativo esclarecimento das lições de Fustel de Coulanges é o seguinte trecho:

“O lar deve estar isolado, isto é, nitidamente separado de tudo quanto não lhe pertença; é preciso que o estranho não se aproxime do lar no momento em que se realizam as cerimônias do culto, evitar mesmo que o veja: por isso, aos seus deuses, chamam deuses encobertos, *múkhioi*, ou deuses interiores, *Penates*. Para que esta disposição religiosa seja rigorosamente cumprida, torna-se necessária a existência de uma vedação em torno do lar, a certa distancia. Pouco importa se formada por paliçada, por sebe ou muro de pedra. Seja do que for, indica o limite, separando o domínio de um lar de outro domínio pertencente a outro lar. Este recinto considera-se sagrado. Comete-se impiedade ao transpô-lo. O deus vela por ele e dá-se-lhe assim o epíteto de

⁷ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*, p. 57.

erkhios. Esta vedação, traçada pela religião e por ela protegida, afirma-se como o tributo mais verdadeiro, o sinal irrecusável do direito de propriedade”.⁸

É a propriedade definida segundo a religião. É o que motivou a que a lei romana impusesse, em caso de alguma família alienar a sua propriedade, que continuasse proprietária do túmulo e mantivesse o direito de atravessar o terreno para cumprir com os deveres cerimoniais. Em Esparta chegou-se a proibir a alienação da terra – ser proprietário não compreendia a disposição do bem –, e ainda na Grécia há registros de deveres de rituais de sacrifício por ocasião da venda de bens de raiz. Ser proprietário, em função destes deveres religiosos, era antes de um direito um inequívoco *dever*, o que inclusive impedia ao primogênito recusar a herança porque deveria continuar o culto aos antepassados.⁹ Naqueles idos, para o Estado o corpo e a alma dos cidadãos eram ainda sua propriedade.¹⁰

Na filosofia política, séculos adiante, John Locke, o filósofo do liberalismo, apresenta o fundamento teórico da democracia moderna. Defende que o contrato social não é estipulado apenas entre os cidadãos, como dizia Thomas Hobbes, mas igualmente entre eles e o Estado, e por isto o soberano não poderia pairar acima da lei, e sim deveria observá-la. O objetivo do Estado, a razão de ser do *contrato social*, outro não seria senão salvaguardar os direitos naturais, e a *propriedade privada*, para o filósofo, era um dos emblemáticos exemplos. O estado civil e o contrato social eram para John Locke o aperfeiçoamento da sociabilidade instintiva do ser humano, e a propriedade, por ser fruto da força de trabalho empreendida, deveria ser protegida pelo direito.

No século XX, sob fundamentos socioeconômicos, o pensador Amartya Sen, em seu clássico *Desenvolvimento como liberdade*, relaciona as infundáveis leituras consequentialistas do direito de propriedade que vão desde a sua defesa imoderada, em razão de elementos que comprovam a expansão econômica dos povos, e portanto implicariam até o afastamento de restrições e tributos sobre ela, até à constatação de que orientações desta natureza levariam, é certo, à difusão ainda maior da pobreza, além do comprometimento do meio ambiente e das infraestruturas sociais. O utilitarismo e as

⁸ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*, p. 59.

⁹ *Idem*, p. 62-69.

¹⁰ *Idem*, p. 205.

demais doutrinas pragmáticas conflitam-se com as lúcidas propostas deste autor que divisou o desenvolvimento como um “processo de expansão das liberdades reais”, o que torna então as *liberdades* o fim primordial e o meio essencial ao desenvolvimento.¹¹ A propriedade para ele, percebe-se, é um instrumento indispensável à consagração da liberdade – não só do proprietário, mas da sociedade.

Mas o que é a propriedade, então?

Três épocas e enfoques completamente distintos foram assinalados: nos primórdios da formação das sociedades ocidentais, há mais de dois mil anos, sob a leitura das religiões; na elaboração do pensamento filosófico e político moderno, no despertar das luzes que dissiparam as trevas nas quais se submergia a humanidade durante a idade média, sob a abordagem filosófico-política; contemporaneamente, depois da segunda metade do século XX, de acordo com determinada teoria socioeconômica.

