

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JAMILE AZAMBUJA MOROSZCZUK

*O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO FUNDAMENTO DA
RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO LÍCITO NO TOMBAMENTO –
BASES DOGMÁTICAS E JURISPRUDENCIAIS*

Porto Alegre

2012

JAMILE AZAMBUJA MOROSZCZUK

*O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE DO
ESTADO POR ATO LÍCITO NO TOMBAMENTO – BASES DOGMÁTICAS E
JURISPRUDENCIAIS*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva.

Porto Alegre

2012

Ao Professor Paulo de Tarso Dresch da Silveira,
porque a memória é uma forma de sermos eternos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao meu orientador, Professor Almiro do Couto e Silva, pelo exemplo de sabedoria jurídica, vivacidade, perseverança e dedicação ao Direito.

Igualmente agradeço ao Professor Itiberê Rodrigues, meu “co-orientador” que me auxiliou de forma inestimável, ora oficial, ora extra-oficialmente, na organização do plano, bem como na obtenção de subsídios doutrinários e jurisprudenciais imprescindíveis para a redação da presente dissertação.

A Stéfano Drimon Kurz Mór, que me deu forças para sempre seguir em frente e que praticamente me carregou quando eu não consegui mais caminhar sozinha.

À minha chefe, Tatyanna Barbosa Santos Kirchheim, pelo companheirismo, compreensão e estímulo necessários para que eu pudesse coletar o material e escrever este trabalho.

À minha família, pelo apoio incondicional e por ter suportado meus momentos de inquietação.

E, por fim, agradeço o auxílio e atenção prestados por todos da Secretaria de Pós-Graduação em Direito, representados na amável pessoa de Denise Dias de Souza.

“Toda desigualdade em uma democracia deve ser originada da natureza da democracia e do próprio princípio da igualdade.” (MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003, Trad. Jean Melville, p. 60)

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu diversas formas de atuação estatal para proteger o patrimônio cultural. Uma delas é o tombamento, que é ato administrativo que reconhece valor cultural de bens que, assim, passam a ser preservados, através do registro em um dos livros do Tombo. Embora seja uma forma de limitar a propriedade privada, não há uniformidade na doutrina e jurisprudência acerca da natureza jurídica e efeitos desse ato lícito, principalmente porque este é comparado à desapropriação.

Por outro lado, em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros é estudada a responsabilidade do Estado por atos lícitos, o que pode auxiliar na compreensão do fenômeno no Brasil. No presente trabalho foram eleitas teorias da Alemanha (Teoria do Sacrifício Especial), França (Teoria da Igualdade Perante os Encargos Públicos) e Itália (Teoria do Sacrifício de Direitos), em especial em razão da similitude entre esses ordenamentos estrangeiros e o brasileiro.

Nas teorias acima expostas é empregado o princípio da igualdade, razão pela qual o objetivo do presente trabalho é estudo da influência desse princípio na responsabilização do Estado quando há tombamento de bens privados, no contexto brasileiro. Esse objetivo é alcançado com a leitura conjunta do artigo 37, §6º, e artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que preveem, respectivamente, a responsabilidade do Estado e o princípio da igualdade, encarado neste trabalho, em particular, no seu aspecto material.

Palavras-chave: Responsabilidade do Estado. Tombamento. Igualdade.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 has established different forms of state actions to protect the cultural heritage. One of them is the *tombamento*, which is an administrative act that recognizes the cultural value of assets that, therefore, become preserved through the register in one of the books of Tombo. Even though it is a way of limiting particular property, there is no consistency in doctrine and jurisprudence on the legal nature and effects of this act, mainly because it is compared to expropriation.

In contrast, some foreign legal systems study the state strict liability on lawful acts, which can aid the understanding of this phenomenon in Brazil. In this work, theories from Germany (Theory of Special Sacrifice), France (Theory of Equality Under Public Duties) and Italy (Theory of Sacrifice of Rights) were chosen specially because of the similitude between these legal systems and the Brazilian one.

The principle of equality is used in these earlier cited theories, and, therefore, the object of this work is to study the influence of this principle on the state strict liability when there is a *tombamento* of private assets, in the context of the Brazilian legal system. It is possible to reach this goal reading the article 37, §6º in conjunction with the article 5º, *caput*, of the Constitution. These articles establish, respectively, the state liability and the principle of equality. Particularly in this work, this principle is focused on its material aspect.

Keywords: State strict liability. *Tombamento*. Equality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

abr.	Abril
ago.	Agosto
Art.	Artigo
atual.	Atualizada
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CC	Corte Costituzionale
C.E.	Conseil d'État
CI	Constituição Imperial
CF	Constituição Federal
corr.	Corrigida
dez.	Dezembro
DF	Distrito Federal
DJ	Diário de Justiça
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DSchPflG	Denkmalschutzgesetz Rheinland-Pfalz
Ed.	Editor
ed.	Edição
éd.	Édition
GG	Grundgesetz
jan.	Janeiro
jul.	Julho
jun.	Junho

mar.	Março
may.	Mayo
MG	Minas Gerais
nº/n.	Número
nov.	Novembro
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (citação de obra já mencionada)
Org.	Organizador
out.	Outubro
p.	Página
par.	Parágrafo
rev.	Revisada
RJ	Rio de Janeiro
RR	Roraima
set.	Setembro
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
t.	Tomo
tir.	Tiragem
TCF	Tribunal Constitucional Federal Alemão
Trad.	Tradutor
v.	Volume
VGH	Verfassungsgerichtshof
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
§	Parágrafo

SUMÁRIO

<i>INTRODUÇÃO</i>	p. 15
<i>I) REGIME JURÍDICO DO TOMBAMENTO</i>	p. 23
<i>1. Intervenções do Estado na Propriedade Privada: Artigo 216, Parágrafo Primeiro, da Constituição Federal</i>	p. 23
<i>2. Tombamento</i>	p. 31
<i>a) Conceito e Objeto do Tombamento</i>	p. 32
<i>b) Efeitos do Tombamento</i>	p. 34
<i>b.1) Deveres do Poder Público</i>	p. 35
<i>b.2) Deveres do Proprietário</i>	p. 36
<i>c) Natureza Jurídica do Tombamento</i>	p. 37
<i>c.1) Limitação Administrativa</i>	p. 37
<i>c.2) Servidão Administrativa</i>	p. 40
<i>c.3) Índole Autônoma</i>	p. 43
<i>d) Indenização</i>	p. 43
<i>II) TEORIAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO LÍCITO NO DIREITO COMPARADO</i>	p. 46

<i>1. Alemanha: a Teoria do Sacrifício Especial</i>	p. 46
<i>a) Evolução da Matéria no Século XIX até a Constituição de Weimar</i>	p. 47
<i>b) Jurisprudência do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha</i>	p. 51
<i>b.1) Desapropriação Clássica</i>	p. 52
<i>b.2) Desapropriação Obrigada à Indenização</i>	p. 53
<i>b.3) Intervenção Igual à Desapropriação</i>	p. 55
<i>b.4) Intervenção Desapropriadora</i>	p. 56
<i>c) Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal: Resolução de Abolição de Saibro</i>	p. 57
<i>d) Jurisprudência do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha Após a Resolução de Abolição de Saibro pelo Tribunal Constitucional Federal</i>	p. 59
<i>e) Visão Atual sobre a Matéria</i>	p. 60
<i>e.1) Desapropriação</i>	p. 60
<i>e.2) Determinação de Conteúdo Obrigada à Compensação</i>	p. 61
<i>e.3) Intervenção Igual à Desapropriação</i>	p. 62
<i>e.4) Intervenção Desapropriadora</i>	p. 64
<i>f) Caso Específico: BVerfGE 100, 226</i>	p. 66

2. França: a Igualdade Perante os Encargos Públicos	p. 68
a) Visão Inicial: a Responsabilidade sem Culpa	p. 69
b) Teoria do Risco	p. 71
c) Igualdade Perante os Encargos Públicos	p. 74
c.1) Evolução Histórica	p. 76
c.2) Valor Jurídico do Princípio da Igualdade Perante os Encargos Públicos	p. 77
c.3) Conteúdo dos Encargos Públicos	p. 79
c.4) Conteúdo da Igualdade	p. 81
c.5) Âmbito de Aplicação do Princípio da Igualdade Perante os Encargos Públicos como Fundamento para a Responsabilidade Sem Culpa	p. 83
d) Caso Específico: C.E., N° 79367 90410, 20 Janvier 1989	p. 88
3. Itália: a Teoria do Sacrifício de Direitos	p. 99
a) Responsabilidade do Estado em Face da Licidade de seus Atos	p. 90
b) Sacrifício de Direitos	p. 92
b.1) Sacrifício de Direitos como Fundamento da Responsabilidade do Estado: Noção de Sacrifício de Direitos	p. 96
b.2) Compensação dos Danos	p. 100

b.3) Condições para a Indenização	p. 102
c) Caso Específico: CC, Sentença 179/1999	p. 103
 <i>III) PROPOSTA DE UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DO DEVER DE INDENIZAR COM BASE NO PRINCÍPIO DA IGUALDADE</i>	
p. 111	
1. Artigo 37, Parágrafo Sexto, da Constituição Federal	p. 111
2. Elementos da Responsabilidade do Estado	p. 118
a) Ato ou Omissão Estatal	p. 118
b) Dano	p. 121
c) Nexo de Causalidade	p. 128
d) Inexistência de Excludentes de Responsabilidade	p. 133
3. Artigo 5º, <i>caput</i> , da Constituição Federal	p. 136
a) Noções Gerais	p. 136
b) Âmbito Constitucional	p. 144
c) Princípio da Igualdade: Histórico no Direito Brasileiro	p. 147
d) Igualdade Formal e Igualdade Material	p. 149
e) O Papel da Desigualdade Material: a Visão Tripartida do Princípio da Igualdade	p. 153

e.1) Igualdade e a Proibição do Tratamento Arbitrário	p. 160
e.2) Igualdade Perante os Encargos Públicos	p. 163
e.2.1) Dano Especial	p. 164
e.2.2) Dano Anormal	p. 174
e.2.3) Influência na Responsabilidade do Estado	p. 176
e.3) Igualdade de Oportunidades	p. 178
f) O princípio da Igualdade e o Tombamento	p. 183
<i>CONCLUSÃO</i>	p. 191
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	p. 205
<i>DECISÕES JUDICIAIS CITADAS</i>	p. 218
<i>LEGISLAÇÃO CITADA</i>	p. 220

INTRODUÇÃO

O interesse na proteção do meio ambiente cultural é crescente em diversas coletividades¹, pois isto se relaciona “à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira”². A partir do resguardo atual das coisas culturais, poderão as gerações futuras conhecê-las e, em decorrência, poderão melhor compreender a si mesmas³. Desta maneira, “constrói-se a identidade, valoriza-se a ação e assegura-se a memória da vida humana que existe em determinado território”⁴.

No entanto, nem todos os bens devem ser preservados, visto que isto significaria a cristalização da sociedade⁵. Verdadeiramente, o que deve ser acastelado são aqueles bens cuja mutilação, alteração ou destruição possa “significar o desaparecimento da representatividade da manifestação cultural ou o desequilíbrio ambiental”⁶, o que permite a conclusão de que “os bens protegidos são únicos, e seu valor material e jurídico já não se conta só pela utilidade ao proprietário, mas pela evocação ou equilíbrio que garantem”⁷. Àqueles bens que preservam a memória de uma cultura⁸, portanto, é atribuído um interesse público de que estes se perpetuem através das gerações⁹, para que não desapareça a recordação da cultura. É nesta esteira que a relevância da conservação dos mencionados bens é explicitada:

1 GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 41.

2 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 918.

3 GUIMARÃENS, Maria Etelvina Bergamaschi. Bens de interesse histórico-cultural: instrumentos jurídicos de proteção e o Código Estadual do Meio Ambiente. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, n.15, p. 117-121, dez. 2001, p. 117.

4 “[C]ultura é sobretudo valor”, de acordo com REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 80.

5 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. ampl. atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 21.

6 *Ibidem*, p. 22.

7 *Ibidem*, p. 22.

8 Conforme Paulo Affonso Leme Machado, “Dentre as diversas concepções de cultura, queremos trazer, pelo menos, duas dessas acepções: a) complexo de atividades, instituições, padrões sociais ligados à criação e difusão das belas-artes, ciências humanas e afins”; e b) “o processo ou estado de desenvolvimento social de um grupo, um povo, uma Nação, que resulta no aprimoramento de seus valores, instituições, criações”.”, em MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 916.

9 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Op. cit.*, p. 22.

Como item que mais solidariamente representa a memória de um povo, em todas as suas instâncias, os bens culturais têm um valor que extrapola o quesito histórico. É uma questão de identidade, e, por isso, a importância da resposta administrativa que o Estado confere ao modelo orgânico que deve concretizar a identificação, catalogação, classificação e estabelecer os critérios de preservação do patrimônio cultural e sua inserção [...].¹⁰

O patrimônio cultural¹¹ é o conjunto destes bens culturais, conforme o *caput* do artigo 216 da Constituição Federal: “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”.

A Constituição Federal, em seu artigo 216, §1º, estabelece como dever do Estado, em colaboração com a comunidade, de proteger o patrimônio cultural¹², e enumera alguns instrumentos para obter este fim: inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, além de outras formas de acautelamento e preservação. Essas interferências podem ocorrer em bens públicos ou privados, já que a Constituição não as diferencia em seu texto.

O presente trabalho estará centrado na figura do tombamento. Porém, em primeiro lugar, será necessário examinar a diferença entre esta e os demais institutos referidos no dispositivo constitucional acima aludido, para fins de compreender as diversas possibilidades de interferência do Estado sobre a propriedade privada, de acordo com a sua intensidade.

10 CARVALHO, Ana Luísa Soares de. Quem é o Estado na proteção do patrimônio cultural – O caso de Porto Alegre. In PRESTES, Vanêsa Buzelato (Org.). *Temas de Direito Urbano-Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 146.

11 Explica José Casalta Nabais a preferência pelo termo “patrimônio cultural”: “quer o legislador, tanto o constitucional como o ordinário, quer a generalidade da doutrina utilizam a expressão patrimônio cultural, visando assim abarcar todo o patrimônio cultural que um entendimento aberto e em permanente expansão comporte, e não apenas os segmentos do patrimônio histórico e artístico, que tradicionalmente se pensava esgotarem o domínio de todo o patrimônio cultural”, em NABAIS, José Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17.

12 Tânia Maria dos Santos acrescenta que “o direito à cultura é um direito fundamental, em conexão com o direito da personalidade, o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana”, em SANTOS, Tânia Maria dos. *O direito à cultura na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 95.

Além disso, há divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do tombamento: se de índole de limitação administrativa¹³, servidão administrativa¹⁴ ou autônoma¹⁵. Com base na classificação, os autores determinam a possibilidade de indenizar ou não um particular, em virtude de um tombamento. Tais abordagens, contudo, são insuficientes, visto que, por vezes, são efetuadas sem a observância das inúmeras possibilidades de intervenção estatal na propriedade privada, atribuindo-a como gratuita antes de examinar em quais graus o direito do particular foi atingido. Por estes motivos, a questão merece abordagem diversa daquela que vem sendo majoritariamente focado na doutrina:

A indenizabilidade de imóveis sujeitos a restrições legais administrativas, com limitações de seu uso e gozo pelo proprietário, tem sido examinada pela doutrina e jurisprudência segundo uma perspectiva equivocada, resultando daí, talvez, as dificuldades e contradições que acabam por envolvê-la.

É que, geralmente, nossos autores e jurisprudência cuidam de examiná-la no contexto das ações de desapropriação, quando é certo que a matéria se insere no âmbito mais amplo da responsabilidade civil da Administração Pública.

A razão é simples: o conteúdo das restrições, reservas ou limitações - ainda que ditadas estas em nome dos interesses da coletividade - não representa, necessariamente, um direito sobre um bem que passe a integrar o patrimônio público; e, quando isto não acontece, o prejuízo sofrido pelo proprietário cujo imóvel foi gravado com as restrições encontra sua *causa* na obra ou melhoramento público implantado, pois é sua execução que determina a limitação edilícia em terrenos confinantes.

Desse modo, a indenização, quando devida, funda-se na responsabilidade objetiva do Estado pelo dano causado ao particular em razão de atividade lícita do Poder Público [...].¹⁶

A doutrina e jurisprudência entendem, em princípio, que há gratuidade do tombamento, em virtude da inexistência de previsão legal explícita para tal pagamento por parte do Estado:

Constata-se de uma simples leitura do Decreto-Lei 25/37 que o legislador não demonstrou qualquer preocupação em recompor eventuais perdas sofridas pelo proprietário do bem tombado, diferindo de algumas legislações alienígenas, que previram expressamente as consequências indenizatórias do ato de proteção, mesmo que para afastá-las expressamente. A ausência de dispositivo legal expresso

13 Conforme, por exemplo, CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 140-141.

14 Nos termos expostos, por exemplo, por GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 62.

15 É o entendimento de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 125.

16 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 434.

demonstra, a princípio, que não há uma vinculação necessária entre o instituto do tombamento e a indenizabilidade do proprietário do bem protegido.¹⁷

A igual conclusão se alcança pela inexistência de desapropriação nos casos de tombamento lícito:

[O tombamento] Consiste em uma intervenção administrativa da propriedade, destinada a proteger o patrimônio histórico e artístico nacional, pela qual os poderes inerentes ao seu titular ficam parcialmente elididos, uma vez que poderá usar e gozar do bem, mas não alterá-lo, para não desfigurar o valor que se quer nele resguardar, além de ficar constituído no dever de mantê-lo em boa conservação. Tudo isto se o Poder Público não entender conveniente despojar, de vez, o *dominus* da senhoria sobre a coisa, desapropriando-a e adquirindo-a para si.¹⁸

No entanto, uma vez visualizado o dano, é de se perquirir acerca da responsabilidade do Estado, tendo em vista que, do ato do tombamento, pode advir um prejuízo que pode não atingir toda a propriedade¹⁹, consubstanciando-se em um *sacrifício* especial e anormal, de forma desigual em relação aos demais proprietários particulares, como, por exemplo, em uma diminuição do valor econômico do bem (em razão de limitação do direito de construir e da imposição de conservação): “A questão essencial [...] é a de ver o princípio da igualdade; quer-se evitar a discriminação entre as pessoas, exigindo mais de umas que de outras. Em múltiplos casos, será evidente o tratamento desigualado e, portanto, a presença de sacrifício”²⁰.

De acordo com Almiro do Couto e Silva, a responsabilidade extracontratual do Estado decorre de dano causado:

- a) - com violação culposa de dever jurídico que não tenha origem em negócio jurídico;
- b) - por atividade exercida com risco;
- c) - por atividade lícita do Estado, a qual, apesar de não ser perigosa, produz inconvenientes, desvantagens ou prejuízos a determinados particulares, acima dos padrões normais, tolerados nas relações sociais.²¹

17 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro – Doutrina – Jurisprudência – Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 147.

18 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 876. Grifos no Original.

19 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 874.

20 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 91.

21 COUTO E SILVA, Almiro. A responsabilidade do Estado no quadro dos problemas jurídicos resultante do planejamento. *Anais do Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*, 3, 1981, Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado e Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, 1981, p. 18.

Será esta última forma de responsabilidade do Estado (por atos lícitos) enfocada para investigar a questão concernente à indenização nos casos de tombamento de bens culturais particulares, já que atos de preservação são lícitos. Isso sobretudo porque os atos ilícitos, tais como a desapropriação indireta ou decorrente de desvio de finalidade, por exemplo, não suscitam maiores dúvidas acerca de sua indenizabilidade.

Com a finalidade de que seja possível compreender a responsabilidade do Estado por danos decorrentes de atos lícitos, serão examinadas no presente trabalho três teorias pertencentes ao direito comparado: a teoria do Sacrifício Especial (presente na Alemanha), a teoria da Igualdade Perante os Encargos Públicos (analisada na França) e a teoria do Sacrifício de Direitos (desenvolvida na Itália). A opção pelos três ensinamentos indicados justifica-se em virtude da sua influência no ordenamento jurídico brasileiro: a doutrina pátria majoritária, ao analisar os fundamentos para a responsabilização do Estado por atos lícitos, baseia-se em pelo menos uma dessas teorias. Essa influência também repercute na jurisprudência, como será exposto ao longo do presente trabalho.

Essa responsabilidade do Estado por atos lícitos, como foi acima mencionado, foi desenvolvida no direito comparado, com destaque para os ordenamentos jurídicos a serem analisados no presente trabalho. No direito brasileiro, ao reverso, não há previsão explícita nesse sentido, sendo de se destacar que o artigo 37, §6º, da Constituição Federal é tradicionalmente empregado no caso de responsabilidade por atos ou omissões ilícitas (ou que ao menos são presumidas como ilícitas), o que inclui a desapropriação indireta (e, pois, exclui o tombamento regular), conforme explica Marçal Justen Filho:

Portanto, a expressão “responsabilidade civil do Estado”, utilizada neste artigo, indica a responsabilidade subordinada ao regime jurídico específico de direito público e ao art. 37, §6º, da Constituição.

[...] Portanto, o campo próprio da responsabilidade civil extracontratual do Estado abrange apenas os efeitos danosos de ações e omissões imputáveis a pessoas jurídicas de direito público (ou particulares prestadores de serviços públicos) relativas a condutas que configurem infração a um dever jurídico de origem não contratual.²²

22 JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 229.

O mencionado doutrinador afirma ainda que, na responsabilidade do Estado, há uma objetivação da culpa²³ (de modo que algum elemento ilícito ainda se verifica) e há um dever de diligência²⁴ (que, pois, se descumprido, caracteriza ato ilícito).

O presente estudo analisará a possibilidade de aplicação de tal previsão constitucional (a saber, artigo 37, §6º, da Constituição Federal) à responsabilidade por atos lícitos, em virtude do princípio da igualdade (também previsto constitucionalmente, no artigo 5º, *caput*), que é largamente empregado nas teorias estrangeiras acima expostas, como indica, inclusive, o nome da teoria francesa da Igualdade Perante os Encargos Públicos. O presente trabalho também investigará se isso vem sendo aplicado na esfera doutrinária e jurisprudencial no Brasil.

Como o enfoque da doutrina estrangeira é, nesses casos, o princípio da igualdade, este também deverá ser analisado, sobretudo por já estar constitucionalmente previsto (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal). Além disso, esse é um princípio largamente estudado, dada a sua relevância jurídica e política, em especial por estar tradicionalmente identificado com a ideia de justiça²⁵, como explicado por Aristóteles: “há quem considere que a justiça consiste na igualdade. Assim o é, com efeito, mas não para todos e apenas para os que são iguais. Outros consideram que é justa a desigualdade; e na verdade assim é, mas unicamente para aqueles que são desiguais e não para todos”²⁶.

Será, ainda, analisada a diferenciação clássica entre a igualdade formal e a igualdade material, que vem suscitando discussões sobre qual é a influência do princípio mencionado no ordenamento jurídico pátrio.

Logo, o objeto do presente trabalho é o estudo da influência do princípio da igualdade na configuração de um dever de indenizar, em face da responsabilidade do Estado por ato lícito, nos casos de proteção de bens culturais particulares na forma do tombamento. A relevância desse estudo se justifica não apenas em virtude de que poucos doutrinadores se detêm a visualizar a matéria do tombamento sob essa ótica (responsabilidade do Estado), igualmente em razão de existir divergência (seja doutrinária, seja jurisprudencial) acerca da

23 JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 231.

24 *Ibidem*, p. 233.

25 PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 250. Neste mesmo sentido, GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra, Almedina, 2005, p. 07.

26 ARISTÓTELES. *Política*. Lisboa: Vega, 1998, Trad. António Campelo Amaral e Carlos Gomes, p. 217-219.

possibilidade de o Estado indenizar bens privados tombados, o que pode ocasionar situações de sacrifícios individuais que não serão compartilhados com o restante da coletividade, que também aproveita a preservação do patrimônio cultural.

A pesquisa germinou de ideia exposta pelo Professor Paulo de Tarso Dresch da Silveira, em sua aula da disciplina de Direito Administrativo, ministrada no Centro Universitário Ritter dos Reis, no dia 29 de junho de 2007, consubstanciada na conjectura de o Estado contribuir para a conservação de bens particulares tombados.

Para tanto, este trabalho será dividido em três grandes partes: (I) o regime jurídico do tombamento; (II) as teorias da responsabilidade do Estado por ato lícito; e (III) a leitura constitucional do dever de indenizar o particular com base no princípio da igualdade.

Na primeira parte, será efetuada a diferenciação entre as diversas formas de intervenção do Estado na propriedade privada com base no artigo 216, §1º, da Constituição Federal: inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, além de outras formas de acautelamento e preservação. Isso para que seja visto que, dentre estes, é no tombamento que se verifica a dúvida acerca da sua gratuidade ou indenizabilidade. Serão, igualmente, estudadas as características, efeitos e natureza jurídica do tombamento, para que se possa melhor compreender a razão da já mencionada divergência doutrinária e jurisprudencial.

No segundo capítulo, serão examinadas três teorias presentes no direito comparado, a saber: a Teoria do Sacrifício Especial, desenvolvida na Alemanha; a Teoria da Igualdade Perante os Encargos Públicos, presente na França; e a Teoria do Sacrifício de Direitos, estudada na Itália. Será vista a evolução de cada teoria, bem como a influência doutrinária e jurisprudencial do princípio da igualdade em cada um desses países citados, inclusive com a exposição de uma decisão judicial (que se relaciona à proteção do patrimônio cultural) prolatada por tribunais oriundos dos citados países. É de se ressaltar, ainda, que não existe o instituto específico do tombamento na Alemanha, França e Itália (já que o tombamento tem essa denominação em alusão à Torre do Tombo, em Portugal²⁷), razão pela qual a proteção ao patrimônio cultural é diferente em cada um dos contextos citados: na Alemanha são efetuados inventários e listas de proteção a monumentos, o que acarreta a proibição de alteração do bem

27 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 583, nota 82.

protegido, e traz consequências, inclusive, para os imóveis no entorno²⁸. No direito francês, há o arquivamento (“classement”), que se destina a preservar os imóveis de valor histórico e artístico, estando proibidas a conservação ou a restauração do bem sem autorização, consoante a Lei de 31 de dezembro de 1913; e há a inscrição no inventário suplementar de monumentos históricos (“inscription à l’inventaire”), que se presta a proteger bens que não justificam ainda um arquivamento, mas possuem relevância histórica ou artística²⁹. Por fim, no direito italiano, há um “procedimento de declaração” (“procedimento di dichiarazione”), conforme o artigo 169/I, “a” do Codice dei Beni Culturali³⁰. Fica proibida a demolição, a remoção, o desmembramento e a transferência dos bens³¹.

Na última parte, será visualizada uma proposta de leitura de um dever do Estado de indenizar o tombamento de bens privados com base no princípio da igualdade, que está constitucionalmente previsto, inclusive com amparo da norma que prevê a responsabilidade estatal (artigo 37, §6º, da Constituição Federal). Para tanto, será analisado o tratamento doutrinário e jurisprudencial do tópico. Posteriormente, com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal, serão expostos e estudados os elementos da responsabilidade do Estado: o ato ou omissão estatal; o dano; o nexo de causalidade; e a inexistência de excludentes de responsabilidade. Além disso, também será estudado o tratamento da igualdade no texto constitucional (inclusive o seu histórico), e diferenciadas a igualdade formal e a igualdade material. Por derradeiro, com base na compreensão das diversas dimensões do princípio da igualdade, será estudada a intensidade das intervenções do Estado na propriedade privada quando do tombamento de bens (e, portanto, quando é cabível uma indenização).

Ao final deste estudo, espera-se compreender em qual grau o princípio da igualdade se relaciona à responsabilidade do Estado e ao tombamento, sobretudo por esse ato, na sua essência, já pressupor que há diferenças entre bens culturais e bens não culturais: o elemento da memória. Todos esses aspectos, ainda, deverão ser visualizados tendo em mente que preservar o patrimônio cultural não necessariamente significa impor todos os ônus ao proprietário particular (ônus estes que serão também examinados neste trabalho).

28 DÖLLING, Regine (Ed.). *Conservación de monumentos en la Republica Federal de Alemania*. Munich: R. Dolling, 1982. Trad. Ernesto Garzón Valdés, p. 17-18.

29 MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif des biens*. Paris: Montchrestien, 1994, p. 260.

30 LEMME, Fabrizio. *Compendio di diritto dei beni culturali*. Torino: Umberto Allemandi & C., 2006, p. 65.

31 VALENTE, Edoardo; RECCIA, Giovanni; DE ROCCHIS, Massimo. *La circolazione dei beni culturali: manuale aggiornato con i Decreti Legislativi 26 marzo 2008, nn. 62 e 63*. Firenze: Polistampa, 2008, p. 22.

I) REGIME JURÍDICO DO TOMBAMENTO

Para que seja bem compreendido o objeto do presente trabalho, é necessário inicialmente bem delimitar o que vem a ser o instituto do tombamento. Com isso, será possível visualizar as razões para a profunda divergência na doutrina acerca da possibilidade de responsabilizar o Estado quando um bem particular é protegido através do mencionado instituto. Conforme também será observado, a jurisprudência majoritária não vem reconhecendo essa possibilidade, como será visto posteriormente.

No primeiro capítulo do presente estudo será estudado, portanto, o regime jurídico do tombamento, razão pela qual serão examinados, primeiramente, as formas de intervenção do Estado na propriedade privada que podem ser efetuadas com base no artigo 216, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, para posteriormente ser examinada especificamente a figura em questão, em especial com base na sua regulamentação infraconstitucional (Decreto-lei Federal nº 25, de 30 de novembro de 1937).

1. Intervenções do Estado na Propriedade Privada: Artigo 216, Parágrafo Primeiro, da Constituição Federal

A proteção ao patrimônio cultural não foi inovação trazida pela Constituição Federal de 1988: desde 1934 existe previsão expressa quanto à necessidade de proteção de bens de valor histórico e arquitetônico, conforme artigos 10, III³², e 148³³ da Constituição de 1934;

32 *Artigo 10, III, CF 1934*: “Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte”.

