SERVIDÕES ADMINISTRATIVAS

EVARISTO SILVEIRA JUNIOR
Advogado em São Paulo

SUMÁRIO: *A propriedade privada e o interêsse social — Natureza das servidões públicas — Constituição e extinção das servidões — Conclusão.*

I

1. Os institutos jurídicos como partes integrantes da Sistemática do Direito, vão sofrendo, através das épocas, as diferenças específicas e configuradoras dos vários regimes político-sociais, cujas Constituições delineando-lhes o arcabouço, vão invocando o seu contrôle, ora atrofiando-lhes o poder, ora ampliando-lhes as prerrogativas.

2. Ultrapassada a época liberalista — iniciada pelo advento da discutida Revolução Francesa — em que o social foi sempre visto através do individual, passou-se, com o surgimento do século XX, a inverter os elementos do critério oitocentista: as garantias individuais passaram a ser asseguradas pelo Estado em função das exigências sociais e, para a manutenção da nova concepção política necessário se tornou que os governos, por intermédio de seu "jus imperii" enfraquecido ou menos exercido nas décadas precedentes pelo "État Gendarme", fôssem aglutinando, sob a égide das respectivas Leis Maiores, os diversos institutos jurídicos de importância decisiva.

3. Nessas condições, o rápido desenvolvimento dos vários ramos do Direito Público foi ressaltando a função básica e transcendente das Cartas Magnas, como delineadoras do perfil político-jurídico dos Estados e estruturadoras dos regimes político-sociais.

4. Assim, o instituto da propriedade — de capital importância na formação das teorias ventiladas nos dois últimos séculos — tem sido objeto de exaustiva preocupação por parte de legisladores e juristas que procuram ajustá-lo dentro de períodos determinados, quer amoldando-o à feição social do ambiente em que vigem, quer emprestando-lhe o caráter evolucionista, como responsável pela transformação de tôda uma concepção teórico-prática de regimes político-administrativos.

5. Os doutrinadores, então — naquela quase fatal sucessão de correntes extremadas que entre si, se digladiam ao longo do curso histórico, constantemente eivadas de exageros desastrosos — foram vendo na figura da propriedade, uns, a causa dos grandes males sociais, outros, "o próprio roubo", na expressão demagógica de Poudhon, alguns, a pedra basilar das garantias individuais, ou, ainda, o ponto de toque e conciliação entre os interêsses do Estado e os do particular, considerado êsse como entidade individual protegida dentro das premências da coletividade.

6. De qualquer modo, no entanto, é de convir-se que a propriedade privada, sofrendo considerável restrição no seu uso e gôzo, passou a subordinar-se, principalmente após o limiar dêste século, aos interêsses sociais, objetivando a consecução do bem comum, não mais podendo ser considerada como pretendiam os responsáveis pelas correntes individualistas, como centro de disponibilidade absoluta por parte de seu titular.

7. Pôsto isso, poderemos melhor compreender a figura jurídica das servidões administrativas, as quais vão co-estruturando, em suas consecutivas efetivações práticas. os modernos regimes políticos, na conformidade dos limites que impõem ao exercício do direito de propriedade.

II

8. As servidões administrativas também chamadas servidões públicas ou servidões de Direito Público em muito se assemelham às suas congêneres do Direito Civil. porquanto constituindo ambas um "jus in re aliena", vêm, tanto umas como outras, afetar a "plena in re potestas". São sempre concebidas, portanto, como um poder jurídico sôbre a coisa, donde seu caráter essencialmente real.