O que eu quis mostrar é que em todos os tempos a *propriedade* pode ser objeto de análise de diversas áreas do conhecimento humano – direito, economia, sociologia, psicologia, filosofia, religião e outras –, e em cada qual, diante das inúmeras perspectivas e divergências que existem, a *propriedade* recebe tratamentos diversos. Os paradigmas mudam em cada uma delas e influenciam-se reciprocamente. A propriedade em uma leitura filosófico-política de orientação liberal e utilitarista deterá um significado absolutamente diverso do que se pretende em afirmações de cunho marxista, e o modo como a Igreja Católica, em sua doutrina social do início do século XX, incursionou no tema provoca perspectivas ainda distintas. “Liberdade”, “propriedade”, “igualdade”, e outros bens e valores, recebem determinada qualificação jurídica, e ao menos a partir do Estado de Direito tal como os *direitos* são anunciados os significados atribuídos a estes signos são compostos pelas escolhas feitas em seu tempo.

1.3. Limitações administrativas: a conformação jurídica da liberdade e da propriedade.

A *conformação jurídica* da liberdade e da propriedade é o perfil *jurídico* da “liberdade” e da “propriedade”, referências comuns a diversas áreas do conhecimento.

¹¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 52 e 80.

Não se deve confundir, pois, a “liberdade” com o *direito* à liberdade, ou a “propriedade” com o *direito* de propriedade, tal como ocorre com outros valores e bens – “igualdade” e *direito* à igualdade, “intimidade” e *direito* à intimidade, “vida” e *direito* à vida e outros tantos. O “direito” não corresponde necessariamente às acepções que se encontram em outros campos do saber humano, pois o direito é a *conformação* que um dado ordenamento jurídico emprega a um valor ou um bem conhecido e caro à sociedade, e tal como os define, delinea-os, da maneira como traça e colore o valor ou o bem, assim é tido como *um direito*.

Portanto, a certo valor ou bem relevado pelo direito há a sua conseqüente revelação *jurídica* na forma e nos limites que lhe são impressos, o que nem sempre coincidirá com os significados encontrados além do âmbito jurídico.

Em feliz síntese de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(…) não se deve confundir liberdade e propriedade com ‘direito de liberdade’ e ‘direito de propriedade’. Estes últimos são as expressões daquelas, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações ‘administrativas’ ao ‘direito’ de liberdade e ao ‘direito’ de propriedade – é a brilhante observação de Alessi –, uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade”.¹²

As limitações administrativas em sentido amplo decorrem da função legislativa e encontram seu fundamento jurídico-constitucional “(…) na necessidade de conformar a liberdade e a propriedade, nos termos dos vetores constitucionais”, em lição de Lúcia Valle Figueiredo,¹³ é dizer: só há que se falar em limitações da liberdade e da propriedade nos termos prescritos pelo ordenamento jurídico – sempre: a mesma assertiva serve a outros valores e bens.

Renato Alessi, ao refletir sobre os limites impostos à propriedade individual, com razão afirma que não representam uma real e própria limitação do direito, uma lesão, e sim a sua própria definição.¹⁴ A noção de ‘liberdade individual’, prossegue o autor, é essencialmente metajurídica; a noção de liberdade ingressa no campo jurídico como

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 825.

¹³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 295.

¹⁴ ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*, v. II, p. 557.

‘direito de liberdade’ sob um determinado contorno de tutela que o ordenamento jurídico permite ao indivíduo no desenvolvimento de sua atividade com o fim de garanti-lo do atentado da parte de outros sujeitos, pois impõe genericamente o dever negativo de abster-se de perturbar a esfera da liberdade individual¹⁵ – leia-se igualmente quanto à propriedade.

Portanto, não se limitam os direitos porque estes, como direitos que são, apresentam-se com seu *âmbito de proteção* e as *intervenções estatais* tal como pelo sistema jurídico foi eleito digno de compreensão. Cada valor e bem acolhidos pelo direito passam a ter o sentido que este lhes dá. Reitero: depois de alijar certos epítetos referendados pelo senso comum ou por outras ciências, após a agregação de outros elementos, é do produto da ação legislativa, da prescrição normativa, que se traça o sentido – para o Direito – dos valores e bens agasalhados no sistema jurídico. Claro que a intelecção de um instituto jurídico demanda a consideração dos fatos envolvidos, dos valores consagrados pela sociedade, mas *desde que* remetidos à ordem jurídica. A interpretação e aplicação do direito é um processo que se perfaz sob um “círculo hermenêutico”, mas todo o processo de conexão entre as palavras, as frases e o texto toma por baliza insuperável a matriz jurídica.