33 *Artigo 148, CF 1934*: “Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual”.

artigo 134 da Constituição de 1937³⁴; artigo 175³⁵ da Constituição de 1946; artigo 172³⁶ da Constituição de 1967 e artigo 180³⁷ da Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Contudo, foi a partir de 1988 que foram explicitadas as diversas formas de proteção a serem empregadas pelo Poder Público (embora não estejam excluídas outras formas de acautelamento e preservação, além das expressamente referidas no texto constitucional), bem como foi delimitada a abrangência dos bens que são objeto de proteção. Ainda foi estabelecido, na própria Constituição, o tombamento das reminiscências de quilombos. Por derradeiro, foi facultada a criação de fundos de fomento à cultura por parte dos Estados e Distrito Federal:

Artigo 216, CF 1988: Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

34 *Artigo 134, CF 1937*: “Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional”.

35 *Artigo 175, CF 1946*: “As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público”.

36 *Artigo 172, CF 1967*: “O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único - Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”.

37 *Artigo 180, Emenda 1/1969*: “O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”.

- II - serviço da dívida;
- III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

Por estes motivos, é relevante examinar as diversas formas de proteção ao patrimônio cultural (com exceção do tombamento, que será analisado em tópico independente) previstas em tal dispositivo constitucional, tendo em mente a intensidade de restrições que cada uma delas pode impor no patrimônio privado.

Os inventários visam “à identificação e ao registro dos bens culturais”³⁸, e são especialmente indicados para proteger o patrimônio cultural imaterial (sobre os quais não cabe o tombamento)³⁹. Ainda que careçam de norma federal regulamentadora no direito brasileiro (e, por consequência, os efeitos da sua realização não foram fixados em lei), eles evidenciam, ao menos, “a necessidade de sua preservação [do bem inventariado]”⁴⁰, de modo que não podem ser extintos ou modificados, conforme salienta Marcos Paulo de Souza Miranda, que aponta duas consequências jurídicas imediatas após o bem ser inventariado: a “submissão do bem inventariado ao regime jurídico específico dos bens culturais protegidos” e a “qualificação do bem inventariado como objeto material dos crimes previstos nos arts. 62 e 63 e da Lei 9.605/98”⁴¹.

Contudo, por não haver previsão de consequências patrimoniais ao desrespeito à identificação do bem protegido (que não os efeitos penais), é de difícil visualização a ocorrência de danos ao particular, e, por conclusão, a possibilidade de responsabilizar o Estado por tal ato é pequena.

Outra forma de proteção ao patrimônio cultural é a realização de registro do bem cultural, o que “implica na identificação e produção de conhecimento sobre o bem cultural pelos meios técnicos mais adequados e amplamente acessíveis ao público, permitindo a continuidade dessa forma de patrimônio, assim como a sua disseminação”⁴². O processo de registro é similar ao do tombamento, e “identifica a referência cultural e, na medida em que

38 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro – Doutrina – Jurisprudência – Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 103.

39 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 227.

40 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. ampl. atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 104.

41 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Op. cit.*, p. 104.

42 *Ibidem*, p. 105.

contenha informações relativas aos seus dados históricos e características peculiares, permite o acesso das pessoas às informações necessárias ao conhecimento e divulgação da manifestação cultural”⁴³.

Ao ser reconhecido o valor de certa manifestação cultural, o ato de registro possibilita a produção de prova, em posteriores ações, da utilização indevida dos conhecimentos e práticas referentes ao bem protegido⁴⁴.

No caso da legislação brasileira federal, a figura encontra previsão no Decreto 3.551/2000, destinado à proteção de bens imateriais⁴⁵. O referido diploma legal cria o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial e o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, e destina-se a inscrever os seguintes bens em registro: os “conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades”; os “rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social”, as “manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas” e os “mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas”, mas não estão excluídos outros bens imateriais (artigo 1º, §1º e §3º). Justamente por referir-se a bens imateriais, novamente se percebe que a interferência estatal é leve, e é difícil a visualização de danos a um particular.

A vigilância “diz respeito a uma das manifestações do poder de polícia outorgado aos entes para que possam tutelar administrativamente o patrimônio cultural brasileiro”⁴⁶. Carlos Frederico Marés de Souza Filho ressalta que é um dos efeitos do tombamento de bens, uma vez que a legislação estabelece uma permissão ao Poder Público de inspecionar a coisa tombada⁴⁷. Logo, eventuais danos decorrentes da vigilância teriam a sua razão de ser, em verdade, no tombamento.

A desapropriação “é um instituto de direito público através do qual o Estado, para cumprir um fim de utilidade pública, priva coativamente um bem de seu titular, obedecendo ao procedimento previsto em lei e pagando justa e integral indenização em favor do

43 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro – Doutrina – Jurisprudência – Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 106.

44 *Ibidem*, p. 106.

45 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. ampl. atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 105.

46 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Op. cit.*, p. 108.

47 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Op. cit.*, p. 106.

expropriado”⁴⁸. É, pois, a intervenção mais intensa na propriedade privada, sendo manifestação do poder de império (soberania estatal) sobre todos os bens que estão no território nacional⁴⁹. Apresenta-se necessariamente sob a forma de *procedimento administrativo*, e não de ato simples: primeiramente, com a declaração da necessidade ou utilidade pública ou interesse social, e, posteriormente, com a execução propriamente dita, com a fixação e pagamento da justa indenização e transferência do bem expropriado para o patrimônio do ente desapropriante⁵⁰. Para a proteção de bens culturais, deve ser aplicada somente como *ultima ratio*, tendo em vista que “uma das características do novo modelo preservacionista adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é a do mínimo intervencionismo estatal no que diz respeito às propriedades privadas que abrigam os valores de interesse cultural”⁵¹. É empregado especialmente em caso de preservação de conjuntos urbanos, para alterar o uso dos imóveis⁵².

É empregada não apenas nos casos de proteção ao patrimônio cultural, mas igualmente em casos gerais de necessidade ou utilidade pública⁵³, ou por interesse social⁵⁴. Possui por requisitos constitucionais o pagamento prévio, justo e em dinheiro, exceto nos casos

48 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro – Doutrina – Jurisprudência – Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 159.

49 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 608.

50 *Ibidem*, p. 609.

51 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Op. cit.*, p. 159.

52 *Ibidem*, p. 160.

53 Entende-se por necessidade pública “a desapropriação sempre que o Estado, para atender as situações anormais que se lhe apresentam, tem de adquirir o domínio e o uso de bens de terceiros”, conforme GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 894. A utilidade pública “é a desapropriação em que o Estado, para atender a situações normais, tem de adquirir o domínio e o uso de bens de outrem”, consoante *Ibidem*, p. 895. Atualmente, ambas as situações abrangem, “entre outras: a segurança nacional; a salubridade pública; a assistência pública; as obras de higiene e decoração, casas de saúde; a exploração ou conservação de serviços públicos; a abertura, conservação ou melhoramento de vias ou logradouros públicos; a reedição ou divulgação de obras ou invento de natureza científica, artística ou literária; a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos etc” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 843.

54 As desapropriações por interesse social ocorrem nos seguintes casos, entre outros: “o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve servir ou possa suprir por seu destino econômico; o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola, a construção de casas populares, a proteção do solo e a proteção de cursos e mananciais de água e de reservas florestais”, em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 843-844.

ressalvados pela própria Constituição (o que não é objeto do presente estudo)⁵⁵, conforme o artigo 5º, XXIV, da Lei Maior⁵⁶.

Por *justa*, entende-se a indenização que “é capaz de recompor integralmente o patrimônio do proprietário, ainda que o preço a pagar venha inviabilizar obras e serviços essenciais ao desenvolvimento econômico e social”⁵⁷. Deste modo, a indenização deve compreender toda a extensão do dano sofrido pelo expropriado, incluindo o valor de mercado do bem expropriado, as despesas judiciais (honorários de perito e advocatícios, além de custas processuais) e civis (como, por exemplo, o desmonte e transporte de máquinas, sub-rogação de ônus sobre o imóvel, lucros cessantes e indenizações trabalhistas), sempre que o Poder Público for vencido⁵⁸.

A indenização deve, igualmente, ser *prévia*, ou seja, anterior à transferência do bem. O seu fundamento é o seguinte:

... não basta que o proprietário receba indenização integral para manter intacto seu patrimônio; é preciso que a redução patrimonial nem exista, já que o pagamento deve ser antecipado ou concomitante. Na prática, o que ocorre é a substituição de um bem por outro, não chegando a verificar-se, em nenhum momento, a diminuição do patrimônio.⁵⁹

Finalmente, a desapropriação, salvo exceções expressamente previstas, deve ser satisfeita *em dinheiro*, ou seja, o “expropriado não pode ser compelido a receber outra coisa a título de indenização senão a moeda corrente”⁶⁰. No caso, entretanto, de desapropriação amigável, por se tratar de direito disponível do expropriado, “a indenização pode ser satisfeita

55 Tais exceções são: “pagamento em *títulos da dívida pública de emissão previamente autorizada pelo Senado Federal*, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada (CF, art. 182, § 4º, III), e de pagamento em *títulos da dívida agrária*, no caso de Reforma Agrária, por interesse social (CF, art. 184)”, conforme MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 609. Outra exceção é o artigo 243, *caput*, da Constituição Federal: “As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

56 *Artigo 5º, XXIV, CF 1988*: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

57 MENDES, Vicente de Paula. *Indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 53.

58 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 899.

59 MENDES, Vicente de Paula. *Op. cit.*, p. 54.

60 GASPARINI, Diogenes. *Op. cit.*, p. 899.

na forma e nas condições convencionadas: pode ser em dinheiro, em dinheiro e bens e em bens”⁶¹.

Essa indenização pressupõe o preenchimento dos requisitos acima; quando, contudo, não os houver preenchido, embora o particular tenha-se visto despojado dos poderes da propriedade sobre seu bem, restará caracterizada a *desapropriação indireta*, que pode ser deste modo definida:

Desapropriação indireta é a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua conseqüente integração no patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório. Ocorrida esta, cabe ao lesado recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado, do mesmo modo que o seria caso o Estado houvesse procedido regularmente.⁶²

A proteção ao patrimônio cultural na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros oferece maiores dificuldades nos casos de desapropriação indireta (acerca da sua caracterização nos casos concretos); a desapropriação clássica, por possuir requisitos rígidos e por ser instituto mais antigo e estudado, suscita número mais limitado de discussões (relativamente à proteção ao patrimônio cultural). Além disso, nos termos já expostos, o dever de alcançar ao particular indenização pela desapropriação clássica não é considerado, em termos estritos, responsabilização do Estado:

É de se notar que, conquanto se faça a distinção entre atos estatais lícitos e ilícitos para a aplicação do princípio da responsabilidade, não se confunde ou se equipara para qualquer efeito este princípio com o processo indenizatório do Estado nas atuações legais em que este seja parte, como ocorre e é freqüentemente exemplificado na desapropriação. Para que incida a responsabilidade do Estado, urge esteja presente o elemento dano, proveniente da atuação desta pessoa, enquanto, na segunda hipótese aventada, este não existe, havendo ali um condicionamento ao exercício de direito protegido juridicamente, o qual se compõe com a possibilidade de superveniente atuação estatal a submeter um bem patrimonialmente mensurável às instâncias coletivas para o atendimento de um interesse público superiormente tutelado juridicamente e que agrega, portanto, a conjugação de ambos, admitindo, de pronto, a possibilidade de vir a ocorrer a subsunção do bem às injunções diretas do Estado, para tanto recompensando-se patrimonialmente o cabedal do particular. Não há dano, neste caso, mas condicionamento para o exercício do Direito; não há se cogitar de lesão ressarcível, mas em remanejamento patrimonial para a garantia do equilíbrio de situação jurídica

61 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 899.

62 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 859.

anterior do titular do direito.⁶³

Por estas razões, a desapropriação clássica não será analisada em relação à responsabilidade estatal no presente estudo. A desapropriação indireta, por outro lado, por não se caracterizar propriamente uma “desapropriação”, mas sim um ato ilícito (esbulho da propriedade privada), dá ensejo à responsabilidade do Estado. Contudo, como tal responsabilidade advém de ato ilícito, não será pormenorizado no presente trabalho, por estar fora do seu objeto, a saber: influência do princípio da igualdade na responsabilidade do Estado por *atos lícitos*, nos casos de proteção ao patrimônio cultural através de tombamento. Mas é relevante ressaltar que é possível haver casos em que o Estado estabelece uma intervenção na propriedade privada com o nome de “tombamento”, mas que, em seu conteúdo, são equiparáveis à desapropriação indireta. Nessas hipóteses, não é possível falar na existência de um verdadeiro tombamento, pois este pressupõe que o domínio permanece com o particular. A exclusão da desapropriação indireta do objeto deste trabalho se justifica, ainda, em razão de não haver discussão na doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de indenizar o particular que sofre tal interferência na propriedade, como será posteriormente exposto.

Além disso, o artigo 216, §1º, da Constituição Federal ainda estabelece “outras formas de acautelamento e preservação” de bens culturais, com os fins de manter ampla a proteção a bens culturais. Em relação a restrições que podem ser feitas pelo Estado, pode-se apontar como exemplos dessa previsão o zoneamento⁶⁴ e o direito de preempção⁶⁵.

O zoneamento é um procedimento urbanístico que, em sentido amplo, destina-se a realizar a

... repartição do território municipal à vista da destinação da terra, ou das características arquitetônicas. Sob o primeiro aspecto, cuidar-se-á de dividir o território do Município em *zona urbana, zonas urbanizáveis, zonas de expansão e zona rural* - o que define a qualificação urbanística do solo, conforme já estudamos antes. Quanto ao segundo, tratar-se-á de dividir o território do Município em *zonas de uso* - o que consubstancia o *zoneamento de uso* ou *funcional*. Relativamente ao terceiro, cogitar-se-á de fixar as características que as construções deverão ter em

63 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 111, jul./set. 1991, p. 85-86.

64 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. ampl. atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 105.

65 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 231.

cada zona (*zoneamento arquitetônico*) - o que tem aplicação especial nas zonas de proteção histórica⁶⁶.

Assim, para resguardar o patrimônio cultural, pode o território municipal, através de zoneamento arquitetônico, restringir o uso da propriedade, por exemplo, dos imóveis vizinhos a um imóvel de interesse cultural. Ressalta José Afonso da Silva, no entanto, que o zoneamento deve ser amplo, “abrangendo toda a comunidade”, e não, por exemplo, de apenas de um bairro, pois em tal ato

... se esconderiam, consciente ou inconscientemente, propósitos discriminatórios e protecionistas de interesses particulares ou dos moradores (ou de determinados moradores) da área, sem levar em conta os interesses mais amplos da comunidade como um todo.⁶⁷

O mencionado doutrinador prossegue, expondo que tais limitações na propriedade não se embasam no poder de polícia, mas sim na faculdade do Poder Público de intervir na ordem econômica e social; considerando a generalidade de tais intervenções, entende não haver possibilidade de serem indenizáveis os danos individualmente sofridos⁶⁸.

O direito de preempção também está previsto no Estatuto das Cidades, e se refere a instituto “segundo o qual o Poder Público detém preferência na aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares”, sendo, pois, restrição ao direito sobre a livre disposição de bem cultural protegido, o que pode ser mais vantajoso ao Poder Público do que a desapropriação⁶⁹. É um efeito do tombamento, de maneira que eventuais danos serão advindos deste, e não do direito de preempção.

2. Tombamento

66 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 236-237. Grifos no original.

67 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 238.

68 *Ibidem* p. 238.

69 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 238.

a) Conceito e Objeto do Tombamento

O tombamento possui o seguinte conceito:

O tombamento é ato administrativo da autoridade competente, que declara ou reconhece valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens que, por isso, passam a ser preservados. O tombamento se realiza pelo fato administrativo de inscrição ou registro em um dos livros do Tombo criados pelo Dec.-lei 25/37.⁷⁰

Destarte, através do tombamento, o Poder Público declara que um determinado bem possui certo valor para a memória (seja de toda a cultura brasileira, seja da cultura local de uma cidade ou Estado-membro), e possui esta denominação em razão da Torre do Tombo, onde eram guardados, em Portugal, os arquivos do Reino que inventariavam os bens objeto de proteção⁷¹. No entanto, de acordo com o artigo 3º do Decreto-Lei 25/1937, não são suscetíveis de tombamento as obras de origem estrangeira:

- 1) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país;
- 2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país;
- 3) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução do Código Civil, e que continuem sujeitas à lei pessoal do proprietário;
- 4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos;
- 5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais;
- 6) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

O presente trabalho, deste modo, não contempla os bens estrangeiros que se amoldam a essas hipóteses legais, tendo em vista que estes não podem ser objeto da proteção do tombamento.

De acordo com o artigo 1º, §1º, do citado Decreto-Lei, os bens tombados podem ser “inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo”. Assim, o tombamento pode ser realizado em relação a um bem singularmente considerado, ou quanto a um conjunto de bens (de maneira que o conjunto dessas coisas forma algo diverso do mero

70 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. ampl. atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 83.

71 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 583, nota 82.

somatório das partes). Esse tombamento de modo agrupado pode ocorrer de duas formas: ou entendida na forma de universalidade de bens, conforme o Código Civil, como poderia ocorrer, por exemplo, no caso de tombamento de bibliotecas (para também abranger os livros que ali se encontram)⁷² ou na forma de tombamento geral ou coletivo, como de uma cidade inteira, por exemplo. Este último caso já ocorreu, por exemplo, com a cidade de Tiradentes/MG, e a possibilidade de isso ser efetuado já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça: “Não é necessário que o tombamento geral, como no caso da cidade de Tiradentes, tenha procedimento para individualizar o bem (art. 1º do Decreto-Lei n. 25/37). As restrições do art. 17 do mesmo diploma legal se aplicam a todos os que tenham imóvel na área tombada”⁷³.

Além disso, o tombamento pode ser de três tipos, nos moldes do Decreto-Lei 25/1937: de ofício (“sobre bens públicos”⁷⁴), voluntário (“recai sobre bem privado e realiza-se mediante simples concordância de seu proprietário, a pedido ou em atendimento a notificação”⁷⁵) ou compulsório (“ocorre quando o proprietário se recusa a anuir à inscrição do bem; nesse caso, instaura-se um processo [administrativo]”⁷⁶). Os dois tipos que serão examinados neste trabalho são o tombamento voluntário e o compulsório, visto que o de ofício, por se referir apenas a bens públicos, não poderia confortar o princípio da solidariedade social, já que quem deve conservá-lo é o próprio Poder Público, que é o proprietário do bem.

Pelo exame de suas características previstas em lei é possível extrair a função da preservação:

Há que se distinguir, na proteção do patrimônio cultural, qual é o objetivo dessa

72 *Artigo 90, Código Civil*: “Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.
Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias”.

73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – TOMBAMENTO GERAL – CIDADE DE TIRADENTES – POSSIBILIDADE – DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO BEM – PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO ARQUITETÔNICO, HISTÓRICO E CULTURAL – DESRESPEITO À NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO IPHAN – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. Recurso Especial n. 1.098.640/MG. Recorrente: Vanilce Aparecida Barbosa. Recorrido: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 09 de junho de 2009. DJe. 25.06.3009.

74 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 344-345.

75 *Ibidem*, p. 344-345.

76 *Ibidem*, p. 344-345.

proteção. O bem jurídico, objeto dessa proteção, materializado na coisa, mas não é a coisa em si: é o seu significado simbólico, traduzido pelo valor cultural que ela representa. A partir do surgimento da coisa, passa ela a ter uma presença no mundo fático, podendo ou não ir a ter interesse jurídico. Cabe ao Estado esse reconhecimento jurídico. Há, portanto, uma bifurcação na relação jurídica quanto ao objeto – uma enquanto coisa, apropriável, objeto do direito de propriedade; outra, como bem não econômico que, a partir do reconhecimento de seu valor cultural pelo Estado, torna-se de interesse geral.⁷⁷

Há, portanto, uma dupla faceta do tombamento: aquela que considera a coisa e aquela que concerne ao significado. A primeira relaciona-se ao direito de propriedade, ao passo que a segunda, à proteção oferecida ao patrimônio cultural. É sob este norte que se analisará o instituto do tombamento e os princípios objeto do presente estudo: o direito de propriedade encontra-se profundamente marcado pela função social da propriedade (que protege o significado do bem)⁷⁸, e o princípio da solidariedade social permite verificar uma repartição da responsabilidade na conservação do imóvel entre a sociedade (que aproveita indiretamente o bem, através da memória que ele evoca⁷⁹) e o particular (que aproveita a coisa)⁸⁰. Essa dupla faceta influencia no estabelecimento de efeitos para o tombamento de um bem, o que será visto a seguir.

b) Efeitos do Tombamento

Como efeitos do tombamento, pode-se apontar, resumidamente, com base na regulamentação infraconstitucional federal da matéria:

Quanto à alienação, esta deverá ser averbada no registro de imóveis [...]. A União, os Estados e os Municípios têm direito de preferência na aquisição do bem, sendo nula a alienação que não respeitar este direito.

Quanto ao deslocamento, o bem tombado não poderá sair do país [...].

Quanto às transformações e conservações, o artigo 17 da Lei de Tombamento proíbe qualquer destruição, demolição ou mutilação ou ainda reparação, pintura ou restauração sem prévia autorização do órgão competente.

77 CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 33.

78 MATTOS, Liana Portilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003, p. 42.

79 GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 60.

80 *Ibidem*, p. 60.

Quanto aos imóveis vizinhos, estes não poderão fazer construção ou colocar anúncios e cartazes que impeçam ou diminuam a visibilidade do bem tombado. Quanto à fiscalização, esta poderá ser feita pelo órgão competente, sempre que este entender conveniente, não podendo os proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa.⁸¹

Tais efeitos foram introduzidos pelo Decreto-lei Federal nº 25, de 30 de novembro de 1937.

Além disso, é de se salientar que não incumbe ao ente público (que efetua o tombamento) estabelecer limitações no que tange ao uso do bem tombado. Em outras palavras, não é possível o estabelecimento, por parte do Poder Público, de uma destinação específica de uso da coisa tombada, que é o denominado “tombamento de uso”. Isso porque a referida restrição não está prevista na Constituição ou na regulamentação legal do tombamento, e apenas pode ser realizada por meio de desapropriação, que também é instrumento de proteção do patrimônio cultural constitucionalmente elencado, e que interfere de forma mais intensa a propriedade privada⁸².

Passa-se a examinar separadamente tais efeitos, em conformidade aos sujeitos envolvidos.

b.1) Deveres do Poder Público

Pode-se apontar, quanto ao Poder Público, o “exercício do poder-dever de impor penalidades administrativas àqueles que destruírem, inutilizarem, deteriorarem ou alterarem os bens tombados”⁸³.

81 GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 67.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. EMENTA: Tombamento de bem imóvel para limitar sua destinação à atividades artístico-culturais. Preservação a ser atendida por meio de desapropriação. Não pelo emprego da modalidade do chamado tombamento de uso. Recurso da Municipalidade do qual não se conhece, porquanto não configurada a alegada contrariedade, pelo acórdão recorrido, do disposto no art. 216, § 1º, da Constituição. Recurso Extraordinário n. 219.292-1/MG. Recorrente: Secretaria Municipal de Cultura De Belo Horizonte. Recorrido: Cinemas e Teatros de Minas Gerais S/A. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 07 de dezembro de 1999. DJ. 23.06.2000, p. 00031.

83 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro – Doutrina – Jurisprudência – Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 135.

Um segundo dever importante do ente que realizou ou tombamento é o de realizar obras de conservação do bem, na hipótese de o proprietário não dispor de condições de fazê-lo, ou efetuar a desapropriação do referido bem⁸⁴, consoante o artigo 19 do Decreto-lei Federal nº 25, de 30 de novembro de 1937, se o proprietário não possui recursos para a restauração. Tal dever, nos moldes estabelecidos na legislação, sofrerá críticas ao longo do presente trabalho.

Outro dever é o de permanentemente vigiar o bem tombado e inspecioná-lo sempre que for conveniente, na forma do artigo 20 do Decreto-lei Federal nº 25, de 30 de novembro de 1937.

Para os bens particulares, o Poder Público deve transcrever o tombamento no Cartório de Registro de Imóveis, para assegurar o direito de preferência (que será referenciado no tópico seguinte deste estudo), conforme dispõe o artigo 13 do Decreto-lei Federal nº 25, de 30 de novembro de 1937.

b.2) Deveres do Proprietário

Quanto ao proprietário, o tombamento impõe que este realize “obras de conservação necessárias à preservação do bem ou, se não tiver meios, comunicar sua necessidade ao órgão competente sob pena de multa”⁸⁵, o que decorre do artigo 19 do Decreto-lei Federal nº 25, de 30 de novembro de 1937.

Também se impõe ao dono da coisa tombada que este assegure o “direito de preferência aos entes federativos em caso de alienação onerosa da coisa tombada, sob pena de multa, nulidade da alienação e seqüestro do bem”⁸⁶ (o que impõe o artigo 22 do Decreto-lei Federal nº 25, de 30 de novembro de 1937).

Um terceiro efeito é a obrigação de não fazer, a saber, “Não destruir, demolir ou mutilar o bem tombado nem, sem prévia autorização do IPHAN, repará-la, pintá-la ou

84 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro – Doutrina – Jurisprudência – Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 135.

85 *Ibidem*, p. 134.

86 *Idem*.

restaurá-la, sob pena de multa⁸⁷ (conforme o artigo 17 do Decreto-lei Federal nº 25, de 30 de novembro de 1937).

Ademais, o proprietário não pode retirar os bens do país, exceto por curto espaço de tempo, e apenas para fins de intercâmbio cultural, devendo haver autorização do órgão tombador, consoante estabelece o artigo 14 do Decreto-lei Federal nº 25, de 30 de novembro de 1937.

Por fim, deve o proprietário do bem tombado “Suportar a fiscalização do bem pelo órgão técnico o competente, sob pena de multa em caso de opor obstáculos indevidos à vigilância⁸⁸ (de acordo com o artigo 20 do Decreto-lei Federal nº 25, de 30 de novembro de 1937).

Tais efeitos, pois, podem gerar prejuízos ao proprietário, por se traduzirem como restrições à propriedade⁸⁹. Resta questionar, assim, a possibilidade de indenização em caso de tombamento.

c) Natureza Jurídica do Tombamento

Existe divergência doutrinária acerca da natureza do tombamento, havendo autores que entendem que este é limitação administrativa; outros concluem que é servidão administrativa, assim como há doutrinadores que crêem ser o tombamento qualificação autônoma⁹⁰.

c.1) Limitação Administrativa

87 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro – Doutrina – Jurisprudência – Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 134.

88 *Ibidem*, p. 135.

89 GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 68.

90 OLIVEIRA, Vanessa de. Tombamento. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo: IOB Thomson, v. 2, n. 16, p. 7-14, abr. 2007, p. 9.

A propriedade é um direito individual que garante um conjunto de poderes sobre uma coisa; tais poderes, no entanto, não são absolutos, pois convivem com direitos de outrem. Esses direitos devem ser tutelados pelo Poder Público através do poder de polícia, que serve de fundamento para as intervenções administrativas à propriedade⁹¹:

7. A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se “poder de polícia”. A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. [...]

8. A expressão “poder de polícia” pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Essa acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa.⁹²

Esse poder tem por objeto “todo bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou pôr em risco a defesa nacional”⁹³, por razão de ser o interesse social (a ser protegido) e por fundamento a supremacia do interesse público sobre o individual⁹⁴.

O poder de polícia possui duas modalidades, que estão correlacionadas às restrições administrativas em sentido geral e em sentido estrito:

A doutrina comumente se refere à expressão “poder de polícia” em duas acepções: em sentido amplo, como a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade de acordo com os interesses coletivos, o que abarca tanto os atos do Legislativo quanto os do Executivo, e em sentido estrito como as intervenções do Executivo.

[...]

Contudo, o que, no presente capítulo, então cuidaremos é de anotar algumas linhas gerais sobre as limitações administrativas à liberdade e à propriedade *em sentido amplo*; isto é, a atividade que decorre da função legislativa. Portanto, só há que se falar em limitações da liberdade e da propriedade nos termos prescritos pelo ordenamento jurídico, e é por isso que não se pode dizer que há restrições aos direitos.⁹⁵

91 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 112.

92 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 792. Grifos no original.

93 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 483.

94 *Ibidem*, p. 482.

95 PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 126-128. Grifos no original.

Conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o poder de polícia possui três elementos: “o subjetivo (Estado), o finalístico (interesse público) e o conteúdo (restrição à liberdade individual)”, que estarão presentes em qualquer intervenção do Estado sobre a propriedade privada⁹⁶. É esta a concepção das restrições administrativas à propriedade em sentido amplo, que são aquelas decorrentes de atos legislativos; o sentido estrito (que será analisado a seguir) coincide com os atos de natureza administrativa⁹⁷.

A limitação administrativa pode ser entendida como:

[...] toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social. As limitações administrativas são preceitos de ordem pública. Derivam, comumente, do poder de polícia inerente e indissociável da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a tríplice modalidade *positiva* (fazer), *negativa* (não fazer) ou *permissiva* (deixar fazer).⁹⁸

A figura pressupõe que a limitação à propriedade seja geral, unilateral e gratuita, e dá-se em razão de ordem pública. É uma intervenção suave na propriedade, pois é “*toda imposição do Estado, de caráter geral, que condiciona direitos dominiais do proprietário, independentemente de qualquer indenização*”⁹⁹.

O doutrinador Diogenes Gasparini explica que tais formas de intervenção da propriedade possuem três modalidades: a positiva, a negativa e a permissiva. No primeiro caso, o “administrado-proprietário está obrigado a *fazer* o que lhe exige a Administração Pública”¹⁰⁰, como, por exemplo, a obrigação de construir um muro no alinhamento (limite da propriedade com o logradouro público)¹⁰¹. Por outro lado, na modalidade de limitação negativa, a obrigação do proprietário-administrado é a de não fazer (regra de proibição, portanto), que é o caso, exemplificativamente, da vedação de construir prédios além de certo número de pavimentos¹⁰². Por fim, as limitações administrativas permissivas pressupõem do

96 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 113.

97 PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 127.

98 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 639.

99 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 867. Grifos no original.

100 *Ibidem*, p. 867. Grifos no original.

101 *Ibidem*, p. 867.

102 *Idem*.

administrado-proprietário uma permissão para que algo seja feito em sua propriedade; é o caso das vistorias de elevadores e ingresso de agentes públicos para fins sanitários¹⁰³.

Sonia Rabello de Castro é uma das doutrinadoras que classificam o tombamento como limitação administrativa¹⁰⁴.