9. No entanto, por outro lado, no que se refere ao fim e ao sujeito, afastam-se as duas instituições paralelas. De fato, enquanto as servidões de caráter privado esgotam-se numa relação jurídica entre particulares, visando ao interêsse privado de um dêles pelo gravame, a seu favor, do domínio do outro, as servidões do serviço público, só encontram sua justificativa na necessidade de caráter eminentemente coletivo que move o estabelecimento de tal ônus restritivo sôbre a propriedade particular. No entanto, êsse caráter limitativo das servidões públicas reduzindo por parte do Estado — sujeito ativo e detentor do "jus coendi" — a disponibilidade do uso e gôzo da coisa pelo seu dono, não deve ser suficiente para que sejam elas, em boa doutrina, confundidas com as meras restrições impostas ao uso da propriedade pela Administração em benefício do bem comum. Tais limitações são exercidas pelo poder de polícia mantido pelo Estado em sua função controladora, não possuindo, ao contrário das servidões administrativas, o caráter de direito real. Não obstante essa diferença, a nosso ver necessária, algumas legislações têm dado às servidões administrativas um conceito suficientemente amplo para abranger, em seu bôjo, as referidas restrições, afastando-se, assim, do critério técnico-jurídico, indispensável à caracterização da disciplina (vide Josselin, "Traité des Servitudes", págs. 12 e segs.).

10. Dessa vez, infelizmente, não podemos encontrar no gênio dos franceses o senso exato da medida que lhes é peculiar na definição dos conceitos jurídicos. É o próprio André de Laubadère quando, ensinando sôbre "lé régime de la dominialité publique", que observa: "Il convenient d'abbord de souligner que l'on donne frèquement em Droit Administratif ce non de "servitude" à de simples *limitations du droit de propriété privé* imposées en dehors même du voisinage du domaine public. L'expression "servitude" n'a alors aucunement son sens technique propre. C'est par example le cas de diverses servitudes "non aedificandi", esthetique, hygieniques que l'administration peut imposer, dans le cadre de la legislation de l'urbanisme, aux immeubles privés. qu'il soient voisins ou éloignés des voies publiques."

11. A servidão pública vem a ser, na expressão de R. Bielsa, "un derecho público real, constituído, por una entidad pública (Estado, provincia e comuna) sôbre un inmueble de dominio privado, con el objeto de que este inmueble, sirva al uso público, como una extensión o dependencia del dominio público." Tal definição do professor argentino parece-nos perfeita em seus têrmos, configurando suficientemente as servidões vertentes em seus característicos definidores. Realmente, parece destacarem-se nela, todos os elementos necessários ao delineamento do Direito público em exame: 1) seu caráter real, estabelecendo uma relação jurídica coativa entre a Administração, quando revestida de seu poder de império, e o particular como titular do domínio gravado; 2) o motivo específico de ordem essencialmente social, que autoriza a constituição da servidão ("con el objeto de que este inmueble sirva al uso público"), donde a justificação do "jus coendi", presente ao seu estabelecimento; 3) a afetação do imóvel onerado que passa, instituída a servidão, para o campo do domínio público ("como una extensión o dependencia del dominio público") sem, embora, ocorrer a transferência de seu domínio, o que implicaria na sua própria expropriação. No entanto, a propósito, êsse critério de distinção baseado na substituição do titular da propriedade, entre as servidões administrativas é a desapropriação, não é unânime entre os doutôres. Alicerçamo-nos ao aceitá-la, entre outros, em Guimarães Menegale, Alvarez Cendin e o próprio Bielsa, que vêem nela. o principal caráter de diferenciação entre os dois insti-

tutos. Para Seabra Fagundes, no entanto, concordando com os anglo-saxões, tal diferença é meramente extrínseca, porquanto o que importa, a seu ver, tanto na expropriação, como na servidão público é a transferência do direito e não a do domínio (vide Seabra Fagundes, "Da Desapropriação no Direito Brasileiro", ed. 1942, pág. 454). Tanto assim, que denomina êle as servidões "in casu" de expropriações parciais. Tal discussão, porém, apesar de importantíssima, não se coadunaria com o caráter pragmático do presente resumo.

12. Outro aspecto interessante no estudo das servidões administrativas é o referente à natureza patrimonial da coisa, sôbre a qual se instituem elas. Ainda é Bielsa que vem dirimir a dúvida, não obstante a discordância de Mayer: "La servidumbre de de derecho privado y asi también la servidumbre pública — cualquiera sea su naturaleza, predial o personal — presupone necessàriamente una cosa gravada. Trátase siempre de una cosa de propriedade privada, que puede pertencer, ya a particulares, ya al Estado (Nación, provincia o comuna), pero consideradas siempre estas entidades como personas jurídicas de derecho privado."