Daí porque não se confundem os múltiplos significados de propriedade com o direito de propriedade, de liberdade com o direito à liberdade, e assim com outros bens e valores, pois os direitos não guardam a mesma extensão, expansibilidade e diversidade daqueles na medida em que o direito é o quanto posto no sistema jurídico, e, portanto, só pode ser considerado na medida em que foi prescrito.

Tratar de limitações administrativas à liberdade e à propriedade significa, portanto, referir-se às *intervenções do Estado* que compõem a conformação jurídica da liberdade e da propriedade, inicialmente em decorrência da atividade legislativa – limitação administrativa em sentido amplo –, e em ato contínuo por sua concreção no exercício da função administrativa – limitação administrativa à *propriedade* em sentido estrito (no caso das limitações à propriedade com a fiscalização das edificações, emissão de licenças para construir, reformar, demolir, funcionar etc..).

Por *suporte fático jurídico* definem-se os fatos e os atos humanos que o direito,

¹⁵ *Idem*, p. 547.

em seus textos prescritivos, considera em hipóteses e implica consequências em sua realização concreta. O suporte fático jurídico depende, portanto, de relacionar elementos simultaneamente *necessários e suficientes* à deflagração de seus efeitos. Como afirma Pontes de Miranda, “[a] juridicização é o processo peculiar ao direito; noutros termos: o direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos (= para que entrem no mundo jurídico)”.¹⁶

Virgílio Afonso da Silva expõe com objetividade e profundidade a respeito do suporte fático dos direitos fundamentais, e buscarei em suas lições o quanto necessário à compreensão das intervenções do Estado por meio das limitações administrativas.

O direito à propriedade, o direito à liberdade, o direito à vida, e outros, encontram a descrição hipotética de seus elementos que produzem, quando preenchidos, a respectiva proteção jurídica, o que inicialmente se define por seu *âmbito de proteção*, isto é, a identificação do que guarda pertinência à temática discorrida na hipótese normativa. Mas ao *âmbito de proteção* soma-se a *intervenção estatal*, e assim, tanto o que é protegido quanto a sua intervenção compõem o suporte fático jurídico do direito fundamental.¹⁷ A esta dual composição do suporte fático Virgílio Afonso da Silva ainda acresce a necessidade de *fundamentação constitucional*.

O suporte fático é então – pois acolhemos a proposta de Virgílio Afonso da Silva – a soma do âmbito de proteção (AP) com a intervenção estatal (IE) e a ausência de fundamentação constitucional para a sua restrição. Se uma dada situação encontra pertinência com o *âmbito de proteção* do direito fundamental de propriedade, e se há uma ação estatal que nela intervém sem fundamentação constitucional, então deve ocorrer a consequência jurídica de suspensão da intervenção estatal sob pena de caracterização de violação jurídica passível de indenização.

Das premissas de Virgílio Afonso da Silva:

“Ora, se suporte fático são *os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental*, é facilmente perceptível que não basta a ocorrência desses dois elementos para que a consequência jurídica de um direito de liberdade seja acionada. É ainda necessário que não haja fundamentação constitucional (não-FC) para a

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. I, p. 6.

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 71.

intervenção. Se houver fundamentação constitucional para a intervenção estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*)”.¹⁸

E adiante conclui:

“Por isso, parece-me mais correto definir o suporte fático não apenas como (APx e IEx), mas incluir nesse conceito a ‘ausência de fundamentação constitucional’. Além disso – e essa é a segunda parte do problema, de caráter mais lógico-formal –, como a fundamentação constitucional refere-se tão-somente à intervenção estatal, não faz sentido insistir que ela seja contraposta à soma de APx e IEx. Por isso, ao invés de se falar, como faz Borowski, em *se (APx e IEx) e não-FCx, então CJx*, faz mais sentido que se fale *se APx e não-FC (IEx), então CJx*. Ou seja: se *x* é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em *x* (não-FC (IEx)), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de *x*(CJx)”.¹⁹