No caso, a figura não poderia ser inserida na classificação de Diogenes Gasparini somente sob uma modalidade, tendo em vista que ele impõe ao administrado obrigações de fazer (como de conservar o bem) e obrigações de não fazer (não se opor à vigilância, não alterar ou destruir o bem). Assim, tais circunstâncias já dificultam a sua classificação como limitação administrativa, sendo tal intervenção mais complexa e intensa.

c.2) Servidão Administrativa

As servidões administrativas, institutos de Direito Público que interferem de forma mais intensa no patrimônio privado, possuem a definição a seguir transcrita:

[...] constitui uma prerrogativa da Administração Pública agindo com o *poder de império* que lhe permite onerar a propriedade privada com um direito real de natureza pública, sem obter previamente o consentimento do particular ou título expedido pelo Judiciário. O seu fundamento é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.¹⁰⁵

Ela ocorre quando “a Administração Pública vale-se da propriedade do particular para sobre ou sob ela estender certos equipamentos necessários ao atendimento das necessidades da população em geral, ou de uma certa coletividade”, e deve ser inscrita no Registro

103 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 867.

104 “É importante frisar, portanto, que o aspecto da generalidade atribuído à limitação administrativa não deve ser compreendido no aspecto quantitativo, isto é, quantidade de bens ou direitos atingidos por determinado ato administrativo específico [...]. O aspecto da generalidade há de estar inserido basicamente na lei. No caso dos bens culturais, a generalidade deve ser compreendida como uma classe: todos os que têm as características e os pressupostos legais de se inserirem nesta categoria passam, com a manifestação de vontade da administração expressada no ato administrativo, a constituírem este conjunto genérico”, em CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 135.

105 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidão administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 53.

Imobiliário correspondente¹⁰⁶. Baseia-se na supremacia do interesse público sobre o privado¹⁰⁷.

A servidão de Direito Público não é idêntica àquela do Direito Civil, conforme explica Ruy Cirne Lima:

A servidão administrativa importa a incidência da relação de administração sobre uma parte somente das utilidades, de que uma coisa determinada é suscetível. Não se poderá dizer que constitua ela direito real, por isso que a relação de administração, na qual consiste, pode indiferentemente ter, em princípio, como objeto uma coisa corpórea ou um fato (v. § 6, supra). Mas a sua estrutura jurídica é *análoga à dos direitos reais* (v. § 9, n. 5, supra).

[...]

3. Diferencia-se a servidão administrativa da servidão real de direito privado em que, diversamente desta, se estabelece - não entre duas coisas -, senão entre uma coisa e um serviço público, em tal hipótese havido como *res dominans* [...]. De outra parte, a servidão administrativa ao contrário da servidão real de direito privado (art. 1.378 do Código Civil), pode incidir sobre móveis ou imóveis. Pode incidir sobre móveis a servidão instituída sobre as coisas do patrimônio histórico e artístico nacional, que lhes impede a restauração, livremente feita, posto que desejada pelo próprio dono [...].¹⁰⁸

Hely Lopes Meirelles salienta que as servidões de Direito Privado constituem *direito real*, ao passo que as de Direito Público, *ônus reais*, e explica que o instituto não se confunde com a desapropriação, tendo em vista que “esta retira a propriedade do particular, ao passo que aquela conserva a propriedade com o particular, mas lhe impõe o ônus de suportar um uso público”¹⁰⁹.

O estabelecimento de uma servidão administrativa pode ou não gerar o direito a indenização ao particular; o nascimento de tal direito nascerá nas mesmas circunstâncias em que os demais casos de responsabilidade do Estado por atos lícitos, ou seja, se houver prejuízos (dano) ocasionados (nexo de causalidade) por tal ato (ato lícito do Poder Público):

A indenização há que corresponder ao efetivo prejuízo causado ao imóvel, segundo sua normal destinação. Se a servidão não prejudica a utilização do bem, nada há que indenizar; se a prejudica, o pagamento deverá corresponder ao efetivo prejuízo, chegando, mesmo, a transformar-se em desapropriação indireta com indenização

106 SERRALTA, Eleonora Braz. Servidão administrativa. In PRESTES, Vanêsa Buzelato (Org.). *Temas de Direito Urbano-Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 290.

107 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 876.

108 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 523-524. Grifos no original.

109 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 633.

total da propriedade, se a inutilizou para sua exploração econômica normal.¹¹⁰

É o que explica com mais detalhes Joaquim de Almeida Baptista:

Na desapropriação, despoja-se o proprietário do domínio, da posse e da propriedade e, por isso, indeniza-se o bem atingido. Na servidão administrativa, mantém-se o bem com o particular, mas onera-se parte desse bem com um uso público e, por esta razão, indeniza-se o prejuízo (não a integralidade do bem) que este uso, pelo poder público, venha a causar ao titular do bem privado. Se este uso público acarretar dano ao bem serviente, indeniza-se este dano; se não acarrear, nada há que indenizar. Vê-se, portanto, que na desapropriação indeniza-se sempre; na servidão administrativa, nem sempre e só ocorre quando há efetivo prejuízo demonstrado objetivamente. Este, como já se disse antes, em decorrência do esvaziamento econômico do bem pode ser indenizado integralmente, se a afetação ocasionar um prejuízo total que impeça o seu uso para o fim que está direcionado.¹¹¹

Conforme já foi mencionado, diversos autores brasileiros classificam o tombamento como ato que institui servidão administrativa¹¹². É o que também confirma Diogenes Gasparini:

Algumas vezes as servidões administrativas são suportadas pelos particulares ou pelo Poder Público sem qualquer indenização, dado que sua instituição não lhes causa qualquer dano, nem lhes impede o uso normal da propriedade, como ocorre na colocação da placa de denominação de rua ou de gancho para sustentar fios da rede de energia elétrica dos trólebus em parede de prédio situado em certos cruzamentos, e com a colocação de postes nas calçadas por concessionárias de serviço público. Se, ao contrário, a instituição da servidão administrativa determinar, por mínimo que seja, um dano, há de ser o proprietário indenizado. Assim, só se indeniza *se e quando* a sua instituição acarretar um efetivo prejuízo ao particular, que teve a sua propriedade onerada no seu uso com a instituição da servidão administrativa.¹¹³

Essa indenização, contudo, não opera a transferência de propriedade (exceto quando a servidão administrativa implicar desapropriação indireta)¹¹⁴, o que também a diferencia em relação à desapropriação, além dos demais elementos ora citados, em cotejo às características da desapropriação anteriormente apresentadas no presente estudo.

110 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, p. 635-636.

111 BAPTISTA, Joaquim de Almeida. *Das servidões administrativas: comentários, legislação, jurisprudência*. São Paulo: Iglu, 2002, p. 47.

112 Como, por exemplo, pode ser visto em GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 61; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 876 e LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 524.

113 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 871-872. Grifos no original.

114 *Ibidem*, p. 872.

Para o presente trabalho, a servidão administrativa é a figura que melhor caracteriza o tombamento, tendo em vista que, no tombamento, há oneração de um bem específico, ou grupo de bens, para um uso público (preservação do bem), não consistindo um “contorno da propriedade” (como seria o caso da limitação administrativa), mas sim uma intervenção delimitada do uso, gozo e a exclusividade na propriedade particular¹¹⁵.

c.3) Índole Autônoma

Por fim, a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro insere-se dentre os autores que entendem ser o tombamento instituto de índole autônoma, por não se adequar a quaisquer destas hipóteses¹¹⁶. No entanto, essa classificação em nada esclarece acerca das características do tombamento, que, no entender do presente trabalho, pode ser classificado como servidão administrativa, nos termos acima expostos.

d) Indenização

Diverge a doutrina no tocante ao cabimento da indenização, existindo posicionamentos no sentido da gratuidade como regra geral do tombamento, assim como orientação no sentido da sua possibilidade, ou, ainda, há os que defendem que o proprietário será indenizado no caso de o tombamento ser específico, conforme será a seguir exposto. Isto possui, de acordo com a doutrina, relação direta com a natureza que se atribua ao instituto, já que, se entendido como limitação administrativa, será gratuito; se servidão administrativa, comporta indenização; e, se constituir categoria autônoma, é necessária análise casuística, e, portanto, poderia compatibilizar-se com a possibilidade de indenização.

115 PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 306.

116 “Preferimos, por isso, considerar o tombamento categoria própria, que não se enquadra nem como simples limitação administrativa, nem como servidão”, em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 134.

Dentre os autores que defendem a gratuidade do tombamento como regra geral estão Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁷ e Sonia Rabello de Castro¹¹⁸.

Alguns doutrinadores orientam-se pela possibilidade de indenizar o proprietário do bem tombado, tal como Audrey Gasparini¹¹⁹.

Um terceiro grupo, ainda, sustenta que o proprietário pode ser indenizado se o tombamento for específico (como no caso de somente um imóvel, por ferir o princípio da igualdade); caso o tombamento seja geral (por exemplo, de uma cidade ou região), este seria gratuito. Inclui-se entre eles Odete Medauar¹²⁰.

A jurisprudência majoritária orienta-se por não responsabilizar o Estado em casos de tombamento de bens particulares, em face da inexistência de previsão legal para tanto, como se percebe pelo seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal: “Tombamento - Proteção do patrimônio histórico e artístico nacional - Ato que por si só não gera ao Poder Público o dever de conservar e indenizar - Inaplicabilidade do art. 216, § 1º, da CF, que é, em essência, de conteúdo programático”¹²¹.

Na doutrina e na jurisprudência a concessão de indenização somente é uníssona “se o tombamento ceifar, impedir a funcionalidade da coisa tombada, haverá sacrifício de direito, correspondente, no caso, a sua compressão absoluta, devendo acarretar indenização ao seu dono, por ser desapropriação indireta”¹²². É o denominado esvaziamento econômico do bem, expresso pelo Supremo Tribunal Federal: “O tombamento quando importar esvaziamento do

117 “O tombamento é sempre uma **restrição parcial**, não impedindo ao particular o exercício de todos os poderes inerentes ao domínio; por isso mesmo, não dá, em regra, **direito a indenização**” (grifos no original), em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 125.

118 CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 140-141.

119 “sempre que o poder público causar prejuízo a alguém, deverá indenizar”, em GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 62.

120 “... se o tombamento tiver alcance geral, como em Ouro Preto, Olinda, descabe ressarcimento. No caso de imóvel tombado isoladamente, em princípio é cabível indenização, desde que demonstrado prejuízo direto e material”, em MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 346.

121 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMÓVEL TOMBADO PELA UNIÃO. DESAPROPRIAÇÃO DO MESMO BEM PELO MUNICÍPIO, COM IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. DESISTÊNCIA DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS. Recurso Extraordinário n. 168.917-0/RJ. Recorrente: Espólio de Giacomo Gavazzi. Recorridos: União Federal, Fundação Nacional PRO-MEMÓRIA e Município de Nova Iguaçu. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, 19 de dezembro de 1996. DJ. 06.06.1997, p. 24882 e Revista dos Tribunais, v. 744, out. 1997, p. 152.

122 VITTA, Heraldo Garcia. Tombamento: uma análise crítica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 31, jul./set. 2000, p. 180.

valor econômico da propriedade impõe ao Estado o dever de indenizar”¹²³. Entendimento idêntico foi exposto por Hely Lopes Meirelles: “Toda vez que o Poder Público, direta ou indiretamente, produz o esvaziamento econômico do direito de propriedade, fica obrigado a reparar o prejuízo”¹²⁴.

No caso concreto, entretanto, podem ocorrer prejuízos extraordinários em razão do dever de conservação do bem tombado. Se o imóvel não fosse tombado (e não servisse a toda a coletividade), sua manutenção seria menos onerosa; contudo, como o bem interessa a todos, sua conservação, se mais custosa, também incumbe a todos (ao menos, em parte, já que o imóvel ainda é de propriedade particular); do contrário, haveria a imposição de verdadeiro sacrifício para o particular. Esse aspecto não é tratado pela jurisprudência, e é o que justifica o presente trabalho.

123 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. O tombamento quando importar esvaziamento do valor econômico da propriedade impõe ao Estado o dever de indenizar. Agravo de Instrumento n. 127.174/SP. Agravante: Estado de São Paulo. Agravada: Mauris Ilia Klabin Warchavchik. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 10 de maio de 1995. DJ 31.05.1995, p. 15858 e Revista de Direito Administrativo, n. 200, abr./jun. 1995, p. 158.

124 MEIRELLES, Hely Lopes. Tombamento e indenização. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 600, p. 15-18, out. 1985, p. 17.

II) TEORIAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO LÍCITO NO DIREITO COMPARADO

Na seção em questão serão examinadas três teorias que fundamentam a responsabilidade do Estado por atos lícitos, relativas a ordenamentos jurídicos estrangeiros: a do Sacrifício Especial (tratada na Alemanha), a da Igualdade Perante os Encargos Públicos (desenvolvida na França) e a do Sacrifício de Direitos (estudada na Itália). A primeira será analisada sob a ótica dos ensinamentos do doutrinador Hartmut Maurer; a segunda, dos de Pierre Delvolvé; e a terceira, da obra de Renato Alessi.

Ao final da explanação de cada uma das teorias, será ainda exposto um precedente judicial acerca do assunto tratado, para fins de comparação entre a doutrina e a jurisprudência presentes em cada ordenamento jurídico em questão.

A escolha pelas três teorias acima explicitadas justifica-se em razão de sua influência no ordenamento jurídico brasileiro: conforme será posteriormente visto, a doutrina majoritária no Brasil, ao discorrer sobre fundamentos para a responsabilização do Estado por atos lícitos, faz menção a pelo menos uma dessas teorias. Como também será visualizado no presente estudo, a jurisprudência pátria igualmente sofre influência destes ensinamentos estrangeiros. Assim, para que se possa melhor entender e sistematizar o contexto brasileiro, será necessário, inicialmente, analisar a doutrina e jurisprudência desses três países mencionados.

I. Alemanha: a Teoria do Sacrifício Especial

No Estado Moderno, após a Revolução Francesa, o objetivo do Poder Público passou a residir na proteção dos direitos; todavia, ainda havia a possibilidade de imposição de limitações à propriedade privada, se o interesse público assim o exigisse, pelo meio da expropriação forçada (desapropriação)¹²⁵.

125 FLEINER, Fritz. *Les Principes Généraux de Droit Administratif Alemand*. Paris: Librairie Delagrave, 1933, p. 181-182.

A indenização no caso de desapropriação de bens realizada para atender ao interesse público não se embasa na ilicitude de ato do Poder Público (pois o ato possui base legal), mas sim no valor da equidade (ou justiça)¹²⁶, tendo em vista que o sacrifício individual (traduzido na privação ou restrição da liberdade privada) reverteria em benefício da coletividade¹²⁷: é o denominado pela doutrina e jurisprudência como “sacrifício especial”¹²⁸. A indenização, no caso, importaria a generalização do sacrifício, que passaria a ser suportado por todos¹²⁹.

A matéria sofreu transformações a partir das mudanças legislativas e jurisprudenciais, conforme será a seguir analisado, sob a ótica específica da obra de Hartmut Maurer, com o subsídio de outros doutrinadores alemães. Salienta-se, no entanto, que, em face da dificuldade de obtenção de obras germânicas, em especial atualizadas, o estudo estará centrado e utilizará primordialmente os ensinamentos do referido autor alemão.

a) Evolução da Matéria no Século XIX até a Constituição de Weimar

No século XIX, a desapropriação foi incorporada nas constituições estaduais, e era admitida exclusivamente para proporcionar o bem-estar da coletividade e mediante prévia indenização (desapropriação clássica); seus elementos essenciais eram:

(1) terrenos como objetos de propriedade, (2) transferência da propriedade a um titular jurídico novo como sucedimento jurídico,(3) ato administrativo como forma jurídica e (4) necessidade para uma empresa correta, que serve ao bem-estar público como finalidade da desapropriação.¹³⁰

O Código Civil Alemão (BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*), editado em 1896, passou a ser empregado como embasamento para a concessão de indenizações por desapropriação, em

126 MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. t. 4. Paris: V. Giard & E. Briere, 1906, p. 221-222.

127 FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 429.

128 Neste sentido, o §75 da introdução ao direito do país geral para os Estados prussianos: “Em compensação, o estado está obrigado a indenizar àquele que é obrigado a sacrificar seus direitos e vantagens especiais ao bem-estar do ser comum”, em MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 781.

129 MAYER, Otto. *Op. cit.*, p. 223.

130 MAURER, Harmut. *Op. cit.* p. 782.

virtude dos seus §§ 31, 831 e 836, que possuem previsão utilizada analogicamente pelos tribunais¹³¹, os quais são transcritos:

§ 31 (Responsabilidade dos órgãos)

A associação é responsável pelos danos que a direção, um membro da direção, ou um outro procurador convocado de acôrdo com a organização, causar a um terceiro por um procedimento, que obrigue à indenização de danos, praticado no exercício das funções que lhe cabem.

[...]

§ 831 (Responsabilidade pela ajudante nas funções)

Quem designar um outro para uma função, estará obrigado à indenização do dano que o outro, no exercício da função, causar, antijuridicamente, a um terceiro. A obrigação de indenização não tem lugar quando o dono do negócio, na escolha da pessoa designada, ou, sempre que tiver êle de fornecer os aparelhos ou os utensílios, ou de dirigir o exercício da função, no fornecimento, ou na direção, observar os cuidados exigíveis na vida usual, ou quando [, no caso de não ter observado,] o dano, mesmo com a observância dêsses cuidados, se havia de produzir.

[...]

§ 836 (Desmoronamento)

Se, pelo desmoronamento de um edificio ou de uma outra obra ligada a um imóvel, ou pelo destacamento de uma parte do edificio ou da obra, fôr uma pessoa morta, ou o corpo ou a saúde de uma pessoa lesado, ou uma coisa deteriorada, estará o possuidor do prédio, sempre que o desmoronamento ou o destacamento fôr a conseqüência de uma construção defeituosa ou de uma conservação viciosa, obrigado, para com o lesado, a indenizar o dano daí resultante. A obrigação à indenização não tem lugar se o possuidor, com a finalidade do afastamento do perigo, observou os cuidados exigíveis na vida usual. [...]¹³²

Contudo, foi com a Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), que previu a desapropriação em seu artigo 153, que a jurisprudência passou a evoluir significativamente¹³³. O citado artigo 153 assim estabelece:

Artigo 153. [*A propriedade.*] A propriedade está garantida pela Constituição. Seu conteúdo e suas limitações se deduzem das leis.

Somente poderá ser realizada uma desapropriação quando o requerer o bem comum e houver base legal para tanto. Será feita sempre mediante uma indenização adequada, a não ser que por lei do *Reich* se dispuser outra coisa. A quantia da indenização poderá, em caso de litígio, ser livremente discutida ante os Tribunais ordinários, exceto se as leis do *Reich* dispuserem outra coisa. O *Reich* somente poderá desapropriar dos Territórios, Municípios e coletividades de interesse geral, mediante indenização.

A propriedade impõe obrigações. Seu uso deve constituir ao mesmo tempo um

131 MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. t. 4. Paris: V. Giard & E. Briere, 1906, p. 229.

132 ALEMANHA. *Código civil alemão*. Trad. Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960, p. 25 e 139-140. Grifos no original.

133 MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 783.

serviço para o mais alto interesse comum.¹³⁴

A partir de tal previsão positivada, a noção de desapropriação passou a ser estendida para uma pluralidade de casos que não se amoldavam à ideia estrita de desapropriação clássica, com a finalidade de proporcionar um remédio judicial para aquelas situações nas quais houvesse, por exemplo, somente restrição à propriedade privada, mas que exigisse um sacrifício especial do proprietário:

[...] o conceito de desapropriação estendeu-se a todas aquelas intervenções que – sem descaracterizar a noção usual de desapropriação – pareciam implicar a sua necessidade de uma indenização. E assim, declarando-as desapropriações, encontrou-se a conexão com o preceito referente à indenização contido no artigo 153, 2.¹³⁵

É com estes contornos que a doutrina e jurisprudência alemãs se apresentam no início do século XX¹³⁶. Em similitude ao exposto por Hartmut Maurer¹³⁷, passa-se a dividir a compreensão acerca da evolução da aplicabilidade da Teoria do Sacrifício Especial¹³⁸ à indenização por danos à propriedade por parte do Poder Público conforme a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*) e do

134 Tradução livre de: “Art. 153. [La propiedad.] La propiedad está garantizada por la Constitución. Su contenido y sus limitaciones se deduzen de las leyes.

Sólo podrá realizarse una expropiación cuando lo requiera el bien común y haya base legal para ello. Se hará siempre mediante una indemnización adecuada, a no ser que por ley del Reich se disponga otra cosa. La cuantía de la indemnización podrá en caso de litigio ser libremente discutida ante los Tribunales ordinarios, a no ser que las leyes del Reich dispongan otra cosa. El Reich sólo podrá expropiar a los Territorios, Municipios y colectividades de interés general, mediante indemnización.

La propiedad impone obligaciones. Su uso debe constituir al mismo tiempo un servicio para el más alto interés común”, em BÜHLER, Ottmar. *La constitución alemana*: de 11 de agosto 1919. Madrid: Editorial Labor, 1931, p. 142. Grifos no original.

135 Tradução livre de: “[...] el concepto de expropiación se extendió a todas aquellas intervenciones que – sin caer bajo la noción usual de expropiación – parecían implicar de suyo la necesidad de una indemnización. Y así, declarandolas expropiaciones, se encontró la conexión con el precepto referente a indemnización contenido en el art. 153 ap. 2”, em FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 432.

136 MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 784.

137 *Ibidem*, p. 784 e seguintes.

138 Com a ressalva de que a Teoria do Sacrifício Especial não foi a única proposta para a solução do problema da restrição administrativa da propriedade. Acerca do assunto, vide, por exemplo, a Teoria do Ato Particular, segundo o qual se limitam as hipóteses de atos desapropriatórios àquelas “leis que possuem o caráter de uma intervenção particular e impõem determinado sacrifício a um setor perfeitamente circunscrito de pessoas em favor de um fim público”, conforme tradução livre do seguinte trecho: “leyes que tienen el carácter de una intervención particular e imponen determinado sacrificio a un sector perfectamente circunscrito de personas en favor de un fin público”, conforme FORSTHOFF, Ernst. *Op. cit.*, p. 440 e o emprego do Direito Natural e dos direitos adquiridos (teoria que abrange de modo genérico), consoante FLEINER, Fritz. *Les Principes Généraux de Droit Administratif Alemand*. Paris: Librairie Delagrave, 1933, p. 185.

Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof, BGH*). Para fins de compreensão dos limites das decisões tomadas, esclarece-se que o Tribunal Constitucional Federal alemão possui a seguinte competência, na forma do artigo 93 da Lei Fundamental alemã:

Artigo 93 (competência do Tribunal Constitucional Federal)

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide sobre:

1. a interpretação desta Grundgesetz a partir de litígios acerca da extensão dos direitos e deveres de um órgão federal superiores ou outras entidades que sejam dotadas de direitos próprios por esta Grundgesetz ou pelo Regimento Interno de órgão federal superior.

2. no caso de divergências de opinião ou dúvidas quanto à compatibilidade formal ou material do direito federal ou do direito estadual com esta Grundgesetz, ou da compatibilidade do direito estadual com o restante do direito federal a partir de requerimento do Governo Federal, do governo de um Estado-membro ou de um terço dos membros da Câmara Federal.

2a. nos casos de divergências de opinião acerca da conformidade de uma lei com as condições do Art. 72 II GG a partir de requerimento do Conselho Federal, do governo de um Estado-membro ou da representação do povo de um Estado-membro.

3. no caso de divergência de opinião acerca dos direitos e deveres da União e dos Estados-membros, especialmente no que tange à execução do direito federal pelos Estados-membros e ao exercício da fiscalização federal.

4. outros litígios de direito público entre a União e os Estados-membros, entre vários Estados-membros ou dentro de um Estado-membro, desde que não exista outra via judicial.

4a. as Reclamações Constitucionais podem ser ajuizadas por qualquer um com a alegação de ter sofrido violação, por parte do poder público, de um de seus direitos fundamentais ou de seus direitos contidos no Art. 20 IV, assim como nos artigos 33, 38, 101, 103 e 104.

4b. as Reclamações Constitucionais ajuizadas por municípios (Gemeinden) ou associações de municípios em face de violação, por lei, do direito de autonomia administrativa comunal garantido pelo Artigo 28, no caso de leis estaduais, somente se a Reclamação não puder ser ajuizada perante o Tribunal Constitucional do respectivo Estado-membro.

5. nos demais casos previstos nesta Grundgesetz.

(2) O Tribunal Constitucional Federal atuará ainda nos demais casos que lhe sejam atribuídos por lei federal.¹³⁹

Por outro lado, o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha é a última instância em matéria ordinária, conforme o artigo 95, I, da Lei Fundamental alemã:

Nos âmbitos das jurisdições ordinária (civil e penal), administrativa, financeira, trabalhista e social, a Federação criará como Tribunais supremos a Corte Federal de Justiça, a Corte Federal Contencioso-administrativa, a Corte Federal da Fazenda, a Corte Federal de

139 MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 964-965.

A competência das Cortes influenciou a mudança do tratamento do tema, conforme será visto.

b) Jurisprudência do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha

Até a resolução de abolição de saibro do Tribunal Constitucional Federal, a jurisprudência do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha seguiu a já visualizada expansão da noção de desapropriação, em interpretação ampliativa do contido no artigo 153 da Constituição de Weimar, e, posteriormente, ao artigo 14 da Lei Fundamental Alemã, que possui garantia similar¹⁴¹:

Artigo 14 (Propriedade, sucessão, desapropriação)

(1) A propriedade e o direito à sucessão são garantidos. O seu conteúdo e os seus limites são determinados por lei.

(2) A propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir ao bem-estar da coletividade.

(3) Uma desapropriação só é permitida em razão do bem-estar da coletividade. Ela só pode ser efetivada por lei ou com base em uma lei que regulamente o tipo e o montante da indenização. A indenização será fixada mediante justa ponderação dos interesses da coletividade e dos atingidos. Em havendo divergência quanto ao montante da indenização, poder-se-á valer da via judicial perante os juízos e tribunais comuns.¹⁴²

As alterações trazidas pelo artigo 14 da Constituição Alemã de 1949, pois, são a admissão de desapropriações diretamente por lei, bem como o fato de que essa lei deve conter uma regulação de indenização (denominada “cláusula interdependência”¹⁴³), e que a

140 Tradução livre de: “En los ámbitos de las jurisdicciones ordinaria (civil y penal), administrativa, financiera, laboral y social, la Federación creará como Tribunales supremos la Corte Federal de Justicia, la Corte Federal Contencioso-administrativa, la Corte Federal de Hacienda, la Corte Federal de Trabajo y la Corte Federal Social”, em ABERASTURY, Pedro. *Ley de la justicia administrativa alemana: análisis comparado y traducción*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2009, p. 118-119.

141 MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 784.

142 MARTINS, Leonardo (Org.). *Op. cit.*, p. 719.

143 MAURER, Harmut. *Op. cit.*, p. 784-785.

indenização não pode ser legalmente afastada¹⁴⁴. Contudo, ainda que o legislador tenha sido obrigado, a partir desse momento, a regular, antecipada e abstratamente, quais as consequências do ato de desapropriação, inclusive a indenização, essas mudanças não se pronunciaram nos primeiros anos da Lei Fundamental Alemã, limitando-se o Tribunal de Justiça Federal a continuar a expandir os contornos da desapropriação¹⁴⁵.

Na época, a citada corte diferenciou entre os seguintes institutos: (I) a desapropriação clássica; (II) desapropriação obrigada à indenização; (III) intervenção igual à desapropriação; e (IV) intervenção desapropriadora¹⁴⁶. Estes serão pormenorizados nos tópicos a seguir.

b.1) Desapropriação Clássica

A desapropriação clássica possui a seguinte definição:

A desapropriação é a retirada ou a restrição de um direito individual privado ou público por um ato estatal em favor de um empreendimento público. A desapropriação e a transferência de propriedade aplicam-se aos objetos que são necessários para o empreendimento público considerado. Em sua origem, a desapropriação aplicava-se somente à propriedade fundiária e aos direitos reais limitados [...] O objetivo da desapropriação é dar ao desapropriante a plena disposição dos direitos existentes sobre imóvel necessário para a construção e exploração de sua obra (rua, canal, hospital, etc). Também a desapropriação está destinada a dar ao desapropriante a propriedade ou um outro direito real (por exemplo, direito de passagem) para suprimir em seu favor os direitos reais limitados, por exemplo, servidões ou restrições no interesse dos vizinhos que obstaculizem o domínio do desapropriante sobre uma coisa.¹⁴⁷

144 FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 442.

145 MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 786.

146 *Ibidem*, p. 786-791.

147 Tradução livre de: “L’expropriation est le retrait ou la restriction s’un droit individuel privé ou public par un acte étatique em faveur d’une entreprise publique. L’expropriation et le transfert de propriété s’appliquent aux objets qui sont nécessaires pour l’entreprise publique considerée. A l’origine, l’expropriation ne s’appliquait qu’à la propriété foncière et aux droits réels limités [...] Le but de l’expropriation est de donner à l’expropriant la pleine disposition des droits existants sur un fonds dont il a besoin pour la construction et l’exploitation de son ouvrage (rue, canal, hôpital, etc). Aussi l’expropriation est-elle destinée à donner à l’expropriant la propriété ou un autre droit réel (p. ex. droit de passage) au à supprimer em sa faveur des droits réels limités, par ex. servitudes ou restrictions dans l’intérêt des voisins qui font obstacle à la domination de l’expropriant sur une chose”, em FLEINER, Fritz. *Les Principes Généraux de Droit Administratif Alemmand*. Paris: Librairie Delagrave, 1933, p. 181-191.