E continua:

"Asi, pues, una entidad administrativa puede constituir servidumbres sobre bienes de otra entidad análoga, pero estos serán bienes privados en todo caso, por lo que esta última entidad deberá obrar al constituirse la servidumbre como persona privada o realizar un acto de economia privada" ("in" "Derecho Administrativo", 3.ª ed, tomo III, págs. 386/7).

13. De fato, parece-nos bem exposta a solução alvitrada pelo mestre, porquanto, desde que o bem governamental não esteja afetado de domínio público, onde o impedimento de sua gravação que visa justamente ao atendimento dos interêsses da própria coletividade? É verdade que a servidão administrativa, segundo farta doutrina, não se institui sôbre a coisa de domínio público, mesmo quando é outra a entidade administrativa interessada e isso porque, a fim de garantir-se, sempre e a qualquer momento, os direitos da sociedade, só se admite o seu uso em caráter precário e nunca vinculada ao ônus de perpetuidade. No entanto, o que impede, no caso, a efetivação da servidão, vem a ser, isso sim, o fato de já estar o imóvel afetado de uso público, donde então, a inocuidade da aplicação no instituto pois "nemini res sua servit".

III

14. Desnecessário seria, nestas poucas linhas, levantarmos a questão do poder que teriam as concessionárias, de estabelecer servidões administrativas pois, acreditamos pacífico o assunto. Não é evidentemente o Estado, o único a quem incumbe o direito de estabelecer tais gravames.

15 Com efeito, pelo desenvolvimento célere das condições da vida moderna que deve regular, vai êle Estado, a fim de evitar-se o acometimento da verdadeira "surmenage", na expressão de Mainolesco, delegando a particulares ou a entidades paraestatais a prestação de serviços públicos, que lhe competiriam por natureza: outorgam-se, então, as concessões e criam-se corpos de administração própria, sub-rogados, tanto uns como outros, dos podêres privilegiados, originalmente pertencentes ao Estado, e indispensáveis à consecução dos fins a que se propuseram perante a Administração Pública. Assim pela mesma razão que se permite a expropriação por parte dos concessionários, deve-se admitir o seu poder de estabelecer servidões administrativas.

16. Aliás, o Direito pátrio a exemplo de outras legislações não deixa dúvidas a respeito, conforme se depreende do art. 151, "c", do Código de Águas (decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934), e do art. 40 da Lei das Desapropriações (decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941), ambos inspirados nos textos constitucionais.

IV

17. As Servidões Administrativas constituem-se, ora por determinação legal, ora por convenção, ou, ainda, através da acessão ou por intermédio da prescrição aquisitiva. Quando se trata de entidade delegada e não do próprio Estado como sujeito da

relação jurídica, é bastante comum o estabelecimento das servidões por via contratual. No entanto, na eventual relutância do particular, que poderá opor-se ao estabelecimento do ônus sôbre o imóvel de sua propriedade, haverá necessidade de autorização legislativa, seguida de ato administrativo, quando, então, só subsistirão dúvidas a respeito do quantum da indenização, e não mais sôbre o direito da ocupação da coisa. São as chamadas servidões forçadas, em que a Administração, quer direta, quer indiretamente, entra com as regalias do "status" de mando.

18. Os autores que incluem as Servidões Administrativas no instituto da desapropriação — sob a alegação de que ambas acarretam a transferência do direito sôbre a coisa, como querem Black Cooley, Fleiner, D'Alesio e Seabra Fagundes, entre outros — vêem nessa, uma das maneiras pela qual poderá ser constituída a Servidão Administrativa sôbre um determinado bem. Já nos pronunciamos, linhas atrás favoràvelmente à tese contrária apoiados em Bielsa, Gendin, Menegale e Eurico Sodré, pois, resulta-nos mais acertada, a distinção entre os dois institutos jurídicos baseados não na transferência de direito — que parece realmente ocorrer — mas sim na diversidade da natureza de ambas, no seu caráter mais intrinseco e essencial que é o da substituição do titular do domínio verificado na desapropriação, mas não na servidão, cujo sujeito detém o direito sôbre a coisa afetada, mas nunca o seu domínio, permanecendo êsse, sempre, com o proprietário suportador do gravame.