O que me distancio da proposta sem dúvida alguma exaustivamente fundamentada de Virgílio Afonso da Silva diz respeito à parte final do primeiro trecho citado. Diz ele que se houver uma fundamentação constitucional para a intervenção, então se estará diante não de uma violação, mas sim de uma restrição constitucional, o que impediria a respectiva consequência jurídica. Afasto-me desta ilação porque ao passo que o autor defende o suporte fático *amplo*, entendo que o suporte fático *estrito*, como havia adiantado na introdução a este estudo, melhor satisfaz a compreensão do direito fundamental sem comprometer a aplicação da teoria externa de restrição dos direitos fundamentais e o respectivo ônus argumentativo que se encontra na teoria dos princípios. Sem dúvida alguma, defender um suporte fático estrito quer dizer proceder a uma primeira ponderação para a compreensão do próprio direito fundamental, e por isto, acredito, além de implicar empenho de argumentações jurídicas neste primeiro plano (na circunscrição do suporte fático – pois estrito), ainda se confere, justamente por este delineamento, maior precisão na formulação do direito fundamental.

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 74.

¹⁹ *Idem*, pp. 74-75.

Portanto, limitações administrativas são as *intervenções estatais constitucionalmente fundamentadas* que recaem sobre o âmbito de proteção do direito fundamental. Limitações administrativas, sob a perspectiva que proponho, são uma teoria de suporte fático *estricto* dos direitos fundamentais. Não se trata ainda de restrição – a que deixo exclusivamente à teoria externa –, e sim de *conformação* jurídica. Faço, pois, a exclusão *a priori* de certas situações que só formalmente poderiam ser cogitadas em adesão ao âmbito de proteção e não excluídas pela inexistência de fundamentação constitucional à intervenção estatal.

As limitações administrativas não são uma restrição externa, não resultam de um procedimento de ponderação de princípios em virtude de um conflito concreto porque a ponderação a que me referi no parágrafo anterior é lógica e cronologicamente precedente, associa-se à própria possibilidade de definir o que é pertinente à proteção do direito fundamental diante de intervenções estatais constitucionalmente fundamentadas, o que se procede abstratamente.

A conformação jurídica da propriedade, da liberdade e outros valores pressupõe delinear os elementos que permitem identificar o que é, na ambiência do direito, a propriedade, liberdade etc.. Adiro, portanto, à doutrina que defende um suporte fático *estricto*, isto é, a exclusão prévia de determinadas situações, fatos e condutas, que nem mesmo hipoteticamente poderiam acomodar-se ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, e que é possível, da leitura das diversas normas que cuidam da propriedade, traçar *a priori* quais são as intervenções estatais legítimas. Por consequência, os atos administrativos outorgados por estes fundamentos – as licenças – apenas aperfeiçoam a integração deste direito objetivo ao patrimônio individual de quem as obtêm e passa a ser seu titular.

As limitações administrativas cumprem, portanto, o papel de servirem – nos moldes como proponho – à compreensão das *intervenções estatais* que são *constitucionalmente fundamentadas* e que, por isto, integram o *suporte fático* do direito. Um suporte fático *estricto*.

Referir-se ao âmbito de proteção e às intervenções estatais constitucionalmente fundamentadas de um direito fundamental exige a identificação dos elementos que *suficientemente* admitam o ingresso da situação, fato ou comportamento no cerne do suporte fático jurídico. Ainda que após o seu aperfeiçoamento ocorram, diante de um caso

concreto, razões suficientes para a prevalência de outro direito em colisão.

De todo modo, por tudo quanto exposto, é correto dizer que as limitações administrativas – leia-se: as intervenções estatais constitucionalmente fundamentadas que integram o suporte fático (estrito) do direito – não geram direito à indenização. Pois a identificação de qual o âmbito de proteção e das intervenções estatais fundamentadas constitucionalmente completa a conformação jurídica.

2. SACRIFÍCIOS DE DIREITOS – O DIREITO DE PROPRIEDADE.

Refiro-me neste tópico, com destaque, à limitação administrativa à propriedade, isto é, ao *direito de propriedade*, e à possibilidade – e consequências – do seu sacrifício.