A desapropriação, destarte, é modo de aquisição originário de propriedade, que é transmitida da pessoa física ou jurídica proprietária para o Poder Público, com o objetivo de realizar a finalidade social¹⁴⁸.

b.2) Desapropriação Obrigada à Indenização

Hartmut Maurer explica a criação da desapropriação obrigada à indenização, desenvolvida pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha por interpretação do artigo 14, III, da Lei Fundamental Alemã, a partir da vinculação à propriedade sem indenização prevista no artigo 14, II, “2” da Constituição Alemã:

O tribunal federal desenvolveu em seguimento à teoria do ato particular do tribunal imperial (intervenções particulares devem ser valoradas como desapropriação, limitações gerais como determinações de conteúdo), a chamada *teoria do sacrifício especial*. Desapropriação é, segundo isso, a “intervenção na propriedade, seja em forma de retirada ou na de agravamento, que toca especialmente desigualmente os indivíduos ou grupos afetados em comparação com outros e os coage a um sacrifício especial para a comunidade, não exigido dos restantes” (BGHZ 6, 270, 280).¹⁴⁹

A medida do instituto é o princípio da igualdade, visto que o proprietário do bem alvo da restrição é afetado de modo especial, ou seja, tratado de forma desigual, o que impõe o pagamento de indenização, para fins de compensação¹⁵⁰; é a aplicação, pois, da Teoria do Sacrifício Especial na criação da figura jurídica em estudo. O sacrifício especial conforma-se quando houver violação à equidade no ato de restrição da propriedade, pois foi efetuada de modo desigual aos demais indivíduos:

Na relação entre o Estado e o sujeito, não se cuida de perdas e ganhos recíprocos, mas do efeito da atividade estatal sobre os indivíduos. Isso não ocorre sem que os indivíduos sofram alguns prejuízos; nada há a ser mudado. Mas logo que esses prejuízos atinjam um indivíduo de uma maneira *desigual e desproporcional*, a equidade principia a revoltar-se, e quando o prejuízo se traduzir como um dano

148 FLEINER, Fritz. *Les Principes Généraux de Droit Administratif Alemand*. Paris: Librairie Delagrave, 1933, p. 181-192.

149 MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 786.

150 *Ibidem*, p. 786.

material correspondente à passagem de valores encontrados na repetição do que foi pago injustificadamente, haverá o que se denomina *sacrifício especial*, que corresponde ao enriquecimento sem causa, devendo ser indenizado. A compensação faz-se aqui por meio de uma *indenização satisfeita pela coletividade*, o que é a “generalização” do sacrifício especial, correspondente à restituição dos valores que foram alcançados contrariamente à equidade.¹⁵¹

O sacrifício especial ainda é explanado por Peter Badura:

14. A característica da “*intervenção*” caracteriza uma relação de imputabilidade no sentido de um efeito imediato, não no sentido de um comportamento administrativo direcionado a um escopo (“*orientado*”). A relação direta entre a medida e a consequência da intervenção que é seu pressuposto também vem definida como segue: o sacrifício especial imposto ao indivíduo deve representar uma consequência necessária onerada pelas características da medida impositiva. O Estado não é obrigado a ressarcir o proprietário de florestas, por causa de lacunas na normalização ou de insuficiência na execução, por danos *a vastas áreas silvestres* provocadas pela poluição atmosférica. Simples *situações de perigo* não criam uma relação de imputabilidade suficiente. A emissão, por parte de um semáforo, de sinais de luz que se contradizem (conhecido como “engano verde”) pode representar uma medida ilegítima nos confrontos entre os usuários de estrada e ensejar, então, a um dever de ressarcimento.

15. A característica do *sacrifício especial* descreve o limite do sacrifício, a medida do que pode ser pretendido sem ressarcimento. A chamada “teoria” da limitação dos efeitos desapropriativos a serem suportados sem ressarcimento (por serem estabelecidos pela determinação do conteúdo e pela fixação dos limites da propriedade), pode - quando faltam critérios mais adequados - ser auxiliada pela determinação do “limite do sacrifício”.¹⁵²

151 Tradução livre de: “Dans le rapport entre l’Etat et le sujet, il s’agit non pas de perte et de gain réciproques, mais de l’effet de l’activité de l’Etat sur les individus. Cela n’a pas lieu sans que les individus en éprouvent quelque préjudice; mais ce sont les conditions l’existence de l’Etat auquel ces individus appartiennent; il n’y a rien à y changer. Mais dès que ces préjudices frappent un individu d’une manière *inégal et hors de proportion*, l’équité commence à s’agiter, et quand le préjudice se traduit par un dommage matériel correspondant au passage de valeurs que l’on trouve dans la répétition de l’indû, il y aura ce qu’on appelle le *sacrifice spécial*, qui correspond à l’enrichissement sans cause, devant être indemnisé. La compensation se fait ici au moyen d’une *indemnité versée par la caisse commune*, ce qui est la ‘généralisation’ du sacrifice spécial, correspondant à la restitution des valeurs qui ont passé contrairement à l’équité”, em MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. t. 4. Paris: V. Giard & E. Briere, 1906, p. 223. Grifos no original

152 Tradução livre de: “14. La caratteristica dell’*intervento* contraddistingue un rapporto di imputabilità nel senso di un effetto immediato, non nel senso di un comportamento amministrativo rivolto ad uno scopo (*finalizzato*). Il diretto rapporto tra provvedimento e conseguenza dell’intervento che ne è il pressuposto viene anche definito come segue: il sacrificio speciale imposto al singolo deve rappresentare una conseguenza necessaria dovuta alle caratteristiche della misura autoritativa. Lo Stato non è tenuto a risarcire i proprietari di boschi, a causa di lacune nella normazione o di deficit nell’esecuzione, per danni *a vaste aree boschive* provocati dall’inquinamento atmosferico. Semplici situazioni di pericolo non creano un rapporto d’imputabilità sufficiente. L’emissione da parte di un *semaforo* di segnali luminosi che si contraddicono reciprocamente (c.d. ‘verde ingannevole’) può rappresentare una misura illegittima nei confronti degli utenti strada e dare luogo quindi ad un dovere di risarcimento.

15. La caratteristica del *sacrifício speciale* descrive il limite del sacrificio, la misura di ciò che può essere preteso senza risarcimento. Le c.d. ‘*theorie*’ per la limitazione degli effetti espropriativi, da sopportare senza risarcimento, costituiti dalla determinazione del contenuto e dalla fissazione dei limiti della proprietà possono - quando manchino criteri più adeguati - essere aiuto per la determinazione del ‘limite del sacrificio’”, em BADURA, Peter. *Fondamenti e sistema della responsabilità dello stato e del risarcimento pubblico nella repubblica federale di Germania*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. v. 38, fascicolo n. 2, p. 407-408. Grifos no original.

Gradativamente, o Tribunal de Justiça Federal passou a procurar critérios materiais (gravidade, intensidade e exigibilidade da intervenção), sem, no entanto, relegar a Teoria do Sacrifício Especial: a ideia de “sacrifício” passou a evocar o aspecto formal, e a de “especial”, o aspecto material da desapropriação¹⁵³. A Corte passou, ainda, a questionar acerca da “natureza da coisa”, indagando se certas restrições são próprias ou não ao direito afetado¹⁵⁴, de modo que

... da situação especial, na qual estão os objetos de propriedade particulares (por exemplo, um terreno em uma área de proteção à natureza, uma construção sob a proteção a monumentos), resultam vinculações materiais especiais que, pela limitação estatal, são concretizados somente ainda no sentido da vinculação social.¹⁵⁵

O sacrifício, destarte, é medida de igualdade que era empregada pela jurisprudência para ampliar a ideia de desapropriação, e propiciar indenização em situações que estariam à margem da proteção positivada clássica.

b.3) Intervenção Igual à Desapropriação

A indenização advinda da desapropriação (clássica) pressupõe que a intervenção na propriedade seja lícita, e, quando fosse ilícita e com culpa, haveria previsão de ressarcimento administrativo por dano culposo. Contudo, quando tal intervenção é ilícita e sem culpa, não havia originalmente fundamento para a responsabilização do Estado¹⁵⁶. O Tribunal de Justiça Federal da Alemanha decidiu, na mesma esteira anteriormente acolhida pelo Tribunal do Império, que, “se já intervenções jurídicas na propriedade foram indenizadas, então isso deve valer com maior razão para intervenções antijurídicas”¹⁵⁷. Tal entendimento, contudo, não se

153 MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 787.

154 *Ibidem*, p. 787.

155 *Ibidem*, p. 787.

156 *Ibidem*, p. 788.

157 *Ibidem*, p. 788.

funda na ideia de sacrifício, mas sim de regulação da desapropriação:

Intervenções iguais à desapropriação eram – segundo a definição original do *tribunal federal* – intervenções antijurídicas na propriedade, que “para o caso de sua admissibilidade legal iriam apresentar-se tanto segundo o seu conteúdo como segundo o seu efeito como uma desapropriação e em seu efeito real impuseram ao afetado um sacrifício especial” (BGHZ 6, 270, 290). Elas foram, porém, em aplicação correspondente do artigo 14 III da Lei Fundamental ou – assim mais cuidadosamente posteriormente – em virtude do artigo 14 III da Lei Fundamental, indenizadas “como uma desapropriação”.¹⁵⁸

Mesmo esse conceito original de intervenção igual à desapropriação foi estendido, pois o Tribunal de Justiça Federal posteriormente decidiu que ela seria concedida (além dos casos de responsabilidade administrativa), não apenas para intervenções ilícitas sem culpa, mas também para as ilícitas culposas¹⁵⁹. O fundamento para tal ampliação deve-se ao fato de que o sacrifício especial equivale à ilicitude da intervenção, não sendo relevante o fato de haver culpa ou não (a responsabilidade, pois, passou a independe de culpa). Esse sacrifício (oriundo da ilicitude do ato) passou a fazer parte do fato constitutivo da indenização¹⁶⁰.

b.4) Intervenção Desapropriadora

O Tribunal de Justiça Federal da Alemanha também desenvolveu a denominada “intervenção desapropriadora”, que se refere a efeitos laterais da atuação administrativa lícita, conforme explica Hartmut Maurer:

Nisso tratou-se de prejuízos da propriedade por conseqüências secundárias – em geral atípicas e imprevistas – de atuação administrativa em si jurídica, que são especialmente com efeito forte e duradouro e, por isso, excedem o limite do sacrifício do direito de desapropriação. [...] Tais prejuízos devem, segundo a jurisprudência do *tribunal federal*, em regra, ser aceitos sem indenização como meras vinculações sociais no sentido do artigo 14 I 2 da Lei Fundamental, mas podem excepcionalmente segundo o tipo, a extensão e intensidade ser tão graves que eles apresentam para o proprietário afetado um sacrifício especial, e, por

158 MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 788.

159 *Ibidem*, p. 788.

160 *Ibidem*, p. 789.

consequente, devem ser indenizados segundo princípios de desapropriação.¹⁶¹

Como são efeitos inesperados ou impensados da desapropriação, tais interferências secundárias, se totalmente equiparadas à desapropriação, seriam ilícitas, pois a indenização correspondente não fora prevista na lei desapropriadora¹⁶². O exemplo apontado pelo referido doutrinador concerne a certas obras rodoviárias que interferiram na circulação de pessoas e automóveis, e levaram, por esse motivo, a prejuízos de estabelecimentos que dependiam dos clientes que ali passeavam (sobretudo os armazéns e postos de gasolina)¹⁶³.

c) Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal: Resolução de Abolição de Saibro

O Tribunal Constitucional Federal alemão efetuou modificação abrupta no entendimento corrente até o momento, acerca das indenizações referentes a restrições à propriedade, ao decidir acerca da resolução de abolição de saibro que afeta a água subterrânea, julgada em 15 de julho de 1981 (*BVerfGE* 58, 300). O caso é o seguinte:

O autor do processo originário explorava, em seu terreno, a extração de saibro. A extração se dava em terreno por onde passavam lençóis freáticos, daí a alcunha **extração úmida de saibro** (*Nassauskiesung*).

A extração desse minério era permitida de acordo com a Lei Prussiana de Águas de 1913 mesmo em áreas de lençóis freáticos. Um pedido de autorização de prosseguimento da extração, feito após a entrada em vigor da nova Lei de Gestão de Águas de 1976, foi denegado pela autoridade competente. A contestação (administrativa) do autor não surtiu efeito. Porém, ele não ajuizou uma ação com pedido de outorga da referida autorização. Pelo contrário, ele requereu em seguida, ainda na esfera administrativa, indenização em face da intervenção de desapropriação em sua empresa regularmente constituída, assim como em sua propriedade imobiliária provocada, na prática, pelo indeferimento da autorização. Esse pedido foi indeferido pelo órgão competente governamental do Estado-membro *Nordrhein-Westfalen*. Finalmente, buscou a tutela jurisdicional junto a tribunais civis, requerendo uma indenização adequada. Em última instância, o Tribunal Federal (BGH) apresentou ao TCF, segundo o Art. 100 I GG, a seguinte questão constitucional: se os § 1a III, § 2 I e § 6 WHG (*Wasserhaushaltsgesetz* ou Lei de Gestão de Águas) são compatíveis com o Art. 14 I 2 GG. Uma violação do direito de

161 MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 790.

162 *Ibidem*, p. 790.

163 *Ibidem*, p. 790.

propriedade o BGH enxergou com que cada uso economicamente significativo da água subterrânea dependa de uma “concessão”, sobre a qual, todavia, não existe uma pretensão jurídica do proprietário do respectivo imóvel. O TCF verificou a constitucionalidade dos dispositivos para a decisão do Tribunal Federal (BGH).¹⁶⁴

Pelo exame, pois, da colisão do direito ínsito à propriedade (de fruição, através do aproveitamentos, pelo proprietário, do seu terreno, que prejudicariam a água subterrânea) com o direito coletivo de qualidade da água¹⁶⁵, decidiu o Tribunal Constitucional Federal que o direito de propriedade é delimitado por meio de lei, e que não necessariamente a água subterrânea faz parte do conteúdo essencial da propriedade, conteúdo essencial este que não poderia ser invadido pelo espaço legislativo, conforme a máxima da proporcionalidade¹⁶⁶. Isso porque o artigo 14, I, da Lei Fundamental estabelece que o conteúdo e limites da propriedade são fixados por lei, de modo que prevalece, no caso, o direito coletivo à qualidade da água:

Em primeiro lugar, não se pode derivar do Art. 14 GG que a água subterrânea precise ser fundamental e juridicamente atribuída ao proprietário do imóvel por onde passa, porque haveria entre a água subterrânea e a propriedade do terreno uma relação natural. O legislador não é vinculado, quando da criação de um ordenamento de bens de acordo com a Constituição, a um conceito de propriedade derivado da “natureza da coisa” (cf. BVerfGE 31. 229 [248]).

A garantia da propriedade privada enquanto instituto jurídico (BVerfGE 20, 351 [355]; 24, 367 [389]) até proíbe que sejam desconstituídos, aqueles âmbitos materiais do ordenamento jurídico privado que pertençam à configuração elementar, da atividade protegida por direito fundamental na área jurídico-patrimonial, evitando-se, com isso, que o âmbito de liberdade assegurado pelo Art. 14 GG seja suspenso ou substancialmente esvaziado. Mas daí não resulta, todavia, que todo bem jurídico precise, por força constitucional, submeter-se ao domínio jurídico privado (BVerfGE 24, 367 [389]). A garantia do instituto jurídico [da propriedade] não é tocada se bens vitais para a coletividade, para que se assegurem interesses públicos superiores e para o enfrentamento de perigos, não forem submetidos à ordem jurídica privada, mas a um ordenamento jurídico público (cf. BVerfGE 24, 367 [389 s.]).¹⁶⁷

Como resultado, o conceito de desapropriação tornou-se restrito às situações nas quais haveria retirada do todo ou de fração das posições jurídicas de valor patrimonial, nos moldes

164 MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 755. Grifos no original.

165 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, Trad. Luís Afonso Heck, p. 60.

166 Acerca da garantia do conteúdo essencial, vide ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. Trad. Luís Afonso Heck, p. 295 e seguintes.

167 MARTINS, Leonardo (Org.). *Op. cit.*, p. 759-760.

do artigo 14, I, 1, da Lei fundamental, por ato soberano que tem por fim o cumprimento de finalidade pública, de modo que o relevante não é a intensidade e qualidade da intervenção, mas sim a “forma e a direção da finalidade”¹⁶⁸. Hartmut Maurer esclarece que da “desapropriação no sentido do artigo 14 III da Lei Fundamental deve ser separado, com rigor, conceitualmente, a *determinação do conteúdo e de barreiras da propriedade* no sentido do artigo 14 I 2 da Lei Fundamental”¹⁶⁹. A propriedade, como instituto, não necessita de regulamentação legal; no entanto, a constituição alemã delegou ao legislador ordinário determinar seus limites (observados o núcleo essencial, a função social da propriedade, a máxima da proporcionalidade, o princípio da proteção à confiança e o princípio da igualdade)¹⁷⁰. Por interpretação do Tribunal Constitucional Federal, pois, quando uma norma que determina conteúdo da propriedade excede os limites constitucionais, ela não se torna desapropriação, mas sim deve ser considerada inconstitucional, e, portanto, a intervenção deveria ser impugnada pelo proprietário¹⁷¹. A concessão, pelo Poder Judiciário, de indenização substitutiva no caso de intervenção inconstitucional na propriedade violaria a separação de poderes (pois a lei interventora não estabeleceu indenização), motivo pelo qual não existe direito do particular de optar por indenização, mas somente de impugnar a intervenção ilícita¹⁷².

d) Jurisprudência do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha Após a Resolução de Abolição de Saibro pelo Tribunal Constitucional Federal

O Tribunal de Justiça Federal da Alemanha incorporou a decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional Federal, adotando o conceito estrito de desapropriação; mas se posicionou no sentido de que a intervenção igual à desapropriação e a intervenção

168 MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 793.

169 *Ibidem*, p. 793. Grifos no original.

170 *Ibidem*, p. 793.

171 *Ibidem*, p. 794.

172 *Ibidem*, p. 795.

desapropriadora permaneciam existentes (mormente quando tais intervenções, ao contrário da desapropriação, não se referem apenas a atos jurídicos direcionados), dessa vez embasadas na noção de “sacrifício geral dos §§ 74, 75 da introdução ao direito do país geral para os estados prussianos”¹⁷³. Tal evolução jurisprudencial significou retorno ao ponto de início histórico, com a diferença de que intervenções ilícitas também passaram a ser contempladas pelos dois institutos mencionados¹⁷⁴.

Com fundamento no que já havia sido decidido pelo Tribunal Constitucional, o Tribunal de Justiça Federal não mais permitiu ao particular lesado a escolha entre a impugnação (do ato ilícito estatal) e o pagamento de indenização, com exceção, na hipótese da intervenção igual à desapropriação, sempre que a referida impugnação não for possível ou não for exigível, tendo em vista o princípio relativo à responsabilidade por culpa previsto no §254 do Código Civil¹⁷⁵.

e) Visão Atual sobre a Matéria

e.1) Desapropriação

Modernamente, a propriedade persiste prevista no já citado artigo 14 da Constituição alemã; assim, a garantia da propriedade independe de regulamentação infraconstitucional (inciso I), mas a lei fundamental criou espaço para limitações pelo legislador infraconstitucional, em especial quando a propriedade se opuser a outros direitos fundamentais (como, por exemplo, direito à vida)¹⁷⁶. E, uma vez determinada e limitada pela legislação, é intangível à intervenção estatal, com exceção da desapropriação, em virtude do

173 MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 798.

174 *Ibidem*, p. 798.

175 *Ibidem*, p. 798-799.

176 *Ibidem*, p. 799.

bem-estar coletivo, através de lei (ou em razão dela) e mediante indenização¹⁷⁷.

Entretanto, Hartmut Maurer esclarece que o artigo 14, III, da Constituição alemã não contém “um fundamento de pretensão imediato para a indenização. É, ao contrário, assunto do dador de leis de regular abstrato-geralmente não só os pressupostos da desapropriação, mas também à indenização”¹⁷⁸. Desta forma, o fundamento da pretensão de indenização não é a propriedade, mas sim a lei que regulamentou a desapropriação¹⁷⁹. Essa regulamentação da indenização é a denominada “cláusula interdependência”, que deve ser desenvolvida somente pelo legislador, e não pelos tribunais, sob pena de violação à separação dos poderes, mormente quando a decisão referente à desapropriação deve levar em consideração as questões orçamentárias¹⁸⁰.

Dadas tais modificações trazidas com a decisão anteriormente examinada do Tribunal Constitucional Federal, o conceito de desapropriação atualmente empregado pode ser assim resumido: “é a retirada, completa ou em parte, de posições jurídicas de valor patrimonial, no sentido do artigo 14 I 1 da Lei Fundamental, por um ato jurídico soberano direcionado para o cumprimento de tarefas públicas determinadas”¹⁸¹.

e.2) Determinação de Conteúdo Obrigada à Compensação

A determinação de conteúdo obrigada à compensação refere-se à regulação da propriedade conforme o artigo 14, I, 2, da Lei Fundamental alemã; trata dos casos excepcionais em que uma indenização é devida em virtude de restrição à propriedade realizada por lei que regulamenta a propriedade, quando houver agravamento especial incompatível com a máxima da proporcionalidade, o que torna tais restrições

177 MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 800-801.

178 *Ibidem*, p. 801.

179 *Ibidem*, p. 801.

180 *Ibidem*, p. 816-817.

181 *Ibidem*, p. 801.

inconstitucionais¹⁸². Assim, em tais situações, a determinação do conteúdo obrigada à compensação pode atuar, através de uma compensação (inclusive financeira, embora não necessariamente) que atenua ou evite o agravamento¹⁸³.

Com o instituto em questão, é possível obter uma limitação à propriedade que atenda ao interesse público, e, simultaneamente, compensar, nas situações específicas, os agravamentos especiais (ideia de sacrifício especial), atendendo-se ao princípio da igualdade¹⁸⁴. É uma figura jurídica que possui por âmbito de aplicação nas “emissões desproporcionalmente fortes de instalações ou estabelecimentos explorados soberanamente e em limitações de aproveitamento desproporcionalmente agravantes no âmbito da proteção a monumentos e da proteção à natureza”¹⁸⁵.

Os seus pressupostos são: (a) um direito patrimonial (b) inserido no espaço regulamentador do legislador infraconstitucional (c) é prejudicada de forma especial e não exigível, (d) o agravamento não pode ser evitado através de outra maneira e (e) a compensação financeira consta na regulamentação legal¹⁸⁶. Quando tais condições são preenchidas, a compensação financeira (que deve ser plena, ou seja, corresponder a todos os prejuízos sofridos em razão da restrição infraconstitucional) será devida¹⁸⁷.

e.3) Intervenção Igual à Desapropriação

A indenização devida em virtude de intervenções iguais à desapropriação tem lugar quando os danos causados à propriedade (sejam atos jurídicos ou atos materiais¹⁸⁸) são ilícitos. Originalmente, o sacrifício especial sofrido residia em especial no fato de tal

182 MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 828-829.

183 *Ibidem*, p. 829.

184 *Ibidem*, p. 830.

185 *Ibidem*, p. 831.

186 *Ibidem*, p. 832.

187 *Ibidem*, p. 832.

188 *Ibidem*, p. 836.

intervenção ser ilícita¹⁸⁹. O conceito do referido instituto pode ser assim sumarizado: “é o prejuízo antijurídico efetuado imediatamente por uma medida soberana de uma posição jurídica protegida como propriedade”¹⁹⁰.

A partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal referente à resolução da abolição de saibro que afeta a água subterrânea, passou-se a questionar a ausência de fundamento legal para a concessão da indenização (pois não foi prevista no regulamento infraconstitucional da propriedade)¹⁹¹. Tal questionamento, no entanto, sofreu abrandamento pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, em virtude da ideia de sacrifício geral dos §§ 74 e 75 da introdução ao direito geral para os Estados prussianos (e não mais no artigo 14 da Lei Fundamental), que é “a causa primitiva de todas as pretensões de indenização nesse âmbito”¹⁹². Ademais, conforme salienta Hartmut Maurer, seria possível o amparo na Lei Fundamental, pois a intervenção igual à desapropriação opera como terceiro grau de proteção à propriedade¹⁹³, de caráter subsidiário. Assim, opera apenas quando os dois graus anteriores não o protegeram adequadamente, ressarcindo esse direito retirado¹⁹⁴, pois

... o dador de leis não deve simplesmente deixar correr as consequências das leis anticonstitucionais, mas já em virtude do artigo 14 I da Lei Fundamental está obrigado a procurar por possibilidades de compensação de danos ou, pelo menos, de limitação de danos¹⁹⁵.

Além disso, o Tribunal de Justiça Federal já decidiu no sentido de que a indenização em virtude de intervenção igual à desapropriação por omissão simples da administração é inadmissível, ao passo que, se a omissão for qualificada, ou seja, quando, excepcionalmente, equiparar-se a uma ação que intervém na propriedade do afetado (quando houver necessidade jurídica de atuação, como no caso, por exemplo, de negativa de autorização para construção),

189 MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 834-835.

190 *Ibidem*, p. 836.

191 *Ibidem*, p. 835.

192 *Idem*.

193 O primeiro grau seria a pretensão de defesa *erga omnes* contida na Constituição, que impede a intervenção na propriedade; e o segundo grau, a pretensão de eliminação das consequências de uma intervenção.

194 MAURER, Harmut. *Op. cit.*, p. 835.

195 *Ibidem*, p. 837.

a possibilidade torna a existir¹⁹⁶.

e.4) Intervenção Desapropriadora

A intervenção desapropriadora é figura jurídica criada pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, e relaciona-se a prejuízos na propriedade em razão de consequências secundárias (geralmente, atípicas ou não previstas) da atuação administrativa, que extrapolam o limite de sacrifício do direito de desapropriação, sendo, pois, devida indenização correspondente¹⁹⁷. Passou-se a discutir, no entanto, se ela foi absorvida pela nova concepção de determinação do conteúdo obrigada à compensação, já que, de todo o modo, não poderia confundir-se com a desapropriação, visto que esta última se refere a ato soberano direcionado, ao passo que a figura jurídica em exame pressupõe atos não direcionados¹⁹⁸.

Hartmut Maurer salienta que o âmbito da intervenção desapropriadora é residual, referente a danos causais ou decorrentes de acidentes, ou seja, “prejuízos da propriedade que se situam fora da extensão do tensor do desenvolvimento típico e, por conseguinte, de fato, não são previsíveis”¹⁹⁹. Tal noção residual decorre da distinção efetuada entre atuação administrativa e suas consequências, uma vez que a atuação administrativa não deixa de ser jurídica porque causou, incidentalmente, prejuízos como consequência (como indicado pelo citado doutrinador, por exemplo, no caso dos trabalhos de canalização efetuados dentro dos limites da ordem dada, que acidentalmente causa danos a um muro de fundação de um prédio); o dano à propriedade em si, no entanto, é ilícito²⁰⁰. Desse modo, no caso da intervenção desapropriadora, a atuação está de acordo com o ordenamento jurídico, mas o resultado dessa intervenção é ilícito (distinguindo-se, pois, da intervenção igual à

196 MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 838.

197 *Ibidem*, p. 850.

198 *Idem*.

199 *Ibidem*, p. 851.

200 *Ibidem*, p. 852.

desapropriação, na qual a atuação e o resultado são ilícitos)²⁰¹. O mencionado doutrinador considera esse caso uma exceção à regra geral estabelecida com a decisão acerca da resolução de abolição de saibro pelo Tribunal Constitucional Federal, denominado de “caso inconveniente”:

Um caso inconveniente existe quando uma lei reguladora de propriedade regula, de modo adequado jurídico-constitucionalmente, os casos típicos considerados pelo dador de leis para casos particularmente configurados e, com isso, atípicos, porém, traz um agravamento desmensurado e, sob esse aspecto, excede os limites jurídico-constitucionais. [...] Esses “casos inconvenientes” cobrem-se com o “sacrifício particularmente não-exigível”, mencionado por *Dürig*, ou com a “intervenção desapropriadora”, desenvolvida pelo tribunal federal, no último caso, pelo menos, então, quando se não o limita as conseqüências secundárias não-intencionadas, mas inclui também o agravamento compreendido, mas excepcionalmente desproporcional, pela finalidade da lei. Quando existe um caso inconveniente nem sempre é comprovado facilmente. Leis abstrato-gerais levam, por causa do seu caráter tipificador, mais vezes a determinados inconvenientes no caso particular. Isso somente ainda não basta. É, ao contrário, necessário que ela leve a agravamentos particularmente graves, não mais cobertos pela vinculação social, em que a comparação com os casos típicos traz um indício importante. Esses casos inconvenientes devem ser amortizados pelo dador de leis. Ele *não* precisa indenizar, mas pode também adotar outras regulações, por exemplo, sacar o caso inconveniente da regulação geral ou criar outras facilitações. Sim, o dador de leis deve até preferencialmente tentar evitar o caso inconveniente. Somente quando isso não é possível ou, sob a observância da fixação de objetivos legislativa, não-sustentável, entra em consideração uma indenização.²⁰²

O caso é esclarecido pelo princípio da igualdade²⁰³.

Destarte, os pressupostos de tal instituto são: (a) uma posição jurídica fundamental (protegida pelo artigo 14, I, da Lei Fundamental alemã) atingida por (b) conseqüências secundárias de ato administrativo jurídico (c) sofre prejuízos, (d) sob a forma de um sacrifício especial (“agravamento desmensurado”, que pode ser a antijuridicidade do prejuízo causado)²⁰⁴.

A indenização segue os mesmos princípios da desapropriação e da intervenção igual à desapropriação, visto que o prejuízo deve ser totalmente reparado²⁰⁵.

201 MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, Trad. Luís Afonso Heck, p. 852.

202 MAURER, Hartmut. Conceito de desapropriação e garantia da propriedade. In: MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Trad. Luís Afonso Heck, p. 52. Grifos no original.

203 *Ibidem*, p. 53.