19. Aliás, nesse sentido, parece-nos que nem mesmo a indenização que, via de regra, acompanha a Servidão Administrativa, faz com que essa se identifique com a desapropriação. Como ensina Menegale "o indenizar-se aí não tem o efeito de preencher, como na expropriação, o vazio econômico determinado pela absorção do direito de propriedade; antes visa à reparação de prejuízo, que o uso público acarreta ao patrimônio individual. Tanto assim que não cabe indenização, não só quando o proprietário concede gratuitamente a servidão mas também quando não se dá o prejuízo ou quando o prejuízo não é computável pecuniàriamente" ("in" "Direito Administrativo e Ciência da Administração", 2.ª ed., pág. 137).

20. Daí a restrição rigorosa com que alguns autores vêem a indenização nas servidões a qual poderá redundar, quando estabelecida indevidamente, em locupletamento sem causa, para o particular, dono da coisa, e em detrimento da coletividade em cujo benefício foi constituído o uso público.

V

21. Aspecto particularmente interessante para as concessionárias de serviços públicos em seus contactos com suas congêneres é o abordado por Otto Mayer, "in" "Derecho Administrativo", edição uruguaia de 1951, tomo III, págs. 240 e segs.):

"Una sola y misma parcela de terreno puede servir a *dos empresas públicas diferentes;* cada una de estas empresas bastaria para hacer de ese terreno una cosa pública; y cada una de ellas existe fuera del punto en que se entrecruzan, como cosa pública distinta. Se estabelece entonces sobre la parcela en que se efectua el cruce, una especie de posesión en común. Pero como habrá siempre, para una de las empresas interesadas, una preponderancia que le da la condición de verdadeira dueña de la cosa pública, mientras que la otra sólo dispondrá de un uso restringido y subordinado, el conjunto se prestará bajo las formas exteriores de una servidumbre constituida en favor de esta última. Es una servidumbre que, evidentemente, pertenece a la esfera del derecho público. Para distinguirla de las otras servidumbres, públicas, se nos permitirá llamarla *servidumbre entre cosas públicas.*"

E continua pontificando o autor:

" A falta de consentimiento voluntario por parte del dueño de la cosa pública, los cambios y restricciones necesarios podrán imponérsele por decreto de la autoridad superior. Este acto hallará quizá su titulo formal en una ley que autorice de manera más o menos expresa: la legislación de ferrocarriles ofrece ejemplos. Por otra parte, el derecho de vigilancia, reservado al Estado sobre los concesionarios de ferrocarriles o de

calzadas, dará también una base; o bien el Estado se servirá para este fin de la tutela que le corresponde sobre la gestión de los cuerpos de administración propia. La Administración hasta se ha atribuido, en lo que atañe a los caminos públicos de los municipios y otros cuerpos de administración propia una especie de "dominium eminens", para disponer asi de ellos invocando su destino esencial para el interés público. Este derecho de supresión y de desprazamiento se ha desarrolado sobre todo en favor de las vias férreas a construirse. Pero se practica igualmente, sin duda, en favor de las fortificaciones. Reemplaza en forma muy útil a la expropriación, la cual se detiene, como sabemos, ante las cosas públicas."

22. Tais alegações, tão claras se apresentam, que bem poderão prescindir de comentários redundantes.

VI

23. As Servidões Administrativas poderão extinguir-se: a) pela perda da coisa gravada; b) pela transformação do imóvel que poderá, assim, não mais atender aos fins públicos; c) pela desafetação, o que deverá ser objeto de ato administrativo próprio determinado pelo desinterêsse ou impossibilidade da Administração na manutenção do ônus; d) pela incorporação do imóvel ao domínio público quando, então, como é óbvio, tornar-se-á desnecessária a servidão, porquanto, é lógico o axioma jurídico do "nemini res sua servit".