Cuidar das limitações administrativas como um modelo de suporte fático estrito dos direitos fundamentais – pois representam as intervenções estatais constitucionalmente fundamentadas – conduz ao contorno do que *a priori* se pode, e o que não se pode afirmar ser a propriedade em seu perfil jurídico.

Definido o direito (de propriedade, à liberdade, à igualdade, à vida, à intimidade etc.), pode haver, em decorrência de um sopesamento em concreto, a prevalência de outro direito de dimensão coletiva, de outras normas-princípios que justificam a sua prevalência em detrimento do direito de propriedade.

A depender de qual direito se trata é possível identificar a possibilidade de um *sacrifício* deste mesmo direito constituído. É o que ocorre, em particular, com o *direito de propriedade*. A real existência de um interesse social em uma desapropriação, a concreta necessidade de requisição de bens de um particular para o atendimento de uma episódica e indispensável necessidade de atender ao interesse público (tal como as requisições de imóveis particulares para servirem à Justiça Eleitoral instalar as suas seções nos dias das eleições), são circunstâncias de *restrições externas* ao direito.

O direito de propriedade, com as limitações administrativas que o compõe, é atingido pela imperiosa relevância de prevalecer, em um caso concreto, a restrição fundamentada em outras normas jurídicas.

Como diz Virgílio Afonso da Silva:

“Ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o *direito e seus limites (imanes)*, a teoria externa divide esse objeto

em dois: há, em primeiro lugar, o *direito em si*, e, destacadas dele, as suas *restrições*. Essa diferença, que parece insignificante, uma mera filigrana teórica, tem, no entanto, grandes consequências, práticas e teóricas. Boa parte daquilo que doutrina e jurisprudência muitas vezes tomam como dado é, na verdade, produto dessa simples divisão teórica entre o direito em si e suas restrições. É principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.²⁰

A adoção de uma teoria externa é compatível, como adiantei linhas atrás, com o suporte fático estrito. A teoria dos princípios de Robert Alexy propõe a compreensão do princípio como mandamento de otimização, quer dizer, que seja realizado da melhor forma (diante das realidades fática e jurídica) possível. E se pode acolhê-la, à teoria dos princípios, sem se conferir ao princípio um caráter *prima facie* ilimitado.

A consideração de um suporte fático estrito implica, como foi visto, o contorno mais claro e objetivo do que deve compor o âmbito de proteção do direito fundamental e de quais são as intervenções estatais hipoteticamente fundamentadas em normas constitucionais. Esta conformação prévia, o que depende então das limitações administrativas e das demais normas que se referem às relações eminentemente privadas fundadas na autonomia da vontade, encerra o suporte fático jurídico da propriedade, define o *direito de propriedade*. Há um direito *prima facie* da propriedade, mas não ilimitado.

Pois por ponderações do conflito deste direito com outras normas jurídicas, notadamente outros princípios, o direito de propriedade, inicialmente conformado, pode ser alterado, sofrer restrições externas, apresentar-se então, após a colisão e eventual prevalência do princípio que se lhe opõe, com outra definição. A possibilidade de nova definição resultante de uma ponderação externa não infirma a assertiva de que as limitações administrativas compõem o suporte fático porque estas prevalecerão enquanto não houver um fato concreto que justifique o seu perecimento. O suporte fático estrito pode, pois, concretamente manter-se porque não surge nenhuma circunstância

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 138. Embora Virgílio Afonso da Silva aceda à premissa do suporte fático amplo, admite e expõe com precisão a possibilidade metodológica de acolher-se o suporte fático estrito e uma teoria externa de restrição a direitos fundamentais (*Idem*, pp. 158-159).

fenomênica a provocar um conflito.