204 MAURER, Harmut. *Op. cit.*, p. 853.

205 *Ibidem*, p. 853.

f) Caso Específico: *BVerfGE* 100, 226

Já decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão especificamente acerca da proteção ao patrimônio cultural em face do direito de propriedade de particulares. O caso é relacionado a uma indústria proprietária de um imóvel protegido, cuja manutenção revelou-se economicamente elevada, motivo pelo qual pretendia a demolição de tal bem (*BVerfGE* 100, 226). A ementa do julgado é a seguinte:

1. As regras do direito do patrimônio arquitetônico histórico e cultural que determinarem o conteúdo e os limites da propriedade serão incompatíveis com o Art. 14 I GG quando não excluïrem a possibilidade de ocorrência de ônus excessivos ao proprietário, não prevendo nenhuma medida de precaução para a contenção de tais limitações da propriedade.
2. Regras de compensação que existem para proteger o princípio da proporcionalidade em casos especiais difíceis (*Härtefälle*) são insuficientes, quando se limitarem a garantir aos atingidos um direito à indenização em dinheiro. A garantia do Art. 14 I 1 GG exige que, em primeira linha, sejam tomadas medidas de precaução que realmente impeçam um ônus excessivo sofrido pelo proprietário e que a utilização privada da propriedade seja mantida tão amplamente quanto possível.
3. Assim como o legislador no nível normativo também tenha que, além de disciplinar a determinação do conteúdo e limites da propriedade, regular os pressupostos, modo e extensão da compensação de limitações de outra feita desproporcionais, a Administração deve também decidir, quando da efetivação da limitação da propriedade, se o caso, sobre a compensação exigível, cobre pelo menos as questões básicas. O legislador deve estabelecer os pressupostos para tanto.
4. O §13 I 2 da lei de proteção e manutenção do patrimônio arquitetônico histórico e cultural de *Rheinland-Pfalz* é incompatível com a garantia da propriedade do Art. 14 I GG.²⁰⁶

Na decisão em questão, prolatada em 02 de Março de 1999, expôs o Tribunal Constitucional Federal que o dispositivo legal que autoriza a destruição de imóveis integrantes do patrimônio cultural apenas nas hipóteses em que o bem comum se sobrepuser ao interesse de preservação (§ 13, I, 2, DSchPflG) é uma determinação de conteúdo e limites da propriedade (não devendo, pois, ser avaliada pelos moldes da desapropriação, mas sim da garantia da propriedade do Artigo 14, I, da Lei Fundamental)²⁰⁷. Sob tal ótica, explanou a corte que o legislador ordinário, ao regulamentar a propriedade, deve ponderar os interesses

206 MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 765-766. Grifos no original.

207 *Ibidem*, p. 768.

coletivos (inclusive em razão da função social da propriedade²⁰⁸) com os interesses individuais do proprietário, com base na máxima da proporcionalidade e o princípio da igualdade²⁰⁹, pois “Limitações dos direitos do proprietário não podem ir além do que for suficiente ao propósito de proteção ao qual servem as regras”, sob pena de esvaziar-se o núcleo da garantia da propriedade, do qual fazem parte a utilidade privada, a atribuição do objeto da propriedade ao seu titular e a faculdade de dispor do bem²¹⁰.

A desproporção visualizada pelo Tribunal decorreu do fato de a legislação impugnada não ter levado em consideração os interesses do proprietário²¹¹ e não ter impedido gravames desproporcionais²¹². O Tribunal Constitucional ainda ponderou que, no caso concreto, não havia qualquer possibilidade de aproveitamento do imóvel protegido e a sua manutenção era elevada (embora houvesse o dever legal de manutenção)²¹³. Por essas circunstâncias, considerou incompatível com a garantia da propriedade prevista na Lei Fundamental a limitação de tombamento do bem imóvel objeto da ação, de modo que a limitação prevista em lei é ineficaz²¹⁴. No entanto, restou ressalvado que não havia direito a indenização²¹⁵, pois, naquele contexto, o direito tutelado não possuía cunho meramente patrimonial, de maneira que a indenização não seria proporcional, e não havia interesse na manutenção do imóvel²¹⁶.

No presente caso, o Tribunal Constitucional reforçou a corrente jurisprudencial existente desde a decisão referente à resolução de abolição de saibro de água subterrânea (já comentada), no sentido de que a indenização é cabível apenas quando prevista em lei (pois faz parte da limitação da propriedade). Tal entendimento decorre das particularidades na leitura que a Corte Constitucional efetuou do artigo 14 da Lei Fundamental alemã. Essa interpretação não encontra identidade à leitura dos tribunais brasileiros, e, portanto, não pode ser adotada

208 MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 770.

209 *Ibidem*, p. 769.

210 *Ibidem*, p. 770.

211 *Ibidem*.

212 *Ibidem*, p. 771.

213 *Idem*.

214 *Idem*.

215 *Ibidem*, p. 770.

216 *Ibidem*, p. 773.

sem restrições na jurisprudência pátria. No entanto, as decisões do Tribunal Constitucional alemão acerca do assunto (inclusive esta em estudo) são relevantes no tocante aos limites da regulamentação da propriedade privada (sob a luz da máxima da proporcionalidade), e em especial sob a ótica do princípio da igualdade. Isso porque esse princípio não permite haver desproporção na atribuição de tais limites, sobretudo em casos especiais não previstos, nos quais o proprietário assume um ônus desproporcional ao benefício que a coletividade aproveita sem o correspondente custeio. Em que pese a corte alemã não defira indenização em tais casos (em virtude das já citadas particularidades de sua lei maior), mas apenas confira ineficácia aos dispositivos desproporcionais, suas decisões podem ser tomadas por base para a verificação, nos casos brasileiros, das hipóteses em que um ato administrativo ou lei extrapolou os limites próprios da propriedade privada. Nesses casos, no direito brasileiro, interpretam a jurisprudência e doutrina que seria possível a indenização, por ausência de dispositivo constitucional que determine que tal compensação esteja prevista em lei, bem como em razão pelo contido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal^{217 218}. A indenização, nesses casos, ainda poderia justificar-se pela particularidade das situações que envolvem a proteção ao patrimônio cultural, no qual a indenização pode ser conferida e o bem alvo da intervenção pode permanecer protegido, e a propriedade particular, mantida, o que não ocorreu, por exemplo, na decisão em estudo, na qual fora autorizada a destruição do imóvel protegido, ao invés de ser conferida indenização e ser mantido o bem.

É de se destacar que a discussão sobre o assunto, na Alemanha, perdeu em parte a relevância, tendo em vista a criação de fundos de compensação para a proteção de monumentos²¹⁹.

2. França: a Igualdade Perante os Encargos Públicos

217 *Artigo 5º, XXXV, CF*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

218 Como exposto, por exemplo, em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 169.

219 Conforme, por exemplo, a Lei da Bavária sobre a proteção e preservação de monumentos históricos, vigente desde 25/07/1973, em ALEMANHA. *Gesetz zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler (Denkmalschutzgesetz - DSchG)*. München: Bayerische Rechtssammlung IV, 354, 1973.

A seção em questão analisará o contexto francês; inicialmente será examinada a evolução da responsabilidade sem culpa, passando a Teoria do Risco para, posteriormente, perscrutar a Igualdade Perante os Encargos Públicos, amplamente estudada pela doutrina francesa. No presente trabalho, serão tomados como norte em especial os ensinamentos de Pierre Delvolvé (no que tange ao segundo fundamento de responsabilidade sem culpa), em razão da especificidade de sua obra acerca do assunto, com o amparo de outros autores que também tenham tratado do tema.

a) Visão Inicial: a Responsabilidade sem Culpa

A ideia da responsabilidade estatal foi consolidada na França a partir do célebre caso *Blanco*^{220 221}, no qual restou decidido pelo Conselho de Estado que o Poder Público estava sujeito a um regime de responsabilidade que não seria geral, nem absoluto, respondendo pelos danos causados a terceiros em decorrência da conduta de seus agentes²²². O caso inaugura o período de evolução histórica identificado como a época da culpa civilista (ou seja, refere-se a um regime de responsabilidade por culpa), que posteriormente evoluiu para a noção de *faute du*

²²⁰ LACHAUME, Jean-François. *Droit administratif: les grandes décisions de la jurisprudence*. 14. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007, p. 765.

²²¹ No caso em questão, a menina Agnès Blanco foi atropelada por um vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, o que culminou em amputação de suas pernas. Nessa ação, a Corte Administrativa francesa distinguiu atos de império (que são os “praticados pelo Estado no exercício do poder de polícia”) de atos de gestão (os quais são os que “o Estado pratica, como o particular, quando administra seu patrimônio”), para concluir pela possibilidade de o Estado, quando pratica atos de gestão, ser responsável pelos danos causados, quando houvesse culpa do funcionário. Isso porque, de acordo com essa divisão, os atos de gestão não interferem na soberania do Estado, conforme CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 68.

²²² SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28.

service^{223 224}. Em que pese sua relevância para fins de estudo da responsabilidade do Estado, tais teorias não explicam os casos em que não é identificável culpa ou dolo por parte da Administração Pública, ainda que sua atividade tenha causado danos, em especial quando a atividade estatal impõe sacrifícios à propriedade privada em virtude do interesse público²²⁵. Em virtude de tais deficiências, foi desenvolvida pelo Conselho de Estado^{226 227}, paralela e subsidiariamente à responsabilidade por culpa do Estado (*faute du service*), a noção de responsabilidade sem culpa²²⁸.

Os sacrifícios efetuados pela Administração Pública podem ser de duas espécies: pode haver exigência de que o direito de propriedade seja transferido a um titular, ou pode ser imposta diminuição de valor da propriedade²²⁹. Há uma distinção, portanto, entre a

²²³ A definição de “culpa” (*faute*) no Direito Civil é: “a inexecução de um dever que o agente poderia conhecer e observar. [...] A culpa é a ação ou a omissão que não teria cometido um homem diligente, um homem sábio, um homem prudente”. Tradução livre de: “l’inexécution d’un devoir que l’agent pouvait connaître et observer. [...] La faute est l’acte ou l’abstention que n’aurait pas commis un homme diligent, un homme avisé, un homme prudent”, em SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*: civil, administratif, professionnel, procédural. 2. ed. Paris: Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 5-6. A *faute du service*, por seu turno, “é uma falha no funcionamento normal do serviço que incumbe a um ou mais agentes da Administração, mas não imputável a eles pessoalmente”. Tradução livre de: “est une défaillance dans le fonctionnement normal du service, incombant à un ou plusieurs agents de l’administration, mais non imputable à eux personnellement”, em RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 3e. éd. Paris: Dalloz, 1965, p. 249.

²²⁴ SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29.

²²⁵ GEORGIN, Charles. *Cours de droit administratif*. 17. éd. v. 2. Paris: Eyrolles, 1934, p. 199.

²²⁶ WALINE, Marcel. *Manuel élémentaire de droit administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1936, p. 630.

²²⁷ O Conselho de Estado “é o juiz supremo do contencioso administrativo, em outro dizer o conjunto dos litígios que se relacionam à competência da jurisdição administrativa. [...] Isso significa que as atribuições do Conselho de Estado na jurisdição administrativa são variadas: são os julgadores de primeira e última instância, concorrentemente com os tribunais administrativos e as jurisdições especiais (I); é ainda o juízo de apelação, concorrentemente com as cortes administrativas de apelação e certas jurisdições especiais (II); é enfim - e de mais a mais - juízo de cassação, competência que exerce de forma exclusiva (III). Ademais, outras competências levam-no a intervir em um processo contencioso, seja por decisões (IV), seja por orientações (V)”. Tradução livre de: “est le juge suprême du contentieux administratif, c’est-à-dire de l’ensemble des litiges qui relèvent de la compétence de la juridiction administrative dans son ensemble. [...] C’est dire que les attributions du Conseil d’Etat au sein de la juridiction administrative sont variées : il est toujours juge de premier et dernier ressort, concurremment avec les tribunaux administratifs et les juridictions spéciales (I) ; il est encore juge d’appel, concurremment avec les cours administratives d’appel et certaines juridictions spéciales (II) ; il est enfin - et de plus en plus - juge de cassation, compétence qu’il exerce seul (III). En outre, d’autres titres de compétence l’amènent à intervenir dans une procédure contentieuse, soit par des décisions (IV), soit par des avis (V)”, em ROBINEAU, Yves. *Le Conseil d’Etat*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 72.

²²⁸ RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 252. Neste mesmo sentido, FORGES, Jean-Michel de. *Droit administratif*. 5. ed. corr. Paris : PUF, 1998, p. 311.

²²⁹ GEORGIN, Charles. *Op. cit.*, 1934, p. 199.

desapropriação por utilidade pública e os danos decorrentes da execução das atividades públicas, conforme explica Charles GeorGIN²³⁰.

A desapropriação, no ordenamento jurídico francês, possui regras bastante específicas e relacionadas à atividade administrativa formal de retirada de propriedade de um particular em virtude de um interesse público, mediante justa e prévia indenização, de modo bastante similar ao instituto presente no restante do Direito Comparado, inclusive o brasileiro²³¹. Passa-se a analisar, pois, em face das maiores dificuldades presentes em tais situações, os casos nos quais não haja uma lei ou um ato administrativo específico que estipule indenização, embora o particular tenha sofrido dano anormal e especial em virtude da atividade estatal, e não se pode imputar ao Estado uma conduta culposa ou dolosa.

A responsabilidade sem culpa em face de danos decorrentes da execução das atividades públicas possui por fundamentos: (a) a Teoria do Risco e (b) a igualdade perante os encargos públicos²³². É o que se passará a analisar.

b) Teoria do Risco

A Teoria do Risco relaciona-se aos casos de responsabilidade em que não se pode identificar uma conduta dolosa ou culposa, mas estão presentes certos riscos próprios da atividade desempenhada, voluntariamente criados, que passam a fundamentar a responsabilização do Estado²³³:

Há, lembre-se, responsabilidade por risco quando a responsabilidade está constituída unicamente em razão de uma relação de causa e efeito entre o fato danoso e o dano, sem que seja necessário que o fato danoso apresente uma característica faltosa. Quando se desenrola assim o sistema do risco, o autor do ato danoso não pode se exonerar da responsabilidade, a não ser que estabeleça a culpa exclusiva da vítima

²³⁰ GEORGIN, Charles. *Cours de droit administratif*. 17. éd. v. 2. Paris: Eyrolles, 1934, p. 199.

²³¹ Conforme observa-se, por exemplo, a partir dos procedimentos expostos por DUEZ, Paul. *Traité de droit administratif*. Paris: Dalloz, 1952, p. 813 e seguintes, e por CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 13. éd. v. 2. Paris : Montchrestien, 1999, p. 739 e seguintes.

²³² MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif: cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêt avec corrigés*. 11.éd. Paris: Montchrestien, 2009, p. 855.

²³³ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 3e. éd. Paris: Dalloz, 1965, p. 252.

ou a ocorrência de força maior.²³⁴

A citada teoria foi subdividida por Marcel Waline, de acordo com sua evolução histórica, em: (a) risco profissional; (b) risco social; (c) risco anormal de vizinhança; (d) fato das obras perigosas; e (e) fato das atividades particularmente perigosas²³⁵.

A responsabilidade por risco profissional foi desenvolvida nas causas que envolviam demandas de pensões por invalidez de servidores públicos decorrente de acidentes de trabalho sofridos no exercício destas funções, sem que se pudesse imputar culpa da Administração Pública²³⁶. Posteriormente, passou a abranger também as pessoas que prestam serviços ao Estado, mesmo sem a condição de servidores públicos. Esse pensamento foi aplicado, inclusive, a um caso particular de um indivíduo que, embora não fosse servidor público, feriu a mão em um acidente, em razão da retirada de um fogo de artifício, após a sua ajuda ter sido requisitada pela polícia, tendo-lhe sido garantida pensão por invalidez custeada pelo Estado²³⁷.

Quanto à responsabilidade por risco social, o citado doutrinador apresentou as seguintes hipóteses: a reparação de danos causados em virtude de guerra ou motim, tendo em vista a particularidade da legislação a respeito. Em relação aos motins, a Lei de 16 de Abril de 1914 estabeleceu a responsabilidade do município, caso não tenham sido tomadas todas as providências para evitar a desordem. Marcel Waline critica tal regramento, por haver obscuridade quanto ao fundamento da responsabilização: se é a conduta dos habitantes da cidade, ou a conduta negligente do município (de maneira que a lei combina as ideias de culpa e risco)²³⁸. A responsabilidade oriunda de danos sofridos em virtude de atos de guerra (que possam ser caracterizados como atos de governo) impõe a indenização de danos certos, materiais e diretos a bens imóveis e móveis, e é fundada na igualdade e na solidariedade de

²³⁴ Tradução livre de: “Il y a, rappelons-le, responsabilité pour risque lorsque la responsabilité est engagée du seul fait d’une relation de cause à effet entre le fait dommageable et le dommage, sans qu’il soit nécessaire que le fait dommageable présente un caractère fautif. Lorsque joue ainsi le système du risque, l’auteur de l’acte dommageable ne peut s’exonérer de sa responsabilité qu’en établissant soit la faute de la victime, soit la force majeure”, em LAUBADÈRE, André de. *Droit administratif spécial*. Paris: PUF, 1958, p. 145.

²³⁵ WALINE, Marcel. *Manuel élémentaire de droit administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1936, p. 631.

²³⁶ WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. 6. ed. Paris: Recueil Sirey, 1952, p. 595.

²³⁷ *Ibidem*, p. 595.

²³⁸ *Ibidem*, p. 596.

todos os franceses perante os encargos da guerra²³⁹. É o caso dos sacrifícios à propriedade sofridos pelos particulares em virtude de atos que envolvem guerras, visto que, ao sofrerem tais danos, estão sacrificando-se em prol de toda a comunidade²⁴⁰. A respeito, foi editada a Lei de 17 de abril de 1919, que ressarcia os prejuízos da Primeira Guerra Mundial, e foi efetuada nova legislação para reparar os danos sofridos na Segunda Guerra Mundial²⁴¹.

O risco anormal de vizinhança refere-se ao risco de danos a pessoas ou a bens que se situam na vizinhança do local em que certos trabalhos ou atividades do Estado (que, por sua natureza, são arriscadas) são executados²⁴². Por exemplo: em 1915, um estoque de granadas, acumulado no forte Double-Couronne, explodiu, causando danos às propriedades vizinhas. O Conselho de Estado decidiu o caso com base no risco (e não na falta de diligência da administração militar), no sentido de que operações militares de guarda de armamentos apresentam riscos que excedem os limites normais de perigos de vizinhança, deferindo indenização aos proprietários lesados²⁴³.

A responsabilidade pelo fato das obras perigosas é caracterizada quando um dano resultar de uma causa desconhecida, mas que possa ser associada à existência de uma obra pública em terreno perigoso. Nesse caso, o operador (Administração Pública ou concessionária) é o responsável pela obra, sendo desnecessária a prova de culpa a ele imputável²⁴⁴. O exemplo mencionado por Marcel Waline é o caso de Beauvais, decidido pelo Conselho de Estado em 25 de janeiro de 1929, no qual um cabo aéreo de uma rede de distribuição de energia elétrica de Beauvais rompeu-se, caiu sobre os fios telefônicos e provocou um curto-circuito, que provocou um incêndio em um hotel. O referido hotel obteve indenização por parte da empresa concessionária de energia elétrica, ainda que não tenha sido possível estabelecer culpa na instalação dos cabos²⁴⁵.

Por fim, a responsabilidade pelo fato das atividades particularmente perigosas é

²³⁹ WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. 6. ed. Paris: Recueil Sirey, 1952, p. 597.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 596.

²⁴¹ *Idem*.

²⁴² *Ibidem*, p. 601.

²⁴³ WALINE, Marcel. *Manuel élémentaire de droit administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1936, p. 635-636.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 637.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 637-638.

explanado por Marcel Waline através de um exemplo: na comuna de Rabat-les-Trois-Seigneurs, um canhão anuncia o meio-dia, e suas detonações quebram os vidros das casas vizinhas, que atribuem tais danos ao Estado. Os tribunais não reconheceram culpa da Administração, mas a consideraram responsável por esses prejuízos²⁴⁶. Tal modalidade, pois, confunde-se com a responsabilidade pelo risco anormal de vizinhança, somente com a peculiaridade de que a noção de atividades particularmente perigosas surgiu depois daquela relacionada à vizinhança.

Embora a responsabilidade amparada no risco possua, por vezes, intenção de restaurar a paridade entre o particular e o bem comum, desestruturada em razão do sacrifício imposto ao particular (como, por exemplo, no caso do risco social, visto que a Lei de 16 de Abril de 1914 é embasada igualdade e na solidariedade, conforme já foi mencionado), tal fundamento de responsabilidade não é primariamente a igualdade, pois esta é obtida pela via indireta. A influência do princípio da igualdade verifica-se com mais clareza, pois, no segundo alicerce da responsabilidade sem culpa: a Igualdade Perante os Encargos Públicos.

c) Igualdade Perante os Encargos Públicos

Conforme ensina Pierre Laurent Frier,

A agregação social pressupõe sacrifícios que todos devem suportar. No entanto, se a ação de interesse geral, guiada pelo serviço público, causar um dano a uma categoria determinada de pessoas, que sofrem um prejuízo especial e anormal, elas encontram-se em uma situação de desigualdade caracterizada em relação ao resto da população, que deve ser corrigida.²⁴⁷

Assim, para que o Estado funcione, é necessária a alocação de encargos aos

²⁴⁶ WALINE, Marcel. *Manuel élémentaire de droit administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1936, p. 639.

²⁴⁷ Tradução livre de: “L’agrégation sociale suppose des sacrifices que tous doivent supporter. Si l’action d’intérêt général menée par le service public cause cependant un dommage à une catégorie déterminée de personnes qui subissent un préjudice spécial et anormal, elles se trouvent placées dans une situation d’inégalité caractérisée par rapport au reste de la population, ce qu’il faut corriger”, em FRIER, Pierre-Laurent. *Précis de droit administratif*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 2004, p. 487.

indivíduos, que é, preferencialmente, igualitária²⁴⁸. Contudo, quando, em virtude de um ato estatal, um particular sofrer prejuízos, embora o dolo ou a culpa não sejam atribuíveis ao Estado, ou não esteja presente o risco nas atividades públicas, será possível a compensação dos danos em virtude da aplicação do princípio da igualdade perante os encargos públicos (*égalité devant les charges publiques*):

Em todas essas hipóteses, está-se na presença de uma medida não faltosa, mas excepcional, que inflige a um particular, no interesse geral, um prejuízo anormal. O fundamento da responsabilidade reside na violação à igualdade de todos perante os encargos públicos: seria injusto que apenas uma pessoa, sozinha, suportasse uma decisão tomada em razão do interesse comum.²⁴⁹

Manuel Delamarre e Timothée Paris resumizam a ideia da responsabilização do Estado sem culpa, em razão da ruptura da igualdade perante os encargos públicos:

Ela é a melhor expressão da ideia de que os danos mais flagrantes, causados para a implementação do interesse geral, devem poder ser reparados, ao nome do princípio da igualdade.

De uma parte, é um regime de responsabilidade sem culpa, que não desqualificará a ação da Administração, chamando-a de “faltosa”, enquanto que ela, em verdade, cumpriu a sua missão em favor do interesse geral.

De outra parte, precisamente por causa desse último objetivo, a existência de uma responsabilidade não seria alcançada por uma compensação sistemática de todas as pessoas lesadas. O reconhecimento de uma responsabilidade sem culpa por ruptura da igualdade perante os encargos públicos exige, portanto, a existência de **um prejuízo suficientemente grave e que toca apenas a um pequeno grupo de pessoas - um prejuízo dito “anormal e especial”**, de acordo com a expressão jurídica consagrada.²⁵⁰

O referido princípio é fruto de construção jurisprudencial (do Conselho de Estado) e

²⁴⁸ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. v. 3. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 20. Grifos no Original.

²⁴⁹ Tradução livre de: “Dans toutes ces hypothèses, on est en présence d’une mesure non fautive, mais exceptionnelle, qui inflige à un particulier, dans l’intérêt général, un préjudice anormal. Le fondement de la responsabilité réside dans l’atteinte à l’égalité de tous devant les charges publiques: il serait injuste qu’un seul fit les frais d’une décision prise dans l’intérêt commun”, em RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 3e. éd. Paris: Dalloz, 1965, p. 254.

²⁵⁰ Tradução livre de: “Elle est la meilleure expression de l’idée selon laquelle les dommages le plus criants causés par la mise en œuvre de l’intérêt général doivent pouvoir être réparés, au nom du principe d’égalité. D’une part, elle est un régime de responsabilité sans faute, qui ne disqualifiera pas l’action de l’administration en la qualifiant de “fautive”, alors qu’elle n’a rien fait d’autre que remplir sa mission en faveur de l’intérêt général. D’autre part, en raison même de ce dernier objectif, l’existence d’une responsabilité ne saurait aboutir à une indemnisation systématique de toutes les personnes lésées. La reconnaissance d’une responsabilité sans faute pour rupture de l’égalité devant les charges publiques exige donc l’existence d’un **préjudice suffisamment grave et qui ne touche qu’un petit nombre de personnes - un préjudice dit ‘anormal et spécial’**, selon l’expression juridique consacrée”, em DELAMARRE, Manuel; PARIS, Timothée. *Droit Administratif*. Paris: Ellipses, 2009, p. 415-416. Grifos no original.

perpassou por uma série de denominações e perspectivas para que se alcançasse o seu atual estado²⁵¹. Nos dias atuais, o princípio da igualdade perante os encargos públicos é empregado para analisar a legalidade de um ato administrativo e para reconhecer a responsabilidade do Estado²⁵². Passa-se, pois, a analisar a evolução histórica do princípio em questão.

c.1) Evolução Histórica

A noção de respeito à igualdade da contribuição dos cidadãos surgiu a partir do artigo 13 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no qual havia previsão de pagamento de tributo devido por todos os cidadãos para fins de custear o Poder Público, contribuição esta que “deve ser igualmente repartida entre os cidadãos, em razão de suas capacidades”²⁵³, que originalmente se relaciona à matéria da tributação, editada em reação ao Antigo Regime, que se caracterizou pela diversidade de imposições tributárias²⁵⁴.

A partir da Declaração de Direitos de 1789, a noção de distribuição igualitária dos encargos públicos foi estendida a outros ramos do Direito, inclusive ao Direito Administrativo, alcançando todas as limitações que a lei impusesse ao particular em virtude do interesse público, pois os tributos não eram as únicas restrições possíveis na vida dos cidadãos²⁵⁵.

Posteriormente, o artigo 101 da Constituição Francesa de 1793 também acolheu a ideia de igualdade: “Nenhum cidadão está isento da nobre obrigação de contribuir aos encargos públicos”²⁵⁶.

²⁵¹ DELVOLLÉ, Pierre. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 01.

²⁵² *Ibidem*, p. 02.

²⁵³ Tradução livre de: “doit être également répartie entre les citoyens en raison de leurs facultés”, em LOCHAK, Danièle. *Les droits de l'homme*. Paris: Éditions La Découverte, 2002, p. 25.

²⁵⁴ DELVOLLÉ, Pierre. *Op. cit.*, 1969, p. 08.

²⁵⁵ *Ibidem*, 1969, p. 10.

²⁵⁶ Tradução livre de: “Nul citoyen n'est dispensé de l'honorable obligation de contribuer aux charges publiques”, em *Ibidem*, p. 10-11.

As Constituições de 1814 e 1830 também incorporaram a noção nos seus artigos 59: “Os franceses são iguais perante a lei ... pela contribuição aos impostos e aos encargos públicos”²⁵⁷. O preâmbulo da Constituição de 1848 traz a previsão de que a França “propôs-se ao objetivo ... de assegurar uma reparação mais e mais justa dos encargos e benefícios da sociedade”²⁵⁸. Em 1946, a nova Constituição passou a prever: “A nação proclama a solidariedade e a igualdade de todos os franceses perante os encargos que resultem das calamidades nacionais”²⁵⁹.

A partir de tais dispositivos (embora sem os citar diretamente²⁶⁰), o Conselho de Estado passou a utilizar, para a proteção do indivíduo em virtude do princípio da igualdade, as expressões “princípio da igualdade dos cidadãos perante os regulamentos administrativos”, “princípio da igualdade fiscal”, “princípio da igualdade perante os encargos de um serviço público” e “princípio da igualdade perante os impostos” para se referir a ideias similares, e, a partir de 1944, adotou denominações mais vagas de “a regra da justa repartição de um encargo legal”, “a regra da justa repartição das prestações” e “a regra da justa repartição dos encargos”²⁶¹, sempre tendo em mente o princípio maior da igualdade.

c.2) Valor Jurídico do Princípio da Igualdade Perante os Encargos Públicos

O princípio da igualdade perante os encargos públicos equivale a princípio geral do

²⁵⁷ Tradução livre de: “Les Français sont égaux devant la loi, ... pour la contribution aux impôts et aux charges publiques”, em DELVOLVÉ, Pierre. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 11.

²⁵⁸ Tradução livre de: “s’est proposé pour but ... d’assurer une répartition de plus e plus équitable des charges et des avantages de la société”, em *Ibidem*, p. 11.

²⁵⁹ Tradução livre de: “La nation proclame la solidarité et l’égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales”, em *Ibidem*, p. 12.

²⁶⁰ JEANNEAU, Benoît. *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*. Paris: Recueil Sirey, 1954, p. 25.

²⁶¹ DELVOLVÉ, Pierre. *Op. cit.*, p. 01.

direito²⁶², que objetiva proteger o cidadão dos encargos públicos, que são intervenções na sua liberdade²⁶³.

Não é, no entanto, fundado diretamente em texto específico, pois, conforme já foi mencionado, é um princípio de criação jurisprudencial, não havendo direta menção a textos legais por parte do Conselho de Estado do texto legal ou constitucional a ampará-lo, mesmo após a Constituição de 1946²⁶⁴. Isso pode ser explicado, inclusive, pelo fato de que, antes desta Constituição, e especialmente antes das reformas constitucionais de 1875, não havia dispositivos que regrassem o funcionamento do Poder Público, o que impedia a indicação da fonte formal ou material dos princípios da Justiça Administrativa: o julgador simplesmente afirmava diretamente a existência do princípio, e a obrigação dirigida ao governante de respeitá-lo²⁶⁵.

Após o ano de 1946, a situação permaneceu idêntica, embora, quanto a outros princípios, o Conselho de Estado tenha-se embasado no texto constitucional, como foi o caso da igualdade entre homens e mulheres, por exemplo²⁶⁶. A doutrina entende que tal silêncio é elemento complicador para estabelecê-lo como princípio de valor jurídico²⁶⁷. Entretanto, critica-se que, como este é considerado princípio geral do direito, é, nesta qualidade, alicerce do ordenamento jurídico²⁶⁸, independentemente de sua previsão positivada²⁶⁹. Assim, é irrelevante a ausência de previsão expressa para fins de conferir-lhe contornos jurídicos.

Ademais, ora a doutrina classifica-o como princípio legislativo (pois é princípio geral do direito, o que é permitido por lei), ora como princípio constitucional (por conta dos dispositivos constitucionais anteriormente citados); a jurisprudência não trouxe solução para

²⁶² RIVERO, Jean. Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français. In Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture Juridique française*: 1961-1962. Paris: Dalloz, 1965, p. 345.