Dizem Bodo Pieroth e Bernhard Schlink:

“Verifica-se uma ingerência, um limite, uma limitação ou restrição, uma afectação, uma redução ou uma delimitação por parte do Estado, sempre que o particular é por este impedido de ter uma conduta abrangida pelo âmbito de protecção de um direito fundamental. A ingerência pode ocorrer ‘individualmente’ (acto administrativo, sentença judicial) ou ‘em geral’ (lei, regulamento jurídico, regulamento autónomo). Também pode ser simplesmente proporcionada por uma lei; se a lei autoriza, por exemplo, a Administração a impedir ao particular esta ou aquela conduta, a própria lei já decide que ingerências podem afectar o particular, embora as não realize ainda”.²¹

Pois, novamente com eles, isto não afeta a precedência de um âmbito de protecção devidamente circunscrito:

“(...) ‘nenhuma presunção’ constitui argumento a favor do ‘alargamento’ dos âmbitos de protecção, como em parte se afirma (*‘in dubio pro libertate’*). Também nenhuma presunção vem a favor do seu ‘estreitamento’ Os âmbitos de protecção de cada um dos diferentes direitos fundamentais têm de ser simplesmente determinados de maneira correcta com os meios jurídicos normais de interpretação, a partir do seu texto, da sua história, da sua gênese e da sua posição sistemática (...) Também o conceito de ingerência não pode ser determinado a partir de quaisquer presunções, mas sim a partir da função e do conceito de direitos fundamentais”.²²

Os suportes fáticos (estrutos) de direitos diversos encontram-se isolados em um plano abstrato. Mas na dinâmica das relações sociais eles encontram-se, conflitam-se, e a solução, por regras ou por princípios, precisa ser anunciada. Se o caso concreto implicar *restrição* ao direito de propriedade significará o próprio *sacrifício* deste direito. O *sacrifício de direitos* consiste na *autorização legislativa* para *diretamente* atingir, após uma ponderação concreta, os *direitos* previamente conformados no sistema e incorporados individualmente pelos administrados. Representa *restrições* a direitos fundamentais.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 65.

²² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, pp. 70-71.

A edificação de um prédio em conformidade com o Código Civil, com as leis estaduais sobre a proteção ambiental, leis municipais urbanísticas (zoneamento, coeficientes de aproveitamento do solo, altura e recuos de edificação), leis de proteção ao patrimônio histórico, representa o agir sob um complexo normativo que define o suporte fático jurídico da propriedade. Normas que especificamente cuidam das relações privadas – tal como no Código Civil dispõe-se sobre suas formas de aquisição e disposição, e seus atributos nas relações entre particulares – conjuntamente com as limitações administrativas – intervenções estatais constitucionalmente fundamentadas – definem o suporte fático jurídico da propriedade, denotam o *direito de propriedade*. Isto não impede, porém, que diante do que legitimamente reconhece-se por direito de propriedade não existam razões de uma dimensão coletiva com respaldo no ordenamento jurídico que justifiquem a afetação do próprio direito de propriedade – não mais em definição do seu perfil, mas sim para *avançar* sobre o próprio direito de propriedade. São exemplos a desapropriação, requisição, servidão administrativa e o tombamento. São os *sacrifícios de direito*.

Se as limitações administrativas são as intervenções estatais constitucionalmente fundamentadas que compõem a *conformação* do direito de propriedade, a definição *a priori* do seu suporte fático, se as limitações administrativas contribuem para traçar o significado jurídico da propriedade, qual a sua realidade jurídico-positiva, de outro lado é possível que após sua definição, identificado o *direito de propriedade*, ele seja *sacrificado* porque, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello, a ordem jurídica confere ao Estado a possibilidade “(...) de investir diretamente contra o direito de terceiros, ‘sacrificando’ certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial”.²³

Situação diferente seria se o *direito de propriedade* fosse igualmente atingido, mas não por uma norma que franqueasse o acesso *diretamente*, e sim por um ato *ilícito*, como é o caso do apossamento de área particular pelo Estado sem a justa e prévia indenização (desapropriação indireta), pois diante do *ilícito* ocorre uma *violação de direito*, o que enseja a *responsabilidade do Estado*.

A relevância prática da separação destas categorias – *conformação (e nela se*

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 1002.

encontram as limitações administrativas), sacrifício (resultante de restrições externas por um conflito de direitos) e violação (o que pressupõe um ilícito) – é fundamental na medida em que apenas o sacrifício e a violação legitimam a indenização ao cidadão, e ainda assim o sacrifício autoriza apenas a indenização pelos danos emergentes, enquanto a violação deve acolher os lucros cessantes.