²⁶³ DELVOLVÉ, Pierre. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 18.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 12.

²⁶⁵ *Idem*.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 14.

²⁶⁷ *Idem*.

²⁶⁸ JEANNEAU, Benoît. *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*. Paris: Recueil Sirey, 1954, p. 19.

²⁶⁹ RIVERO, *Op. cit.*, p. 345.

tal discussão, pois a aplica pacificamente mesmo para os casos de ausência de texto legal ou constitucional a respeito²⁷⁰.

c.3) Conteúdo dos Encargos Públicos

O princípio da igualdade perante os encargos públicos é um aspecto particular do próprio princípio da igualdade, que é norma mais geral²⁷¹, e tem por conteúdo a justa distribuição dos “encargos públicos”, que assim podem ser definidos:

De acordo com o senso comum, a palavra “encargo” designa uma carga, um fardo, qualquer coisa que pese. Se a ela for adicionado o objetivo “público”, serão visadas sujeições concernentes a toda uma coletividade.

Entendida dessa maneira geral, a expressão “encargos públicos” pode ter dois sentidos, também relacionados entre si. Em primeiro lugar, pode-se considerar a situação da própria coletividade: tem-se em vista o conjunto de despesas que ela efetua no interesse de todos os seus membros. É neste sentido que a Constituição de 1958 fala em “encargos” do Estado, por oposição a seus “recursos” (artigos 34 e 40). A palavra “encargos” substituiu “despesas” para englobar o conjunto de compromissos do Estado, definitivos ou temporários; mas ainda é a ideia essencial de despesa. Em face das despesas, devem organizar-se os recursos. Estes são deduzidos de todos os membros da coletividade: é a ideia de contribuições, de imposições. Esses são os encargos públicos. Aqui aparece a segunda acepção, entendida não mais ao lado da coletividade, mas da dos particulares que suportam todos os fardos das despesas públicas. É nesse sentido que se aplica o princípio da igualdade: ele exige que cada um seja submetido à mesma contribuição.²⁷²

²⁷⁰ RIVERO, Jean. Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français. In Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture Juridique française*: 1961-1962. Paris: Dalloz, 1965, p. 15-17.

²⁷¹ DELVOLVÉ, Pierre. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 13-14.

²⁷² Tradução livre de: “Selon le sens commun, le mot ‘charge’ désigne un poids, un fardeau, quelque chose qui pèse. Si l’on y ajoute l’adjectif ‘publique’, on vise des sujétions qui concernent toute une collectivité. Entendue de manière aussi générale, l’expression ‘charges publiques’ peut avoir deux sens, d’ailleurs liés l’un à l’autre. Tout d’abord, on peut envisager la situation de la collectivité elle-même: on a alors en vue l’ensemble des dépenses auxquelles elle se livre dans l’intérêt de tous ses membres. C’est en ce sens que la Constitution de 1958 parle des ‘charges’ de l’Etat par opposition à ses ‘ressources’ (art. 34 et 40). Le mot ‘charges’ a remplacé celui de ‘dépenses’ pour englober l’ensemble des engagements de l’Etat, définitifs ou temporaires; mais il s’agit toujours de l’idée essentielle de dépense. En face des dépenses, doivent s’organiser les ressources. Celles-ci sont prélevées sur l’ensemble des membres de la collectivité: il s’agit de contributions, d’impositions. Ce sont des charges publiques. Ici apparaît la deuxième acception, entendue non plus du côté de la collectivité, mais de celui des particuliers qui supportent tout le poids des dépenses publiques. C’est en ce sens que s’applique le principe d’égalité: il exige que chacun soit soumis à la même contribution”, em *Ibidem*, p. 05-06.

Os encargos públicos (perante as quais os cidadãos têm direito à justa distribuição) são todas as contribuições e imposições que a coletividade impõe aos particulares, para os fins de angariar recursos para sustentar a comunidade. O exemplo por excelência são os impostos, mas as desapropriações e as requisições também se inserem nesta categoria²⁷³.

No âmbito da responsabilidade do Estado, os encargos são os danos oriundos voluntária ou involuntariamente dos atos da Administração Pública²⁷⁴, de modo que as noções de encargos e de dano estão profundamente relacionados. Se os danos forem voluntários, a Administração Pública diretamente desejou impor certa sujeição a pessoas determinadas, suprimindo ou limitando direitos²⁷⁵. Se os danos foram involuntários, o dano sofrido por certos particulares é mera consequência de medida estatal que não teve por objetivo a restrição ou eliminação de direitos²⁷⁶.

Os encargos públicos igualmente pressupõem a existência de algum interesse público que justifique a sua imposição²⁷⁷: por estes motivos, Pierre Delvolvé defende que somente os danos permanentes são ressarcíveis com base em tal princípio, restando excluídos os danos fortuitos (por faltar a estes o elemento “público”)²⁷⁸. O referido doutrinador salienta, entretanto, que a jurisprudência possui concepção unitária em relação aos danos permanentes e os fortuitos (por poderem ser reparados da mesma forma), deferindo indenizações mesmo nos casos de danos acidentais (e expandindo, portanto, a noção de encargos públicos)²⁷⁹.

Os danos, ainda, devem possuir certas características para serem considerados encargos públicos: devem ser especiais e anormais. Assim, Conselho de Estado compara as situações dos interessados, cotejando os danos que o particular sofre com os danos que a coletividade sofreria, em caso de indenização (especialidade), e analisando a gravidade do

²⁷³ DELVOLVÉ, Pierre. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 06.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 247.

²⁷⁵ *Idem*.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 248.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 252.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 293.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 296.

dano sofrido (anormalidade)²⁸⁰.

c.4) Conteúdo da Igualdade

As noções de equilíbrio, justiça e solidariedade inspiram a igualdade integrante do princípio da igualdade perante os encargos públicos, questionando-se, com tais instrumentos, três grandes temas: (a) a alocação e a intensidade da imposição; (b) a proporcionalidade (máxima da proporcionalidade) da intervenção; e (c) a particularidade e a generalidade da intervenção²⁸¹.

Para fins de esclarecimento conceitual, diferencia Jean Rivero as noções de igualdade na norma em si, igualdade na aplicação da norma e igualdade fora da norma²⁸². A primeira refere-se à igualdade formal (jurídica, e não apenas fática, portanto), perante a lei (“A lei deve ser a mesma para todos”²⁸³), proibindo, especialmente ao legislador, discriminações arbitrárias²⁸⁴. A segunda determina que a Administração Pública não pode arbitrariamente realizar exceções para casos particulares, pois “igualdade perante a lei e subordinação da decisão particular à regra geral são a mesma coisa”²⁸⁵. Por fim, a terceira relaciona-se às situações em que não há outra norma, que não o princípio da igualdade, a influir sobre o caso para garantir a conformidade da conduta administrativa, tal qual as hipóteses de responsabilidade do Estado²⁸⁶.

No mesmo espírito, Pierre Delvolvé distingue a igualdade perante os encargos

²⁸⁰ DELVOLVÉ, Pierre. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 307-315.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 22.

²⁸² RIVERO, Jean. Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français. In Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture Juridique française: 1961-1962*. Paris: Dalloz, 1965, p. 349.

²⁸³ Tradução livre de: “La loi doit être la même pour tous”, em *Ibidem*, p. 349.

²⁸⁴ *Idem*.

²⁸⁵ Tradução livre de: “égalité devant la loi et subordination de la décision particulière à la règle générale ne font qu'un”, em *Idem*.

²⁸⁶ *Idem*.

públicos, a igualdade nos encargos públicos e igualdade pelos encargos públicos. A primeira implica a neutralidade no estabelecimento dos encargos públicos, de maneira que as autoridades competentes devem tomá-la como um dado que a eles se impõe em suas decisões, devendo repartir os encargos entre os cidadãos sem modificar o estado fático; cada um deve suportar seu encargo objetivamente, em distribuição quase matemática²⁸⁷. Já a igualdade nos encargos públicos demanda, no estabelecimento das imposições, uma atitude mais ativa por parte do Poder Público, sem contentar-se a observar se as medidas são idênticas para todos: deve agir orientando-se na realização e na repartição de tais fatos. Assim, implica uma vontade de intervir, utilizando fórmulas que mais se adaptam para alcançar a igualdade²⁸⁸. Por fim, a igualdade pelos encargos públicos supõe uma intervenção maior por parte da Administração Pública; não objetiva amenizar as contribuições, para que se amoldem às suas opções, mas sim transformar uma situação social desigual ao sobrecarregar os mais afortunados e diminuir as contribuições dos que possuem menos meios. Os objetivos não são mais neutros, pois procuram realizar a igualdade entre os cidadãos ao amenizar os encargos públicos somente para alguns²⁸⁹.

Historicamente, surgiu primeiro a primeira ideia citada, evoluindo para a segunda e culminando na terceira. Mas Pierre Delvolvé salienta que, atualmente, as três noções estão agrupadas sob a denominação de “igualdade perante os encargos públicos”²⁹⁰, o que torna o princípio ambíguo, pois agrupa três noções que, simultaneamente, combinam-se e contrapõem-se²⁹¹.

Jeanneau Benoît salienta, ainda, que a igualdade não pode ser entendida de modo absoluto, mas sim relativo (dependente das relações entre as pessoas), sendo possível que a Administração Pública estabeleça regimes distintos para categorias de indivíduos diferentes,

²⁸⁷ RIVERO, Jean. Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français. In Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture Juridique française*: 1961-1962. Paris: Dalloz, 1965, p. 21.

²⁸⁸ DELVOLVÉ, Pierre. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 21.

²⁸⁹ *Idem*.

²⁹⁰ *Idem*.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 22.

sem que, com isso, viole-se a igualdade²⁹². Tal princípio é desrespeitado em razão de o dano sofrido em razão da atuação estatal ser *especial* ao prejudicado, ou seja, “[o] princípio da igualdade somente poderia, portanto, atuar entre indivíduos que se encontram colocadas na mesma situação”²⁹³. Assim, “ele é violado em caso de tratamento discriminatório dos administrados colocados em situações idênticas”²⁹⁴. É um encargo que não se impõe normalmente a todas as pessoas que estão na mesma situação²⁹⁵. Além disso, a gravidade ou anormalidade do sacrifício também são levadas em consideração para fins de caracterizar um dano especial (sobretudo nos casos em que uma pluralidade de particulares é prejudicada), conforme já restou exposto²⁹⁶.

c.5) Âmbito de Aplicação do Princípio da Igualdade Perante os Encargos Públicos como Fundamento para a Responsabilidade Sem Culpa

Conforme já foi mencionado, há casos em que os juízes administrativos franceses fundamentam a responsabilidade do Poder Público no princípio da igualdade perante os encargos públicos:

... a reparação do dano não tende a outra coisa, que não restaurar em favor da vítima a igualdade violada pelo encargo especial que a ela foi imposto em razão de culpa administrativa ou da concretização do risco ao qual a Administração está exposta. Além disso, no campo da responsabilidade, há uma série de hipóteses nas quais, sem culpa, nem criação de um risco, a mera ruptura da igualdade perante os encargos públicos, ainda que ela resulte de uma decisão administrativa totalmente legal, é

²⁹² JEANNEAU, Benoît. *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*. Paris: Recueil Sirey, 1954, p. 34-35.

²⁹³ Tradução livre de: “Le principe de l’égalité ne saurait donc jouer qu’entre individus qui se trouvent placés dans une même situation”, em *Ibidem*, p. 35.

²⁹⁴ Tradução livre de: “il n’est violé que dans le cas de traitement discriminatoire d’administrés placés dans des conditions identiques”, em DELVOLVÉ, Pierre. *Le principe d’égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 260.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 261-263.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 266.

suficiente para acarretar a obrigação de reparar.²⁹⁷

A responsabilização pode ocorrer em razão de leis e convenções internacionais, atos administrativos regulares e pela inexecução (lícita) de decisões judiciais²⁹⁸.

A responsabilidade por atos legislativos é excepcional, e somente a partir de 2005 passou-se a defender que o silêncio do legislador não exclui o direito à reparação:

Essa responsabilidade, por muito tempo, somente foi reconhecida como excepcional, porque a condição de especialidade é raramente preenchida, sendo próprio da lei que disponha da maneira mais geral. Nada impede de pensar, no entanto, que ela pode desenvolver-se por causa de um julgamento de 2005, que reconheceu que o silêncio do legislador não significa que esse pretendeu excluir todo o direito à reparação.²⁹⁹

Em princípio, os efeitos gerais de uma lei, produzida sob influências sociais e econômicas, não são indenizáveis; contudo, com base no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já restou decidido em contrário³⁰⁰.

Em pouco mais de sessenta anos (da década de 1930 à década de 1990), somente em três casos o Conselho de Estado reconheceu tal responsabilidade: em 1938 (em relação à lei que, para apoiar o mercado de leite, proibiu a fabricação de produtos substitutos de laticínios, prejudicando empresa fabricante de similares), em 1944 (quanto a uma lei que, ao pretender estimular a produção de lúpulo, determinou aumento da sua concentração na cerveja) e em 1963 (sobre lei que proíbe a execução de ordens judiciais de expulsão de famílias de militares

²⁹⁷ Tradução livre de: "... la réparation du dommage ne tend pas à autre chose qu'à rétablir, au profit de la victime, l'égalité rompue par la charge spéciale qui lui a été imposée du fait de la faute administrative ou de la réalisation du risque auquel l'administration l'a exposé.

De plus, sur le terrain de la responsabilité, il est une série d'hypothèses dans lesquelles, sans faute ni création d'un risque, la seule rupture de l'égalité devant les charges publiques, alors même qu'elle résulte d'une décision administrative pleinement l'égalité, suffit à entraîner l'obligation de réparer.", em RIVERO, Jean. Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français. In Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture Juridique française*: 1961-1962. Paris: Dalloz, 1965, p. 346-348.

²⁹⁸ DELVOLVÉ, Pierre. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 238-244.

²⁹⁹ Tradução livre de: "Cette responsabilité n'a longtemps été reconnue qu'exceptionnellement, car la condition de spécialité est rarement remplie, le propre de la loi étant de disposer de la manière la plus générale qui soit. Rien n'interdit de penser cependant qu'elle puisse se développer car un arrêt de 2005 reconnaît que le silence du législateur ne signifie pas qu'il ait entendu exclure tout droit à la réparation", em MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*: cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêt avec corrigés. 11.éd. Paris: Montchrestien, 2009, p. 863.

³⁰⁰ LOMBARD, Martine. *Droit administratif*. 5. ed. Paris : Dalloz, 2003, p. 496.

que serviam no norte da África)³⁰¹.

Por seu turno, a responsabilidade em razão de convenções internacionais é aplicação mais nova do princípio da igualdade perante os encargos públicos, pois seu primeiro caso ocorreu em 1966, relativo à reparação de danos sofridos por uma sociedade que explorava uma estação de rádio (*Poste parisien*), da qual foi privada a exploração durante a ocupação alemã da França durante a Segunda Guerra Mundial. A causa envolveu a demora das convenções internacionais em examinar tais prejuízos após o término da guerra³⁰².

A responsabilidade em razão de atos administrativos regulares, no caso dos atos gerais e impessoais, opera de modo similar à responsabilidade por atos legislativos, com a diferença de que atos administrativos podem ser contestados, e leis regulares, não³⁰³. Um caso analisado pelo Conselho de Estado foi o do comerciante de lembranças instalado no caminho para o Circo de Gavarnie que foi prejudicado por uma lei que proibiu pedestres no local³⁰⁴. Já no caso dos atos individuais, a responsabilidade estatal impõe-se em razão do encargo desproporcional, decorrente da medida individual, suportada por apenas alguns administrados, em proveito de todos³⁰⁵. Um caso no qual o princípio foi aplicado foi o seguinte: o Ministro das Relações Exteriores ordenou ao cônsul da França em Seul que permanecesse em seu posto após a saída das autoridades da Coreia do Sul. Em razão de tal ordem, ele foi preso e seus bens, saqueados. O Conselho de Estado considerou que a decisão do ministro, apoiada no interesse público, ocasionou prejuízos ao cônsul, havendo direito deste à compensação pelo princípio da igualdade perante os encargos públicos³⁰⁶.

A responsabilidade do Estado pela inexecução (lícita) de decisões judiciais é, em verdade, um caso de aplicação da responsabilidade em razão de atos administrativos regulares, visto que o ato da Administração Pública dá origem a um prejuízo³⁰⁷.

³⁰¹ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*: cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêt avec corrigés. 11.éd. Paris: Montchrestien, 2009, p. 863.

³⁰² *Ibidem*, p. 863-864.

³⁰³ *Ibidem*, p. 240-241.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 865.

³⁰⁵ FORGES, Jean-Michel de. *Droit administratif*. 5. ed.corr. Paris : PUF, 1998, p. 315.

³⁰⁶ DELVOLVÉ, Pierre. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 244.

³⁰⁷ DUPUIS, Georges. *Droit administratif*. 9. ed. Paris: Armand Colin, 2004, p. 576.

Normalmente, a Administração Pública não pode recusar-se a cumprir ordens judiciais (de modo que uma recusa seria ilegal); contudo, em certas circunstâncias particulares, ela tem o direito de não executar sentenças, especialmente em casos em que haverá prejuízo certo. Em tais situações, deverá haver compensação³⁰⁸. Essa modalidade de responsabilidade teve origem no caso *Couitéas*, no qual o Conselho de Estado admitiu a responsabilização do Estado em razão da recusa do governo a ordenar a expulsão por força pública armada das tribos que ocupavam ilegalmente terras na Tunísia (de propriedade do senhor Couitéas), que obtivera uma decisão judicial que determinava a expulsão. Esta recusa foi justificada pelo medo de graves perturbações à ordem pública, mas os danos especiais e anormais do proprietário tinham de ser reparados com base na responsabilidade sem culpa³⁰⁹.

Conforme se verifica pelas modalidades de responsabilidade acima expostas, a aplicação do princípio da igualdade perante os encargos públicos surgiu a partir de evolução jurisprudencial na França, iniciada no campo do Direito Tributário, e expandiu-se para o Direito Administrativo (evolução esta que pode ser considerada natural, já que o Direito Tributário é ramo autônomo do Direito Administrativo³¹⁰), e, dentro desta área do Direito, embasou a responsabilidade do Estado em razão das mais diversas formas de interferência em direitos particulares, com o fim de restabelecer a igualdade entre os cidadãos que for violada (“... a reparação do dano não tende a outra coisa, que não restaurar em favor da vítima a igualdade violada pelo encargo especial que a ela foi imposto em razão de culpa administrativa ou da concretização do risco ao qual a Administração está exposta”³¹¹). Weil Prosper salienta, todavia, que o princípio em questão não pode ser indefinidamente ampliado, sob pena de permitir-se ao Poder Público proceder de acordo com seus desejos, desde que haja indenização correspondente:

³⁰⁸ DELVOLLÉ, Pierre. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 245.

³⁰⁹ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif: cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêt avec corrigés*. 11.éd. Paris: Montchrestien, 2009, p. 865-866.

³¹⁰ TIPKE, Klaus; LANG, Joachin. *Direito Tributário (Steuerrecht)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. I. Trad. Luiz Dória Furquim, p. 56-57.

³¹¹ Tradução livre de: “la réparation du dommage ne tend pas à autre chose qu'à rétablir, au profit de la victime, l'égalité rompue par la charge spéciale qui lui a été imposée”, em RIVERO, Jean. Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français. In Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture Juridique française: 1961-1962*. Paris: Dalloz, 1965, p. 347.

Ainda que o conceito de responsabilidade da Administração pela quebra da igualdade perante os encargos públicos constitua, sem dúvida alguma, um progresso, há que se evitar que sua extensão desmesurada o desvirtue até o ponto de chegar a significar que a Administração faça o que quiser, sempre que de imediato indenize - em certos casos - as vítimas de sua ação. Por baixo da extensão da responsabilidade sem culpa ou objetiva da Administração, assistiríamos, então, a um perigoso retrocesso do controle da regularidade da ação administrativa, ou, por que não dizer, a uma autêntica renúncia do juiz administrativo.³¹²

No entanto, ainda que tal crítica exponha uma preocupação válida, não leva em consideração a circunstância de que a concessão de indenização não é a única forma de remediar a desigualdade caracterizada por um ato estatal. Isso porque, reconhecida a existência de danos a particulares em razão de violação ao princípio da igualdade perante os encargos públicos, duas soluções são possíveis: ou o ato discriminatório é anulado (desfazendo-se pois, a fonte do dano), ou haverá o pagamento de uma indenização, para fins de reparar o dano sofrido (de modo que a origem do dano não é desfeita, mas uma compensação é concedida):

A diferença de solução explica-se pela diferença de dados da questão. Em uma primeira hipótese, a desigualdade encontra-se na sua própria medida; ela está contida em seus termos. Então, com efeito, a decisão é ilegal e deve ser anulada; se essa é uma lei, nenhuma contestação é possível. Em uma segunda hipótese, a medida adotada não estabelece qualquer discriminação criticável; ela não busca impor um encargo mais pesado a certos administrados, em detrimento de outros; ela não institui, em si, qualquer ilegalidade. Não há anulação possível com base no princípio da igualdade perante os encargos públicos. Mas as consequências desse ato impõem-se àqueles submetidos a uma situação discriminatória em relação aos outros administrados que se encontram nas mesmas condições que estes. A desigualdade se situa no nível dos efeitos do ato, e não no ato em si; ela não pode repercutir sobre esses últimos: a justificativa para uma decisão não se aprecia em função de suas consequências. Portanto, não podem anular a

³¹² Tradução livre de: “Aunque el concepto de responsabilidad de la administración por quebramiento de la igualdad ante las cargas públicas constituye sin duda alguna un progreso, hay que evitar que su extensión desconsiderada lo desvirtúe hasta el punto de llegar a significar que la administración haga lo que quiera, siempre que luego indemnice - en ciertos casos - a las víctimas de su acción. Por debajo de la extensión de la responsabilidad sin falta u objetiva de la administración, asistiríamos entonces a un peligroso retroceso del control de la regularidad de la acción administrativa, por no decir a una auténtica dimisión del juez administrativo”, em WEIL, Prosper. *Derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1986, p. 170.

medida que os atinge.³¹³

Deste modo, a indenização tem lugar quando a anulação do ato não é possível (e, nesta hipótese, a citada crítica de Weil Prosper persiste), e é o único meio de restabelecer a igualdade.

d) Caso Específico: C.E., N° 79367 90410, 20 Janvier 1989

O caso eleito para estudo é o C.E. N° 79367 90410, de 20 de janeiro de 1989, no qual são examinadas as seguintes circunstâncias: a empresa imobiliária “Villa Jacob” obtivera, em 02 de março de 1981, licença de construção em um determinado terreno. Contudo, após o estudo de vestígios arqueológicos no local, o Departamento de Assuntos Culturais pediu, em 22 de outubro de 1981, que a empresa imobiliária fizesse alterações à proposta de construção para permitir a preservação de tais vestígios, tendo em vista a previsão do artigo 14 da Lei de 27 de setembro de 1941, que determina que a Secretaria Geral das Belas-Artes pode visitar locais nos quais forem encontrados monumentos, vestígios, ruínas ou objetos de interesse para a Pré-História, História, Arte, Arqueologia ou Numismática. Por consequência, as obras foram paralisadas, e a empresa, sofrendo um dano anormal e especial, tornou-se insolvente.

O Conselho de Estado ponderou que, no caso, os danos sofridos pela sociedade “Villa Jacob” eram atribuíveis exclusivamente às exigências de modificação da permissão de construir inicialmente formuladas pela Administração Pública, em violação à igualdade perante os encargos públicos:

³¹³ Tradução livre de: “La différence de solution s’explique par la différence des données de la question.

Dans une première hypothèse, l’inégalité se trouve dans la mesure elle-même ; elle est contenue dans ses termes. Alors, en effet, la décision est illégale et doit être annulée ; si c’est une loi, aucune contestation n’est possible.

Dans une deuxième hypothèse, la mesure adoptée n’établit aucune discrimination critiquable ; elle ne cherche pas à imposer une charge plus lourde pour certains administrés que pour d’autres ; elle n’institue en soi aucune illégalité. Il n’y a pas d’annulation possible sur la base du principe d’égalité devant les charges publiques. Mais les conséquences de cet acte placent ceux qui y sont soumis dans une situation discriminatoire par rapport aux autres administrés qui se trouvent dans les mêmes conditions qu’eux. L’inégalité se situe au niveau des effets de l’acte non à celui de l’acte lui-même ; elle ne peut se répercuter sur ce dernier : la justification d’une décision ne s’apprécie pas en fonction de ses conséquences. Dès lors celles-ci ne peuvent conduire à annuler la mesure qui les provoque”, em DELVOLLÉ, Pierre. *Le principe d’égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 277.

Considerando que resulta da instrução de que segue à atualização de vestígios arqueológicos ao curso das escavações realizadas em um certo terreno, sobre o qual a sociedade civil imobiliária “Villa Jacob” obtivera uma permissão de construir em 02 de março de 1981, os serviços locais do Ministério dos Assuntos Culturais demandou à dita sociedade civil imobiliária que procedesse às modificações da construção em consideração, para permitir a salvaguarda desses vestígios; que foi demandada uma modificação da permissão, o que foi concedido em 22 de outubro de 1981; que as obras foram, por consequência, diferidas; que o prejuízo sofrido pela sociedade civil imobiliária por conta desse fato assumiu um caráter anormal e especial, e rompeu, às suas expensas, a igualdade perante os encargos públicos; que a esse prejuízo são exclusivamente imputáveis as exigências de modificação da permissão de construir inicial formuladas pela Administração, possuindo natureza de imbuir à sociedade civil imobiliária “Villa Jacob” direito à reparação [...].³¹⁴

Assim, a imposição, por parte do Departamento dos Assuntos Culturais, de que a proposta de construção no terreno em questão fosse alterada (para fins de proteger bens arqueológicos), ocasionou adiamento das obras e consequente insolvência da empresa imobiliária.

A corte utilizou substrato legal, no caso, que estabelece indenização pela privação de uso de bem que tenha sido temporariamente ocupado para a execução de escavação de vestígios arqueológicos protegidos por lei. O Conselho de Estado, pois, analisou o princípio da igualdade perante os encargos públicos, mas o cerne da decisão foi o texto legal, no qual já estava incorporado o citado princípio, que, inclusive, encontra-se incluído em diversos textos legais³¹⁵, simplificando a aplicação da igualdade, pois a ponderação já foi efetuada pelo próprio legislador (e a tradição francesa atribui grande peso às escolhas do Poder Legislativo).

O caso em questão permite a conclusão, pelo exame de outros casos, de que a jurisprudência francesa embasa-se fortemente nas leis específicas para deferir ou indeferir indenizações baseadas no princípio da igualdade perante os encargos públicos, já que, quando

³¹⁴ Tradução livre de: “Considérant qu’il résulte de l’instruction qu’à la suite de la mise à jour de vestiges archéologiques au cours des fouilles réalisées sur un terrain sur lequel la société civile immobilière “Villa Jacob” avait obtenu un permis de construire le 2 mars 1981, les services locaux du ministère des affaires culturelles ont demandé à ladite société civile immobilière de procéder à des modifications de la construction envisagée de façon à permettre la sauvegarde de ces vestiges ; qu’un permis de construire modificatif a dû être demandé et a été accordé le 22 octobre 1981 ; que les travaux ont, en conséquence, été différés ; que le préjudice subi par la société civile immobilière de ce fait a revêtu un caractère anormal et spécial et a rompu, à son détriment, l’égalité devant les charges publiques ; que ce préjudice, qui est exclusivement imputable aux exigences de modification du permis de construire initial formulées par l’administration, est de nature à ouvrir à la société civile immobilière “Villa Jacob” droit à réparation [...]”, em FRANÇA. Conseil d’État. Décision 79367 90410. Section du Contentieux. Rel. M. Pochard. Paris, 20 de janeiro de 1989. Disponível em: <<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.aspx?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&text=79367+90410&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True>>. Acesso em: 14 set. 2011.

³¹⁵ RIVERO, Jean. Rapport sur les notions d’égalité et de discrimination en droit public français. In Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. *Travaux de l’Association Henri Capitant des amis de la culture Juridique française*: 1961-1962. Paris: Dalloz, 1965, p. 348.

o legislador afasta tal possibilidade, a lei não necessariamente é considerada inconstitucional, como, por exemplo, o C.E. N° 69141 80451, de 07 de outubro de 1987, no qual foi afastada a possibilidade de indenização decorrente de danos por ter sido impedida a saída do país de bem cultural protegido, por expressa exclusão legal desta responsabilidade³¹⁶. Na situação em estudo, a concessão de indenização foi possível não apenas em virtude do princípio em destaque, mas sobretudo por não haver vedação legal a tal deferimento.

3. Itália: a Teoria do Sacrifício de Direitos

No Direito Italiano não há tratamento tão uniforme entre doutrinadores e na jurisprudência acerca das atribuições de responsabilidade estatal por atos lícitos quanto o presente nos ordenamentos jurídicos alemão e francês; enquanto alguns autores ocupam-se em discorrer acerca da Teoria dos Interesses Legítimos (que será mencionada na seção em consideração), igualmente foi formulada a Teoria do Sacrifício de Direitos. Como o principal expoente desta segunda teoria, no contexto do Direito Italiano, é o doutrinador Renato Alessi, o presente estudo tomará por base os seus ensinamentos.

a) Responsabilidade do Estado em Face da Licitude de seus Atos

De modo similar ao que ocorreu na Alemanha e na França, a noção clássica de responsabilidade do Estado, desenvolvida inicialmente por analogia à responsabilidade do direito privado³¹⁷, requer o preenchimento de três requisitos: a conduta dolosa ou culposa, o

³¹⁶ FRANÇA. Conseil d'État. Décision 69141 80451. Section du Contentieux. Rel. M. Honorat. Paris, 07 de outubro de 1987. Disponível em: <<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&text=69141+80451&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True>>. Acesso em: 14 set. 2011.

³¹⁷ MIELE, Giovanni. *Principi di diritto amministrativo*. 2. ed. v. I. Padova: CEDAM, 1960, p. 179.

dano e o nexo de causalidade entre estes³¹⁸. A conduta dolosa ou culposa, por sua vez, pressupõe, por seus próprios termos, uma conduta ilícita. Contudo, tal perspectiva é incompatível com a ideia de responsabilidade por atos lícitos, e as mudanças sociais passaram a demandar uma modalidade diferenciada de responsabilidade do Estado, que não dependesse de a conduta ser contrária ao ordenamento jurídico: “A evolução da vida social, de fato, conduz inevitavelmente a estabelecer a obrigação de ressarcimento, ainda que um sujeito cause, sem culpa, dano em razão do exercício de um direito ou do uso de uma coisa da qual ele tem o poder de dispor”³¹⁹.

Essa modalidade, pois, difere da responsabilidade decorrente da prestação de serviços à Administração Pública e da decorrente de atos ilícitos:

Entre as obrigações pecuniárias da Administração, merecem uma consideração especial aquelas que concernem à indenização (vale dizer, um reparo patrimonial) por determinados sacrifícios impostos aos particulares pela Administração. A *indenização* aqui em exame deve ser distinguida tanto pela consideração de que alguns indivíduos podem ter direitos em troca de serviços prestados para a Administração (por exemplo, os salários dos empregados), tanto do direito de ressarcimento daqueles que sofreram dano injusto praticado pela Administração: a indenização diferencia-se da compensação por não haver caráter retributivo; e diferencia-se do ressarcimento por não ser a consequência da violação de uma obrigação. O dano que a indenização tende a reparar não é antijurídico (não se trata verdadeiramente de um dano oriundo de um comportamento *contra jus*), mas um dano causado ao patrimônio *secundum jus*.³²⁰

Os prejuízos oriundos de atos lícitos estatais pressupõem a supremacia do interesse público, que justifica a imposição (regular) de uma série de imposições a direitos subjetivos de particulares. Contudo, tal circunstância não permite a conclusão de que o particular deve sempre suportar tais ônus sem qualquer tipo de recomposição: foi desenvolvida, na Itália,

318 CUPIS, Adriano de. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1946, p. 262-263.

319 Tradução livre de: “L’evoluzione della vita sociale, invero, porta fatalmente a sancire l’obbligo del risarcimento anche se un soggetto cagiona senza colpa un danno in occasione dell’esercizio di un diritto o dell’uso di una cosa di cui ha il potere di disporre”, em TESAURO, Alfonso. *Istituzioni di diritto pubblico – II – Il Diritto Amministrativo*. Torino: UTET, 1961, p. 436.

320 Tradução livre de: “Tra gli obblighi pecuniari dell’Amministrazione meritano in questa sede particolare considerazione quelli che riguardano l’indennizzo (vale a dire un ristoro patrimoniale) per determinati sacrifici imposti ai singoli dall’Amministrazione. L’*indennizzo* che qui viene in esame va tenuto distinto sia dal corrispettivo cui alcuni soggetti possono aver diritto in cambio di prestazioni fornite all’Amministrazione (p. es. stipendi degli impiegati), sia dal risarcimento cui hanno diritto coloro i quali abbiano subito per fatto dell’Amministrazione un danno ingiusto: l’indennizzo si differenzia infatti dal corrispettivo, in quanto non ha carattere retributivo; e si differenzia dal risarcimento, in quanto non è la conseguenza della violazione di un obbligo. Il danno che l’indennizzo tende a ristorare non è un danno antigiuridico (non si tratta infatti di un danno recato attraverso un comportamento *contra jus*), bensì un danno recato al patrimonio *secundum jus*”, em SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. Napoli: Jovene, 1966, p. 623. Grifos no original.

teoria semelhante à do Direito Alemão, calcada na ideia de sacrifício de posições jurídicas subjetivas, cujas peculiaridades serão a seguir expostas.

b) Sacrifício de Direitos

Conforme foi mencionado, uma teoria que induz a responsabilidade do Estado por atos lícitos, no caso do direito italiano, de modo equivalente ao direito alemão, é a calcada no sacrifício de direitos (não de meras expectativas). É uma forma de recorrer ao princípio maior da igualdade, que “proíbe que uma ou mais pessoas determinadas sejam forçadas a suportar um dano pelo interesse geral, e exige que tal dano seja repartido por todos, pois todos aproveitam esse benefício”³²¹. Por força desse princípio, “os sacrifícios patrimoniais ordenados para beneficiar outros, ainda que se legitimamente impostos, são suportados por aqueles que gozam da vantagem”³²², reportando-se à solidariedade social e à justa repartição dos ônus públicos, em especial nos modos estabelecidos pelos artigos 2º ³²³e 53³²⁴ da Constituição Italiana³²⁵, em remissão a princípios gerais do direito³²⁶.

Renato Alessi ainda acrescenta que o fundamento da indenização devida em face do

321 Tradução livre de: “vieterebbe che una o più persone determinate siano costrette a sopportare un danno per l'utilità generale ed esigerebbe che tale danno fosse ripartito su tutti, in quanto tutti sono partecepi dell'utilità per cui si verifica”, em ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano : Giuffrè, 1958. v. 1, p. 349.

322 Tradução livre de: “i sacrifici patrimoniali preordinati a un vantaggio altrui, anche se legittimamente imposti, vengano sopportati da quelli che del vantaggio usufruiscono”, em SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. Napoli: Jovene, 1966, p. 623.

323 O artigo 53 da Constituição italiana assim determina: “Todos são obrigados a contribuir para as despesas públicas à razão de sua capacidade contributiva. O sistema tributário é informado por critérios de progressividade”. Tradução livre de: “Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività”, em CARULLO, Vincenzo. *La costituzione della repubblica italiana*. Bologna: Cezare Zuffi, 1950, p. 182.

324 O artigo 2º da Constituição italiana estabelece que “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja como grupos sociais onde se desenvolve sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”. Tradução livre de: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”, conforme *Ibidem*, p. 18.

325 SANDULLI, Aldo M. *Op. cit.*, p. 624.

326 ORLANDO, Vittorio Emanuele. *Principii di diritto amministrativo*. 2. ed. Firenze: G. Barbèra, 1903, p. 364.

sacrifício de direitos é a justiça distributiva,

[...] pela qual o ônus necessário para a produção de uma utilidade pública seja proporcionalmente distribuído entre todos os membros da coletividade e não pese todo sobre apenas uma pessoa, de modo que “todo o sacrifício suportado por um cidadão no seu patrimônio para além do que ele contribui à sociedade, em virtude de uma lei geral imposta, deve ser-lhe compensada por fundos públicos”.³²⁷

No caso, ainda, de a indenização decorrer da desapropriação forçada de um bem, o fundamento é duplo: ampara-se tanto na justiça distributiva quanto no princípio que condena a mudança patrimonial injustificada, ou seja, que proíbe o injusto locupletamento de um sujeito mediante o empobrecimento de outro³²⁸.

A doutrina estudada empregou a denominação de “sacrifício de um *direito*” (*sacrificio di un diritto*) para tais situações, embora não se olvide que também existe, no contexto italiano, a teoria dos “interesses legítimos” (*interessi legittimi*). Esses “interesses” caracterizam-se em face de atividades do Poder Público calcadas em lei, e que amparam o particular nas situações em que não há direito subjetivo individual:

Como já foi assinalado, em relação à Administração-autoridade, o particular não ostentaria situações de direito subjetivo, mas sim de interesse legítimo.

As principais teorias sobre o interesse legítimo são duas. De acordo com a primeira, os interesses legítimos seriam de dois tipos. Em primeiro lugar, os direitos subjetivos debilitados (*affievoliti*): por exemplo, a desapropriação extingue o direito de propriedade e faz surgir um interesse legítimo. Ou situações subjetivas que desde o seu nascimento estejam fragilizadas, ao passo que gozam de uma tutela indireta, ao serem um reflexo de interesse público tutelado pela Administração: por exemplo, o concessionário de um bem dominial, em relação ao qual prevalece o interesse da Administração concedente.

Para a segunda teoria, o interesse legítimo é uma situação jurídica subjetiva que se distingue daquela da de um direito pelo fato de ter por objeto um bem sobre o qual se exerce também um poder administrativo. Isso diminui o âmbito das faculdades de seu titular, mas lhe permite utilizar os meios processuais para defender a sua própria

327 Tradução livre de: “[...] per cui l’onere necessario alla produzione di una utilità collettiva va proporzionalmente distribuito tra tutti i membri della collettività e non deve pesare tutto su di uno solo, per cui ‘ogni sacrificio sopportato da un cittadino nei suoi averi al di là di ciò che egli contribuisce alla società in virtù di una legge generale d’imposta deve essergli dal pubblico erario compensato’”, em ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1955, p. 122.

328 *Ibidem*, p. 122.

situação.³²⁹

Hoje, a adoção de tal teoria, sem a necessária leitura atualizada, acarretaria uma série de inconsistências, como, por exemplo, a consideração de que os direitos individuais garantidos constitucionalmente são apenas “interesses”, mais débeis do que direitos subjetivos, em oposição à garantia dos direitos em face do Estado que é exigida nas ordens democráticas; ou, ainda, o contra-senso de considerar certa posição subjetiva como interesse legítimo, se considerada em face da Administração Pública, e como propriedade, se confrontada em relação aos demais particulares³³⁰. É o que explana Sabino Cassese, explicitando que a diferença de direitos subjetivos e de interesses legítimos somente possui razão de ser pela distinção entre jurisdição administrativa e jurisdição civil; esta diferenciação, contudo, atualmente perde espaço:

Perde, logo, importância a distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos para determinar o juiz competente, enquanto que este objetivo se alcança, em primeiro lugar, mediante o critério da enumeração das matérias remetidas a cada juiz. Assim, a distinção, que com frequência é difícil de realizar, converte-se em um critério de partilha jurisdicional que possui unicamente um caráter residual, isto é, que se aplica quando não existir uma norma que expressamente confira uma certa ordem de relações, delimitadas segundo o critério da matéria a que se referem, a um ou outro juiz.

As últimas evoluções foram efetuadas pela influência, entre outras, das normas constitucionais. [...] As situações jurídicas dos particulares, e as facultades concretas que formam parte delas, podem sofrer limitações em relação à Administración Pública, mas não de uma forma distinta que a que se produz em relação a outros particulares [...].

A circunstância de que a Constitución, no artigo 113, menciona os interesses legítimos junto aos direitos subjetivos somente reveste de interesse para determinar que, em todo o caso, está admitida a tutela jurisdicional contra atos da Administración

329 Tradução livre de: “Como ya se ha señalado, en relación con la Administración-autoridad, el particular no ostentaría situaciones de derecho subjetivo, sino de interés legítimo.

Las principales teorías sobre el interés legítimo son dos. Según la primera, los intereses legítimos serían de dos tipos. En primer lugar, los derechos subjetivos debilitados (*affievoliti*): por ejemplo, la expropiación extingue el derecho de propiedad y hace surgir un interés legítimo. O bien situaciones subjetivas que desde su nacimiento se han debilitado, en cuanto que gozan de una tutela indirecta, al ser un reflejo de interés público tutelado por la Administración: por ejemplo, el concesionario de un bien demanial, en relación al cual prevalece el interés de la Administración concedente.

Para la segunda teoría, el interés legítimo es una situación jurídica subjetiva que se distingue de la de un derecho por el hecho de tener por objeto un bien sobre el cual se ejerce también un poder administrativo. Ello disminuye el ámbito de las facultades de su titular, pero le consiente utilizar los medios procesales para defender su propia situación”, em CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Madrid : INAP, 1994, p. 365-366.

330 O exemplo apontado pelo doutrinador é a comparação entre duas situações que envolvem o direito de propriedade constitucionalmente garantido: na primeira, o proprietário tem sua propriedade limitada pelo direito de vizinhança (em face, pois, dos particulares), e, na segunda, limitada em razão de seu bem estar protegido em virtude de excepcional interesse cultural. No primeiro caso, o particular seria titular de um direito, e, no segundo, de um interesse legítimo, o que não é razoável, conforme exposto em *Ibidem*, p. 366-367.

Pública. Em outras palavras, a norma não deve ser entendida em um sentido prescritivo, mas em um sentido descritivo ou cognoscitivo. Chegados a este ponto - salvo em poucos casos, residuais, que podem, todavia, servir para determinar o juiz competente -, a distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos tem um significado essencialmente classificativo e pouco peso [...].

Por outro lado, se assim não fosse, especialmente depois da ampliação das funções administrativas que se registrou nos últimos cinquenta anos, a distinção seria convertida, de pronto, em uma teoria dos limites dos direitos dos particulares e da ilimitada soberania do Estado.³³¹

Alessandro Pajno também expõe a progressiva adoção da noção de direitos subjetivos nos casos de interesse legítimo:

Na realidade, é necessário explicar adequadamente o que é o fenômeno do encontro entre o Poder Público, voltado a realizar o interesse público, e as situações subjetivas dos cidadãos, sejam essas preexistentes ao exercício do poder ou resultantes em quaisquer casos já identificados (enquanto opostos a normas legais), sejam se evidenciam no curso do exercício do mesmo Poder Público, e na ocasião deste.

Para explicar tal fenômeno, não parece ser necessário recorrer à figura ulterior do interesse legítimo: como é demonstrado, também, pela mesma jurisprudência da Cassação, que sempre mais frequentemente parece descrever em termos de direitos subjetivos as situações jurídicas inicialmente descritas, pacificamente, como interesses legítimos e em termos de interesses legítimos as situações primeiramente descritas como direitos subjetivos.³³²

331 Tradução livre de: “Pierde, luego, importancia la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos para determinar el juez competente, en cuanto que este objetivo se alcanza, en primer lugar, mediante el criterio de la enumeración de las materias remitidas a cada juez. Por lo que la distinción, que con frecuencia es difícil de realizar, se convierte en un criterio de reparto jurisdiccional que posee únicamente un carácter residual, esto es, que se aplica cuando no exista una norma que expressamente confiera un cierto orden de relaciones, delimitadas según el criterio de la materia a la que se refieren, a uno u otro juez.

Las últimas evoluciones se han efectuado por la influencia, entre otras, de las normas constitucionales. [...]. Las situaciones jurídicas de los particulares, y las facultades concretas que forman parte de ellas, pueden sufrir limitaciones en relación con la Administración pública, pero no de una forma distinta que la que se produce en relación con otros particulares. [...]

La circunstancia de que la Constitución, en el artículo 113, mencione los intereses legítimos junto a los derechos subjetivos sólo reviste interés para afirmar el principio de que, en todo caso, está admitida la tutela jurisdiccional contra los actos de la Administración pública. En otras palabras, la norma no debe ser entendida en un sentido prescriptivo, sino en un sentido descriptivo o reconocitivo. Llegados a este punto - salvo en pocos casos, residuales, en que pueda todavía servir para determinar el juez competente -, la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos tiene un significado esencialmente clasificatorio y un escaso peso [...].

Por otro lado, si no fuese así, especialmente después de la ampliación de las funciones administrativas que se ha registrado en los últimos cincuenta años, la distinción se convertiría pronto en una teoría de los límites de los derechos de los particulares y de la ilimitada soberanía del Estado”, em CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Madrid : INAP, 1994, p. 368-369.

332 Tradução livre de: “In realtà, infatti, ciò che occorre adeguatamente spiegare è il fenomeno dell’incontro tra il potere pubblico, volto a realizzare interessi generali, e le situazioni soggettive dei cittadini, sia che esse preesistano all’esercizio del potere o risultino comunque già identificate (in quanto correlate ad opposte norme di legge) sia che si evidenzino nel corso dell’esercizio del medesimo potere pubblico, ed in occasione di esso.

Per spiegare tale fenomeno non sembra necessario ricorrere alla ulteriore figura dell’interesse legittimo: come è dimostrato, in qualche modo, anche, dalla stessa giurisprudenza della Cassazione, che sempre più spesso sembra descrivere in termini di diritto soggettivo situazioni giuridiche prima pacificamente descritte come interessi legittimi ed in termini di interesse legittimo situazioni prima descritte come diritti soggettivi”, em PAJNO, Alessandro. *Il riparto della giurisdizione*. In: CASSESE, Sabino. (Org.). *Trattato di diritto amministrativo*. t. 5. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 4228.

É em razão desse enfraquecimento na distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos, inclusive, que Federico Cammeo aponta que os interesses legítimos são uma categoria de direitos que, por motivos históricos, assumem a alcunha de “interesses”³³³.

Pelos motivos acima citados, não serão examinadas as teorias relativas a interesses legítimos para os fins de determinar a responsabilidade estatal (pela superação da sua ideia original no atual ordenamento jurídico italiano), mas somente aquelas relativas ao sacrifício de direitos (especialmente a exposta por Renato Alessi), embora não sejam as mais amplamente empregadas pela jurisprudência italiana.

b.1) Sacrifício de Direitos como Fundamento da Responsabilidade do Estado: Noção de Sacrifício de Direitos

O interesse do Estado (interesse público), confrontado com o interesse do particular, tem prevalência (supremacia); contudo, tal prevalência, no Estado de Direito, não é absoluta, pois direitos individuais também merecem tutela jurídica³³⁴. Surge, portanto, uma pretensão de indenização por parte deste particular nas situações de sacrifício, para fins de reequilíbrio dos interesses públicos e privados:

É notório que, por vezes, o interesse público não pode ser satisfeito, a não ser através do sacrifício de um direito individual: em alguns casos, a lei, autorizando esse sacrifício, impõe à Administração a obrigação de pagar uma indenização ao titular do direito sacrificado³³⁵.

Essa indenização é apontada como uma condição de legitimidade do provimento que impõe o sacrifício à esfera jurídica de particulares, que tem o dano por consequência, sendo

333 CAMMEO, Federico. *Corso di diritto amministrativo* : ristampa con note di aggiornamento. Padova : CEDAM, 1960, p. 359.

334 ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1955, p. 117.

335 Tradução livre de: “E' noto che talora l'interesse pubblico non può essere soddisfatto, se non traverso il sacrificio di un diritto individuale: in alcuni casi, la legge, autorizzando questo sacrificio, impone all'amministrazione l'obbligo di corrispondere una indennità al titolare del diritto sacrificato”, em ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano : Giuffrè, 1958. v. 1, p. 347-348.

considerado uma forma de responsabilidade (*responsabilità per danni legittimi*)³³⁶.

São expressões desse fenômeno a responsabilidade por desapropriações, ocupações, requisições e danos decorrentes de obras públicas³³⁷. Todas essas hipóteses possuem um denominador comum: a existência de um *sacrificio de direitos* por parte do particular, para satisfazer um interesse coletivo, perpetrado de modo lícito³³⁸.

O sacrificio de direitos individuais (indenizável em certas situações) constitui uma intervenção em uma posição subjetiva efetuada em razão de interesse público, mas difere de simples limitações não indenizáveis:

E, acima de tudo, uma observação fundamental: como será dito em breve, o que distingue o *sacrificio* verdadeiro e próprio, eventualmente indenizável, das *limitações* do direito não indenizáveis, é o fato de que, enquanto estes últimos atacam o direito em abstrato, independentemente da aparência em concreto dos direitos individuais, o sacrificio ataca apenas os direitos singulares e concretos, pertencentes a titulares singulares: portanto, pode-se dizer que, mais que o direito em si, diretamente, o sacrificio interfere no bem individual que forma o objeto do direito, de modo que este último somente é afetado de modo reflexo.³³⁹

O sacrificio, pois, pressupõe uma restrição a um direito individualmente identificável, e não abstratamente considerado (de modo similar a uma parte da doutrina brasileira que diferencia entre servidões administrativas e limitações administrativas³⁴⁰).

Nem todos os direitos podem estar submetidos a um sacrificio em virtude de um interesse público, conforme explica Guido Zanolini:

Tal norma, não apenas na nossa, mas também em outras constituições, incluindo as mais recentes, contempla apenas os direitos de propriedade: assim, o relativo princípio pode ser estendido a qualquer forma de sacrificio de tal direito, ou de faculdade nele compreendido, e também se verificam por causas diversas daquelas

336 ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano : Giuffrè, 1958. v. 1, p. 347-348, com as ressalvas explicitadas por Renato Alessi, conforme serão a seguir analisadas.

337 SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. Napoli: Jovene, 1966, p. 623.

338 ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1955, p. 117.

339 Tradução livre de: “E anzitutto una osservazione fondamentale: come si dirà tra poco, ciò che distingue il *sacrificio* vero e proprio, eventualmente indennizzabile, dalle *limitazioni* del diritto non indennizzabili, è il fatto che mentre queste ultime investono il diritto in astratto, indipendentemente dalla appartenenza in concreto dei singoli diritti, il sacrificio per contro investe solo singoli diritti concreti pertinenti a singoli titolari: perciò si può dire che più che il diritto in sé, direttamente, il sacrificio investe il singolo bene che forma l’oggetto del diritto, di modo che quest’ultimo ne è colpito soltanto di riflesso”, em *Ibidem*, p. 119. Grifos no original.

340 Conforme realizado, por exemplo, em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 877, sem, no entanto, haver possibilidade de indenização em todos os casos de servidão administrativa (pois esta dependerá da análise casuística).

expressamente contempladas na lei: mas não se pode ampliar para outros direitos, tais quais, por exemplo, as garantias procedimentais e direitos a prestações, o direito à integridade física e à liberdade pessoal.³⁴¹

Renato Alessi esmiuça a ideia:

Nem todos os direitos, naturalmente, podem ser submetidos a um sacrifício, assim como ao interesse público.

De fato, há direitos tão intimamente relacionados à personalidade humana que o sacrifício daqueles constituiria a aniquilação desta: como o direito à vida, o direito à integridade pessoal, e assim por diante. Bem se compreende como o sacrifício de tais direitos não seria admissível, a não ser em casos excepcionalíssimos (como, por exemplo, no caso da guerra), já que a conservação do indivíduo é um dos mais eminentes fins públicos, e não pode ser superado, exceto pelo interesse na conservação do ente “Estado”, interesse, contudo, que raramente está em jogo, como é, por exemplo, no caso de guerra, no caso de graves desordens internas, e assim em diante.

Existem outros direitos, estes também relacionados à personalidade humana, mas em grau menor ao dos anteriores (como, por exemplo, o direito à liberdade), dos quais, então, não parece admissível um sacrifício parcial, a saber, o limitado pela sua *duração* ou na sua *extensão*.

No primeiro caso, tem-se, ao contrário, uma *suspensão* do direito; no segundo caso, o direito é sacrificado somente em alguma de suas manifestações (por exemplo, pelo direito à liberdade, a proibição do exercício em uma determinada indústria).

Ao reverso, os direitos patrimoniais podem ser objeto de sacrifício verdadeiro e total, e, entre eles, mais frequentemente os direitos reais em gênero e o direito de propriedade em espécie.³⁴²

Apenas os direitos patrimoniais, portanto, estão sujeitos às mais variadas gradações de intervenções, e não somente em situações políticas excepcionais. Ainda que Zanobini não tenha efetuado ressalvas em seu texto quanto à possibilidade de restrição a outros direitos, que

341 Tradução livre de: “Tale norma, non solo nella nostra ma anche in altre costituzioni, comprese quelle più recenti, contempla soltanto il diritto di proprietà : quindi, il relativo principio può estendersi a qualunque forma di sacrificio di tale diritto, o di facoltà in esso comprese, anche si verificò per cause diverse da quelle espressamente contemplate dalle leggi: ma non può estendersi ad altri diritti, quali, p. es., i diritti funzionali e quelli di prestazione, il diritto all’integrità fisica e alla libertà personale.”, em ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano : Giuffrè, 1958. v. 1, p. 350.

342 Tradução livre de: “Non tutti i diritti, naturalmente, possono esser assoggettati ad un sacrificio, sia pure per l’interesse pubblico.

Vi sono invero diritti così intimamente connessi con la personalità umana, che il loro sacrificio costituirebbe annullamento della stessa : così il diritto alla vita, il diritto all’integrità personale, e così via. Ben si comprende come il sacrificio di tali diritti non sia ammissibile che in casi eccezionali (come ad es. nel caso della guerra), giacché la conservazione dell’individuo rientra tra i più eminenti interessi pubblici, e non può esser superato che dall’interesse alla stessa conservazione dell’ente ‘Stato’, interesse però che è in gioco soltanto di rado, come lo è, ad es., nel caso della guerra, nel caso di gravi disordini interni, e così via.

Vi sono poi altri diritti, essi pure legati alla personalità umana, ma in grado minore dei precedenti (come ad es. il diritto di libertà), dei quali, perciò, se non sembra ammissibile un sacrificio parziale, e cioè limitato quanto alla *durata* ovvero quanto alla *estensione*.

Nel primo caso si ha piuttosto una *sospensione* del diritto; nel secondo caso il diritto è sacrificato solo in qualcuna delle sue manifestazioni (ad es. per il diritto di libertà, il divieto di esercizio di una determinata industria).

Di sacrificio vero e totale invece sempre possibili i diritti patrimoniais e tra essi più frequentemente i diritti reali in genere ed il diritto di proprietà in specie”, em ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1955, p. 118-119. Grifos no original.

não os patrimoniais, é possível visualizar que tal posicionamento supõe uma situação político-social normal (de paz), e não, como foi especificado por Alessi, em casos excepcionalíssimos, como de guerra e calamidade pública.

O sacrifício, ainda, pode ser: (a) total ou (b) parcial. No primeiro caso, o direito que sofre intervenção por parte do Poder Público é totalmente retirado da esfera jurídica privada. Essa forma de sacrifício possui duas modalidades: desapropriações (por utilidade pública, para proteção ao patrimônio cultural, a requisição de quadrúpedes e de veículos por parte do exército e a requisição de navios) e a destruição de bens (como é o caso de demolição de prédios, encerramento de plantações, abatimento de animais afetados por moléstias e encerramento de estabelecimentos por motivos de higiene)³⁴³.

Na hipótese de sacrifícios parciais, tal limitação pode decorrer em razão de duração temporal ou de extensão. Algumas formas de sacrifícios parciais quanto à duração são as ocupações temporárias de imóveis, por necessidade sanitária, para reparação de hidrovias, para escavações arqueológicas, ou por necessidade urgente³⁴⁴. Por outro lado, sacrifícios parciais quanto à extensão da restrição compreendem, exemplificativamente, a imposição de serviço militar, a passagem de serviço telefônico ou elétrico, e, em geral, danos causados por atos lícitos da Administração Pública (decorrentes de obras públicas ou de manutenção de bens públicos, realização de serviços públicos e operações bélicas)³⁴⁵.

De todo o modo, a indenização é devida ainda que não haja dispositivo legal explícito a garanti-la, pois, pela aplicação dos princípios gerais do direito (justiça distributiva), os cidadãos não podem partilhar de modo desigualitário os ônus públicos:

Na verdade, há, em primeiro lugar, um fundamento ético e equitativo nos princípios gerais já mencionados, ou seja, em linhas gerais, o princípio da justiça distributiva que exige a igual repartição entre todos os cidadãos dos ônus derivados da produção de uma utilidade pública; assim como nos casos particulares, o princípio condena os os deslocamentos patrimoniais que acarretam a injusta locupletação de um sujeito e o dano a outro.³⁴⁶

343 ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1955, p. 119.

344 ALESSI, Renato. *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 132.

345 ALESSI, Renato. *Op. cit.*, p. 120.

346 Tradução livre de: “Essa inverò ha, in primo luogo, un fondamento etico ed equitativo nei principi generali di cui già si è fatto cenno, e cioè, in linea generale, il principio di giustizia distributiva che esige l’equa ripartizione su tutti i cittadini dell’onere derivante dalla produzione di un utile pubblico; nonchè in casi particolari, il principio che condanna gli spostamenti patrimoniali che il risolvono nell’ingiusta locupletazione di un soggetto a danno di un altro.”, em ALESSI, Renato. *Op. cit.*, p. 133-134.

Tal fundamento, contudo, deve ser aliado a um fundamento positivado, mesmo que por analogia. Embora não haja qualquer previsão equivalente, está positivada na Constituição italiana a possibilidade de indenização na desapropriação (artigo 43, 3º), que pode ser empregada para as demais limitações à propriedade, pois a proteção da propriedade não se restringe aos direitos reais, em razão de estender-se aos demais direitos de natureza patrimonial dos administrados: “A propriedade privada pode ser, nos casos previstos na lei, e mediante indenização, desapropriada por motivo de interesse geral”³⁴⁷. Desse texto emana o princípio da intangibilidade do patrimônio, regulando a matéria relativa ao sacrifício de direitos privados³⁴⁸. Tal intangibilidade é relativa, no sentido de que sobre esta pode prevalecer o interesse público; essa prevalência, todavia, não pode acarretar a supressão de um direito patrimonial, mas sim a conversão desse direito em uma justa indenização³⁴⁹.

b.2) Compensação dos Danos

Nos termos acima mencionados, quando restar configurado um sacrifício de um direito em virtude de um ato estatal tendente a proteger o interesse público, deverá haver o pagamento de uma indenização, para fins de compensar os prejuízos sofridos.

No ponto em questão, passa-se a diferenciar o ressarcimento da indenização. Primeiramente, o ressarcimento pode ser nos seguintes moldes conceituado:

O conceito de “ressarcimento” está ligado, mais ou menos, àquele da “sub-rogação”: o dano é neutralizado por meio do ressarcimento, pagando-se à vítima uma soma de dinheiro para compensá-lo, mediante a sub-rogação do interesse afetado. O dano, que é sempre e absolutamente impossível, não é cancelado no mundo dos fatos, mas também não é criada, assim como ocorre na reintegração em forma específica, uma situação *idêntica* àquela que existiria se os danos não tivessem ocorrido: ao invés disso, é criada uma situação simplesmente *equivalente*, isto é, *correspondente*, tendo o mesmo valor daquela que foi eliminada.

O ressarcimento pode ser precisamente definido como a prestação, ao que sofreu o dano, de um equivalente pecuniário, ou seja, uma soma de dinheiro correspondente à medida do dano. Como o dano tem na sua medida uma determinada cifra de

347 Tradução livre de: “La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d’interesse generale”, em CARULLO, Vincenzo. *La costituzione della repubblica italiana*. Bologna: Cezare Zuffi, 1950, p. 142.