Ou dito de outro modo: as *limitações administrativas à propriedade*, por simplesmente integrarem a *conformação* do direito enquanto intervenções estatais constitucionalmente fundamentadas, não geram qualquer direito à indenização, ao contrário do *sacrifício* de direito que consiste na ação autorizada ao Estado, diante da ponderação de um caso concreto, para *diretamente* combalir o próprio *direito* de propriedade, ou da *violação* do direito que caracteriza a *responsabilidade patrimonial do Estado* em razão do perecimento, total ou parcial, do próprio direito por ocorrência de um ilícito.

Mas ainda é preciso esclarecer a dimensão da indenização possível nos casos de sacrifício de direito. Afirmo que apenas os danos emergentes são passíveis de indenização, e não os lucros cessantes, porque o *sacrifício* pressupõe um *ato lícito* que *diretamente* afete o direito de propriedade, é dizer, é o próprio sistema jurídico que permite que assim ocorra em razão do interesse público definido por normas constitucionais e infraconstitucionais e ponderado em um caso concreto. Por isto, a indenização deve dar-se na medida prescrita pelo próprio sistema, o que se leva a perceber que apenas os danos que eclodem por conta do gravame, da *restrição* em si, isto é, apenas os danos emergentes são devidos. Não se fala em lucros cessantes porque estes se associam à ideia de indenizar o que razoavelmente deixa-se de lucrar, o que pressupõe, para tão extenso alcance, uma *violação* de direito, a *responsabilidade patrimonial* do Estado.

Quando se define, na doutrina civilista, os lucros cessantes como “(...) o que razoavelmente deixou de lucrar (...)”,²⁴ pretende-se configurar esta espécie de perdas e danos prevista no art. 389 do Código Civil como o quanto o sujeito deixa de auferir em virtude de determinado ato ou fato ilícito. Só há sentido lógico-jurídico nesta expressão das perdas e danos, os chamados *lucros cessantes*, se a associarmos à *violação* de direito,

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, p. 311.

não ao *sacrifício* de direito. Se o lucro cessante é “(...) a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado”,²⁵ esta categoria jurídica só se perfila com a ideia de violação de direito porque só esta implica frustração na medida em que o sacrifício é algo lúdimo e esperado na ordem jurídica.

Se o sistema jurídico constitucional reconhece, por exemplo, o instituto da desapropriação como possibilidade de o direito de propriedade ser sacrificado, então apenas a diminuição patrimonial, ou seja, apenas os *danos emergentes* devem ser ressarcidos,²⁶ e não os *lucros cessantes* porque não há frustração de lucro esperado enquanto os sacrifícios são admitidos como possibilidades recorrentes e de modo algum indesejáveis – ao contrário das violações de direitos.

Definido o direito de propriedade, reconhecida a legitimidade das limitações administrativas (intervenções estatais constitucionalmente fundamentadas) que compõem com o âmbito de proteção a plena conformação jurídica da propriedade, é dizer, o seu suporte fático (estrito) jurídico, eventual circunstância concreta que identifique a prevalência de um direito contraposto implicará, a despeito desta prevalência, indenização ao proprietário em razão do sacrifício do direito de propriedade. Considere-se como exemplo uma licença de funcionamento legitimamente outorgada, mas em razão de um interesse público superveniente devidamente circunstanciado, tal como seria a imperiosa necessidade concreta de mudança do zoneamento da cidade, a conclusão, depois da ponderação dos direitos em conflito, pela possibilidade de restrição ao direito de propriedade, o seu sacrifício. Será possível, é certo, mas diante da prévia e justa indenização em dinheiro dos danos emergentes.

As limitações administrativas à propriedade explicam o que se deve *a priori* entender por propriedade no sistema jurídico – pois completam seu suporte fático jurídico –, e admitem, após a definição do próprio *direito de propriedade*, as eventuais *restrições* que geram ao proprietário o direito de indenização.

REFERÊNCIAS

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, p. 375.

²⁶ O que compreende, sem dúvida, os juros moratórios.

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editores, 1966. 2 Volumes.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. por Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

COULANGES, Fustel. *A Cidade antiga*. Trad. por Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil. Direito fundamental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo Civil*. Trad. por Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. por Antônio Francisco de Sousa e António Franco. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. Tomo I.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