348 ALESSI, Renato. *L’illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 125.

349 *Ibidem*, p. 125-126.

dinheiro, ele vai ser ressarcido através da prestação em dinheiro, àquele que o sofreu, por essa cifra. A vítima fica, assim, incólume: o dano, quando verificado, não cessa de ser um fato completo, mas é reprimido com a atribuição, ao lesado, do seu equivalente pecuniário. Como vimos antes, a extensão do dano identifica-se normalmente com a medida do interesse objeto do dano, e, portanto, compreende-se corretamente como o ressarcimento a prestação do que interessa (*id quod interest*).³⁵⁰

O ressarcimento depende de uma violação a um direito subjetivo; contudo, Renato Alessi entende que esse não é o caso da responsabilidade do Estado por atos lícitos, visto que, quando o seu ato não está viciado em razão de ilicitude, não existe uma *violação* de direitos (mas sim, eventualmente, um *sacrifício* de direitos). A forma de compensação de tal sacrifício, pois, é a indenização, que inclui “a compensação a ser concedida que repara o dano de um privado oriundo da realização de uma atividade legítima da Administração Pública”³⁵¹. José Joaquim Gomes Canotilho explica a ideia:

Todavia, como a reparação não está conexas com a produção antijurídica de um dano, o ressarcimento é mais uma *conversão de direitos* do lesado no seu equivalente pecuniário que uma verdadeira reparação. Por outro lado, como a responsabilidade se ancorava no facto ilícito violador dum direito subjectivo, a obrigação indemnizatória resultante de acto lícito teria uma natureza qualitativamente diferente da verdadeira responsabilidade.³⁵²

A distinção, explicita Renato Alessi, ainda que não seja acolhida pelo presente estudo, é relevante para fins de evidenciar qual é o fundamento da responsabilidade do Estado por atos lícitos (que, conforme anteriormente explicitado, é a justiça distributiva ou o princípio da

350 Tradução livre de: “Il concetto di ‘risarcimento’ si ricollega, più o meno, a quello della ‘surrogazione’: per mezzo del risarcimento è neutralizzato il danno, prestandosi al danneggiato una somma di denaro atta a compensarlo mediante la surrogazione dell’interesse colpito. Il danno, ciò che è sempre e assolutamente impossibile, non è cancellato dal mondo dei fatti; ma nemmeno viene creata, così come avviene nella reintegrazione in forma specifica, una situazione identica a quella che esisterebbe in mancanza dell’arrecamento del danno: viene creata, invece, una situazione semplicemente *pari*, ovverosia *corrispondente*, *avente il medesimo valore* di quella che è stata eliminata.

Il risarcimento può essere precisamente definito come la prestazione, al danneggiato, di un equivalente pecuniario, ovverosia di una somma di denaro corrispondente alla misura del danno. In quanto il danno trovi la propria misura in una determinata cifra di denaro, esso viene risarcito attraverso la prestazione di denaro, a quegli che l’ha subito, per quella medesima cifra. Il danneggiato viene, così, reso indenne: il danno, in quanto verificandosi, non cessa di essere un fatto compiuto, ma è represso coll’attribuzione, al danneggiato, del suo equivalente pecuniario. Come abbiamo visto a suo luogo, la misura del danno si identifica normalmente colla misura dell’interesse oggetto del danno, e quindi ben si comprende come correntemente si dica essere il risarcimento la prestazione dell’*id quod interest*”, em CUPIS, Adriano de. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1946, p. 329-330. Grifos no original.

351 Tradução livre de: “il compenso da accordarsi quale rifusione del danno derivato ad un privato dall’esplicazione di un’attività legittima della pubblica amministrazione”, em ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1955, p. 121.

352 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 81-82.

igualdade), assim como a medida e extensão da compensação a ser alcançada ao cidadão³⁵³. Essa diferenciação, ainda, será analisada posteriormente à luz do direito brasileiro.

b.3) Condições para a Indenização

Conforme analisa Renato Alessi, é necessária a coexistência de três condições para que seja concedida indenização, quando um direito individual é sacrificado em face de um interesse público: (a) deve ser sacrifício verdadeiro e próprio; (b) o sacrifício deve ser de um direito; e (c) o sacrifício deve ser oriundo de um ato lícito³⁵⁴.

Em relação à primeira condição mencionada, é preciso que a intervenção estatal não ocasione mera limitação abstrata de direitos, mas sim sacrifício de direitos singulares e particulares, “ataca o direito somente indiretamente e de forma reflexa, enquanto é direto quando atinge bens concretos objetos do direito, bens individuais situados na esfera jurídica de Tício, Caio, Semprônio, individualmente”³⁵⁵. Tal critério de concretude não significa que a limitação não possa estar prevista em lei para se caracterizar como sacrifício: no caso das limitações, a previsão legal é suficiente para surtir efeitos, ao passo que, nos sacrifícios, a previsão legal existe, mas os efeitos surtem com a edição de ato administrativo por parte da Administração Pública³⁵⁶. Assim, se houver apropriação ou supressão de bens por parte da Administração Pública, será sacrifício aquela apropriação ou supressão que, prevista em uma norma, é disposta pelo Poder Público em relação a certos bens determinados pela espécie (um fundo determinado, um animal determinado), e não todo um gênero de bens (caso em que se caracterizaria uma limitação, como é o caso da água subterrânea)³⁵⁷.

Há, ainda, a possibilidade de indenização por danos genéricos:

353 ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1955, p. 121.

354 *Ibidem*, p. 127-131.

355 Tradução livre de: “investe il diritto solo indirettamente e di riflesso, in quanto è diretto a colpire beni concreti oggetti del diritto, singoli beni situati nella sfera giuridica di Tizio, Caio, Sempronio individualmente”, em ALESSI, Renato. *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 137.

356 ALESSI, Renato. *Op. cit.*, p. 128.

357 *Ibidem*, p. 128.

Tratando-se de *danos* genéricos sofridos por fundos privados em razão de uma atividade privada, caracterizarão *sacrifício* compensável apenas os danos que sejam uma consequência anormal, não necessária, da atividade lícita, e não os danos que derivem de uma consequência normal, necessária, já que, neste caso, a norma que legitima a atividade produtora do dano, vem de certo modo a limitar (em senso amplo), em abstrato, todos os direitos que possam entrar em contato com esta mesma atividade.³⁵⁸

Quanto ao segundo elemento citado acima (a necessidade de o sacrifício ser de direitos) evidencia a necessidade de sobre o bem sacrificado existir um direito subjetivo, e não um mero interesse ou expectativa; destarte, estão excluídos da concepção, por exemplo, a revogação de concessões, a municipalização de serviços públicos prestados por privados, a dispensa de empregados que não possuem direito à função, a interrupção de tráfego em uma estrada para realização de obras, ou seja, “em todos os casos de situações jurídicas precárias ou de interesses não tutelados *diretamente* ou *perfeitamente*”³⁵⁹.

Por derradeiro, o sacrifício deve decorrer de ato legítimo por parte da Administração Pública (pois, do contrário, haverá violação ao direito, com a consequente responsabilização tradicional), seja consequência direta da atuação administrativa, seja efeito indireto desta. Neste último caso, o sacrifício assume a forma de um dano permanente (ou seja, perpétuo ou duradouro) causado ao bem material objeto do direito, que guarda relação com a função social do bem³⁶⁰. Por “lícito”, entende-se o ato tanto no sentido de derivado de atividade legítima da Administração Pública, quanto por não derivar de culpa na conclusão da atuação³⁶¹.

c) Caso Específico: CC, Sentenza 179/1999

358 Tradução livre de: “Trattandosi di *danni* generici recati a fondi privati a causa dell’esplicazione di una attività legittima, costituiranno *sacrifício* compensabile soltanto i danni che siano una conseguenza anormale, non necessaria, dell’attività legittima, se non già i danni che derivano da una conseguenza normale, necessaria, giacchè in questo caso la norma che legittima l’attività produttrice del danno, viene in certo qual modo a limitare (in senso ampio) in astratto, tutti i diritti che possono venire a contatto con l’attività stessa”, em ALESSI, Renato. *L’illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 138. Grifos no original.

359 Tradução livre de: “in ogni caso di situazioni giuridiche precarie o di interessi non tutelati *direttamente* o *perfettamente*”, em ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1955, p. 129-130. Grifos no original.

360 *Ibidem*, p. 132-133.

361 *Ibidem*, p. 134-135.

O caso eleito para análise é relevante para fins de apurar os limites de restrições que a propriedade privada pode sofrer, sem que tal se caracterize como sacrifício (pois o sacrifício indenizável pressupõe a regularidade do ato interventor). Na situação em estudo, os textos impugnados são a Lei n. 1150 de 17 de agosto de 1942 (artigo 7º, 2, 3 e 40, e artigo 40) e a Lei n. 1187 de 19 de novembro de 1968 (artigo 2º, 1), que prevêem que o Plano Regulador Geral deve indicar a zona do território local na qual será designada a expansão da agregação urbana e o caráter e as restrições de cada zona, a área destinada ao espaço público e a serviços especiais, a área de reserva de edifícios públicos, as zonas de interesse histórico, ambiental e paisagístico, e as normas para sua atualização. Há, ainda, previsão de que não é devida indenização pelas limitações previstas no Plano Regulador Geral, assim como pelas limitações e ônus relativos ao alinhamento das novas construções e pela servidão de passagem imposta a novas construções. Por fim, restou previsto que as indicações do Plano que incidem sobre bens determinados e os sujeitam a vínculos destinados à desapropriação ou a limitações que comportam a proibição de edificação, perdem sua eficácia se, em cinco anos da aprovação do Plano Geral, não foram aprovados os planos detalhados, ou autorizados os planos de loteamento convencionados; a eficácia das limitações não poderá ser postergada após a atuação dos planos detalhados e de loteamento.

Os citados artigos possuem a seguinte redação:

Art. 7 - Conteúdo do plano geral

O plano regulador geral deve considerar a totalidade do território comunal. Ele deve indicar, essencialmente:

[...]

2. a divisão em zonas do território comunal, com a especificação das zonas destinadas à expansão do agregado urbano e a determinação dos vínculos e das características a serem observadas em cada zona.

3. as áreas destinadas a formarem espaços de uso público ou sujeitas a servidões especiais;

4. as áreas a serem reservadas aos edifícios públicos ou de uso público, bem como obras e instalações de interesse coletivo ou social;

5. restrições a serem observadas nas zonas de caráter histórico, ambiental, paisagístico;

6. as normas de implementação do plano.³⁶²

Art. 40

1. Nenhuma indenização é devida pelas limitações e restrições previstas no plano regulador geral, assim como pelas limitações e pelos ônus relativos ao alinhamento edilício das novas construções.

2. Sequer é devida indenização pela servidão de passagem pública que a Comuna creia de impor sobre áreas de pórticos das novas construções e manutenção do pavimento e a iluminação dos pórticos sujeitos à citada servidão.³⁶³

Art. 2, 1 - As indicações do plano regulador geral, na medida em que incidem sobre bens determinados e impõem a esses bens restrições tendentes a expropriá-los, ou a restrições que envolvem a proibição de edificar, perdem toda a sua eficácia se, em cinco anos da data de aprovação do plano regulador geral, não forem aprovados os respectivos planos regionais ou autorizados os planos de subdivisão convencionados. A eficácia das restrições previstas não pode ser estendida além do termo de implementação dos planos regionais e dos de subdivisão.³⁶⁴

A data prevista de caducidade da eficácia das indicações do Plano foi posteriormente prorrogada até à entrada em vigor da lei sobre o uso da terra e relacionadas leis regionais (e a divergência reside na possibilidade de postergar a vigência de limitações temporárias cuja indenização foi vedada por lei). A cidade de Roma pediu que as normas legais citadas fossem consideradas constitucionais (e argumentando que, no caso de verificação de danos, estes devem ser examinados pelos tribunais ordinários), ao passo que algumas entidades privadas requereram a declaração da sua inconstitucionalidade (sob a alegação de violação do direito de propriedade). Os dispositivos legais foram contestados com base nessa discussão, bem

362 Tradução livre de: “Art. 7 - Contenuto del piano generale

Il piano regolatore generale deve considerare la totalità del territorio comunale.

Esso deve indicare essenzialmente:

[...]

2. la divisione in zone del territorio comunale con la precisazione delle zone destinate all’espansione dell’aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona ;

3. le aree destinate a formare spazi di uso pubblico o sottoposte a speciali servitù ;

4. le aree da riservare ad edifici pubblici o di uso pubblico nonché ad opere ed impianti di interesse collettivo o sociale ;

5. i vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale, paesistico;

6. le norme per l’attuazione del piano.”, em ITÁLIA. Lei de 17 de agosto 1942, n. 1150. *Gazzetta Ufficiale*, Poder Legislativo, Roma, n. 244 de 16 de outubro de 1942.

363 Tradução livre de: “Art. 40

1. Nessun indennizzo è dovuto per le limitazioni ed i vincoli previsti dal piano regolatore generale nonché per le limitazioni e per gli oneri relativi all’allineamento edilizio delle nuove costruzioni.

2. Non è dovuta indennità neppure per la servitù di pubblico passaggio che il Comune creda di imporre sulle aree di portici delle nuove costruzioni e di quelle esistenti. Rimangono a carico del Comune la costruzione e manutenzione del pavimento e la illuminazione dei portici soggetti alla predetta servitù.”, em *Ibidem*,

364 Tradução livre de: “Art. 2, 1 - Le indicazioni del piano regolatore generale, nella parte in cui incidono su beni determinati ed assoggettano i beni stessi a vincoli preordinati all’espropriazione od a vincoli che comportino l’inedificabilità, perdono ogni efficacia qualora entro cinque anni dalla data di approvazione del piano regolatore generale non siano stati approvati i relativi piani particolareggiati od autorizzati i piani di lottizzazione convenzionati. L’efficacia dei vincoli predetti non può essere protratta oltre il termine di attuazione dei piani particolareggiati e di lottizzazione”, em ITÁLIA. Lei de 19 de novembro de 1968, n. 1187. *Gazzetta Ufficiale*, Poder Legislativo, Roma, n. 304 de 30 de novembro de 1968.

como em face do artigo 42 da Constituição Italiana, que estabelece que:

A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, a sociedades ou a privados.

A propriedade privada é reconhecida e garantida na lei, que prescreve os modos de aquisição, de gozo e as limitações, de modo a assegurar a função social e de torná-la acessível a todos.

A propriedade privada pode ser, nos casos previstos na lei, e mediante indenização, desapropriada por motivo de interesse geral.

A lei estabelece as normas e os limites da sucessão legítima e testamentária e os direitos do Estado sobre a herança.³⁶⁵

O problema em discussão não era propriamente a limitação temporária de poderes da propriedade, mas sim a realização de reedições de limitações à propriedade cujo prazo de lei já expiraram, sem o implementação dos regulamentos nela previstos. O Tribunal *a quo* sinalizou que essa conduta é inconstitucional, tendo em vista as previsões de desapropriação na Constituição, bem como em razão de não terem sido estabelecidos critérios para pagamento de indenização (na hipótese de desapropriação) no dispositivo legal questionado. Concluiu o Tribunal *a quo* que:

[A] falta de determinação legal dos casos em que a reedição das restrições constitui desapropriação e comporta o pagamento de indenizações parece [...] estar em conflito com os artigos 97 da Constituição, porquanto desvia do modelo de bom andamento da planificação urbanística, 9, segundo parágrafo, e 32, parágrafo primeiro, da Constituição, em relação à tutela da paisagem e do direito à saúde, uma vez que a determinação inexistente seria obstáculo ao balanceamento entre os interesses constitucionais relevantes, tais quais o direito de propriedade, de um lado, e os outros interesses constitucionalmente protegidos a serem alcançados pela atividade de planejamento, por outro.³⁶⁶

365 Tradução livre de: “La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità”, em CARULLO, Vincenzo. *La costituzione della repubblica italiana*. Bologna: Cezare Zuffi, 1950, p. 135-136.

366 Tradução livre de: “[La] mancata determinazione con legge dei casi in cui la reiterazione dei vincoli costituisce espropriazione e comporta la corresponsione dell’indennizzo, appare al giudice a quo in contrasto con gli artt. 97 della Costituzione, in quanto deviazione dal modello di buon andamento della pianificazione urbanistica, 9, secondo comma, e 32, primo comma, della Costituzione in relazione alla tutela del paesaggio e del diritto alla salute, giacché la mancata determinazione sarebbe di ostacolo al bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti, quali il diritto di proprietà, da un lato, e gli altri interessi costituzionalmente protetti cui è preordinata l’attività di pianificazione urbanistica, dall’altro”, em ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza 179/1999. Collegio. Rel. Renato Granatta. Roma, 12 de maio de 1999. *Gazzetta Ufficiale*, 26 de maio de 1999.

A Corte Constitucional³⁶⁷ ponderou que a questão referente às indenizações por planejamento urbano podem ser examinadas sob a ótica constitucional quando há certas restrições, como é o caso da desapropriação, ou quando comportam como efeito fático o esgotamento prático do conteúdo da propriedade, mediante a imposição de certos ônus a título particular sobre bens determinados.

A Corte ainda expôs que incumbe ao legislador, quando impõe restrições à propriedade privada, escolher entre conferir indenização ou restringir de forma temporal a medida (com exceção das limitações gerais, que não são indenizáveis). Mas, quando o termo é ultimado e ocorre prorrogação temporal da limitação de modo arbitrário (ou seja, não ser efetuado com o devido sopesamento entre interesses públicos e privados, e sem justificativa para a opção realizada) e indefinido (ou seja, sem confiabilidade, precisão e segurança quanto ao término da intervenção), de maneira incompatível com o direito de propriedade, está-se diante de inconstitucionalidade.

Foi realizada diferenciação entre admissibilidade e validade das reiterações das restrições temporais administrativas e urbanísticas à propriedade privada, e, no caso em exame, a prorrogação foi valorada como atual e persistente, mas ensejadora de obrigação de indenizar, pois foi ocasionado agravamento particular ao administrado, sem que tivesse ocorrido a desapropriação, ou em razão de os Planos Urbanísticos terem sido aprovados sem implementação administrativa.

Restou ressalvado que algumas limitações de destinação de bens privados não são desapropriações, quando permitem o gozo da propriedade pelo particular e não necessitam de atos ablatórios.

4. - A jurisprudência da Corte também afirmou que não são enquadráveis nos padrões da desapropriação, das restrições indenizáveis e dos termos de duração, os bens imóveis com valores paisagísticos-ambientais, “em virtude de sua localização ou de sua inserção em um complexo de outros imóveis com a mesma essência, na qualidade indicada na lei” [...].

Mais em geral, se é considerado que a lei não pode fixar indenização quando os modos e os limites impostos - previstos diretamente na lei ou com a realização de um procedimento administrativo especial - atendam, com caráter de generalidade

367 A competência da Corte Constitucional foi fixada pelo artigo 134 da Constituição italiana: “A corte constitucional julga: controvérsias relativas à constitucionalidade das leis e dos atos, com força de lei, do Estado e das Regiões; conflitos de competência entre os poderes do Estado e aqueles entre o Estado e as Regiões e entre as Regiões; acusações promovidas contra o Presidente da República e os Ministros, ao abrigo da Constituição”. Tradução livre de: “La corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica ed i Ministri, a norma della Costituzione”, consoante CARULLO, Vincenzo. *La costituzione della repubblica italiana*. Bologna: Cezare Zuffi, 1950, p. 426.

para todos os associados e, logo, de modo objetivo (Acórdãos número 6 de 1966 e número 55 de 1968), a categorias inteiras de bens, e, portanto, concirnam à generalidade dos sujeitos com uma submissão indiferenciada destes - ainda que por zonas territoriais - a um regime particular, segundo as características intrínsecas do mesmo bem. Não se pode colocar um problema de indenização se a restrição, prevista em lei, contiver resguardo ao gozo dos bens em geral ou de categorias inteiras de bens, ou quando a mesma lei regule a relação que os bens tem em respeito a outros bens ou interesses públicos preeminentes.

Devem, por consequência, ser considerados como normais e inatos à propriedade, como resulta do sistema vigente, os limites não ablatórios impostos normalmente nos regulamentos edilícios ou na planificação e programação urbanística e relativos às normas técnicas, como os limites de altura, de cobertura, as distâncias entre os edifícios, as zonas de respeito em relação a algumas obras públicas, os diversos índices de aproveitamento ou os limites e relações previstas para zonas territoriais homogêneas e similares.³⁶⁸

No entanto, em determinadas circunstâncias, como as do caso examinado, pode haver a caracterização de sacrifícios (decrécimo no uso ou valor do bem objeto da restrição), que necessitam ser reparados (de maneira que a indenização deve corresponder aos prejuízos causados pela redução no uso do bem ou em razão da desvalorização do seu preço de mercado, em comparação à época anterior à intervenção estatal). Na situação analisada, não foi declarada a inconstitucionalidade das prorrogações de limitações, mas sim do artigo de lei que veda a concessão de indenização em virtude de limitações urbanísticas à propriedade privada, por violar o direito de propriedade:

De fato, para as restrições resultantes do planejamento urbano (como definidas acima), a obrigação específica de indenizar deve surgir quando superado o primeiro período ordinário de duração temporária (por sua vez, precedido por um período de regime de salvaguarda) da restrição (ou prorrogação por lei em regime transitório), como determinado pelo legislador dentro de limites razoáveis, como um índice da tolerabilidade normal do encargo a que o particular está submetido, se não seja

368 Tradução livre de: “4. - La giurisprudenza della Corte ha inoltre affermato che non sono inquadrabili negli schemi dell’espropriazione, dei vincoli indennizzabili e dei termini di durata i beni immobili aventi valore paesistico-ambientale, ‘in virtù della loro localizzazione o della loro inserzione in un complesso che ha in modo coesistente le qualità indicate dalla legge’ [...].

Più in generale si è ritenuto che la legge può non disporre indennizzi quando i modi ed i limiti imposti - previsti dalla legge direttamente o con il completamento attraverso un particolare procedimento amministrativo - attengano, con carattere di generalità per tutti i consociati e quindi in modo obiettivo (sentenze n. 6 del 1966 e n. 55 del 1968), ad intere categorie di beni, e per ciò interessino la generalità dei soggetti con una sottoposizione indifferenziata di essi - anche per zone territoriali - ad un particolare regime secondo le caratteristiche intrinseche del bene stesso. Non si può porre un problema di indennizzo se il vincolo, previsto in base a legge, abbia riguardo ai modi di godimento dei beni in generale o di intere categorie di beni, ovvero quando la legge stessa regoli la relazione che i beni abbiano rispetto ad altri beni o interessi pubblici preminenti.

Devono di conseguenza essere considerati come normali e connaturali alla proprietà, quale risulta dal sistema vigente, i limiti non ablatori posti normalmente nei regolamenti edilizi o nella pianificazione e programmazione urbanistica e relative norme tecniche, quali i limiti di altezza, di cubatura o di superficie coperta, le distanze tra edifici, le zone di rispetto in relazione a talune opere pubbliche, i diversi indici generali di fabbricabilità ovvero i limiti e rapporti previsti per zone territoriali omogenee e simili.”, em ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza 179/1999. Collegio. Rel. Renato Granatta. Roma, 12 de maio de 1999. *Gazzetta Ufficiale*, 26 de maio de 1999.

realizada desapropriação ou não sejam aprovados planos de implementação.

[...] O poder da Administração Pública de planejamento urbanístico e de execução de projetos relacionados às necessidades gerais (referidas por ordem da reunião plenária do Conselho de Estado) não pode ser consumido pelo simples fato de terem vencido os prazos de duração das restrições urbanísticas anteriormente delimitadas, onde persistem ou surgem situações que impõem a implementação, ainda que para finalidade diferente, e por isso deve ser excluída a alegação de violação aos artigos 9, 32 e 97 da Constituição.

Todavia, nos casos acima mencionados, a falta de previsão de qualquer indenização contrasta com os princípios constitucionais oriundos do artigo 42, parágrafo terceiro, da Constituição, e, portanto, deve ser declarada inconstitucional.³⁶⁹

A Corte Constitucional salientou que a ausência de previsão na lei de pagamento de indenização não obsta ao Poder Judiciário de fixar uma reparação correspondente:

9. - A exigência de uma intervenção legislativa sobre a quantificação e sobre a modalidade de liquidação da indenização não exclui que - mesmo em caso de persistente falta de específica intervenção legislativa que determine critérios e parâmetros para a liquidação das indenizações - o juízo competente para apreciar o pedido de indenização, uma vez convencido de que as restrições impostas em matéria urbanística têm caráter de desapropriação nos sentidos acima indicados, e pode obter do ordenamento jurídico as regras para a liquidação da obrigação indenizatória, na espécie como obrigações de reparação do prejuízo sofrido pela renovação ou da extensão da restrição.³⁷⁰

Mas foi ressaltado que não é qualquer intervenção que pode ser indenizada, estando fora da reparação, pois, os vínculos administrativos não ablatórios indicados normalmente na planificação urbanística, os impostos abstratamente e de modo objetivo a certas categorias de bens, os que não superam os limites da tolerabilidade normal e os que não excedem o tempo fixado em lei. Não era o caso da situação examinada, tendo sido concedida a indenização,

369 Tradução livre de: “Infatti, per i vincoli derivanti da pianificazione urbanistica (come sopra delimitati), l'obbligo specifico di indennizzo deve sorgere una volta superato il primo periodo di ordinaria durata temporanea (a sua volta preceduto da un periodo di regime di salvaguardia) del vincolo (o di proroga per legge in regime transitorio), quale determinata dal legislatore entro limiti non irragionevoli, come indice della normale sopportabilità del peso gravante in modo particolare sul singolo, qualora non sia intervenuta l'espropriazione ovvero non siano approvati i piani attuativi. [...]”

Il potere della pubblica amministrazione di programmazione urbanistica e di realizzazione dei progetti relativi alle esigenze generali (richiamate dalla ordinanza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato) non si può consumare per il semplice fatto della scadenza dei termini di durata dei vincoli urbanistici innanzi delimitati, ove persistano o sopravvengano situazioni che ne impongano la realizzazione anche se per differenti finalità, per cui deve essere esclusa in radice la denunciata violazione degli artt. 9, 32 e 97 della Costituzione.”, em ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza 179/1999. Collegio. Rel. Renato Granatta. Roma, 12 de maio de 1999. *Gazzetta Ufficiale*, 26 de maio de 1999.

370 Tradução livre de: “9. - L'esigenza di un intervento legislativo sulla quantificazione e sulle modalità di liquidazione dell'indennizzo non esclude che - anche in caso di persistente mancanza di specifico intervento legislativo determinativo di criteri e parametri per la liquidazione delle indennità - il giudice competente sulla richiesta di indennizzo, una volta accertato che i vincoli imposti in materia urbanistica abbiano carattere espropriativo nei sensi suindicati, possa ricavare dall'ordinamento le regole per la liquidazione di obbligazioni indennitarie, nella specie come obbligazioni di ristoro del pregiudizio subito dalla rinnovazione o dal protrarsi del vincolo.”, em ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza 179/1999. Collegio. Rel. Renato Granatta. Roma, 12 de maio de 1999. *Gazzetta Ufficiale*, 26 de maio de 1999.

além de declarada a inconstitucionalidade mencionada.

Ainda que não tenha sido utilizada explicitamente a teoria estudada (sacrifício de direitos), foi adotada a ideia de sacrifício, o que denota a influência do princípio da igualdade: houve influência para a caracterização do “sacrifício” indenizável (já que foi considerada sacrifício a imposição de ônus de forma a agravar desproporcionalmente um particular em comparação aos outros, e descaracterizada a noção quando a imposição for abstrata).

Também é de se destacar que, contrariamente ao ponderado pela doutrina e jurisprudência alemãs, a corte italiana considerou não ser necessário que a lei interventora estabeleça a indenização, pois esta pode ser fixada pelos tribunais, não se caracterizando violação à separação de poderes ou mesmo ao princípio da reserva legal³⁷¹. Isso ocorre por motivos de estrutura e interpretação constitucional, visto que o Tribunal Federal alemão considera que está expressa na constituição a necessidade de a previsão da reparação constar no ato interventor, o que não ocorre na interpretação da Constituição italiana. É um pensamento, pois, que melhor se amolda à realidade brasileira, na qual igualmente não foi ressalvada pelo Supremo Tribunal Federal, na leitura da Constituição Federal de 1988, a necessidade de que a indenização por eventuais prejuízos a propriedade, decorrentes de intervenções estatais na propriedade privada, esteja previsto na lei interventora.

371 Sobre o princípio da reserva legal, vide RODRIGUES, Itiberê. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito* - Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 56.

III) PROPOSTA DE UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DO DEVER DE INDENIZAR COM BASE NO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A terceira parte do presente trabalho examinará, em primeiro lugar, a aplicabilidade do artigo 37, §6º, da Constituição Federal à responsabilização do Estado por atos lícitos. Posteriormente, serão vistos os elementos dessa responsabilidade, com base em pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Esses dois tópicos serão lidos, por fim, em conjunto com o princípio da igualdade, também constitucionalmente previsto (artigo 5º da Constituição).

1. Artigo 37, Parágrafo Sexto, da Constituição Federal

A responsabilidade do Estado, no Brasil, nasceu como decorrente de atos lícitos, como se verifica no período do Brasil colonial, no qual havia previsão de pagamento de indenização pela requisição de imóveis para instalar a nobreza, em razão da transferência da Corte portuguesa ao Brasil³⁷², bem como para pagamento de indenização decorrente de desapropriações, tendo sido, inclusive, defendida por Rui Barbosa³⁷³. No entanto, com a previsão legal do Código Civil de 1916, esta passou a ser encarada sob o enfoque da responsabilidade por culpa, evoluindo de modo similar àquele observado nos países europeus da família romano-germânica³⁷⁴.

O elemento de ilicitude, que tradicionalmente está vinculado a culpa ou ao dolo, aos poucos foi sendo presumido e objetivado. Desde 1946, está prevista a responsabilidade objetiva do Estado:

372 SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41

373 “Não constitui isso escusa à responsabilidade civil; porque se o ato legal da autoridade lesa o particular no seu direito, incontestável é o da pessoa lesada à reparação do dano”, relativamente ao caso do Mercado da Glória (Antônio Martins Marinhos contra a Fazenda Nacional), em BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos*. Obras completas de Rui Barbosa; v. 26, t. 5, 1898. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1948, p. 103-104.

374 COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 202, p. 19-42, out./dez. 1995, p. 20.

Abstraindo o elemento *culpa*, as teorias objetivas fixam-se no elemento *dano*, que, incidindo sobre o patrimônio do administrado e desnivelando-o, exige a *reparação*. É suficiente o *nexo de causalidade* entre o *fato gerador* e o *dano*, desprezando-se a imputabilidade que se arrima na culpa, no procedimento, nas circunstâncias que geraram o dano. O princípio causativo supera o princípio de natureza moral para efeitos de responsabilização [...].³⁷⁵

Para justificar um fator de atribuição à responsabilidade objetiva, a maior parte da doutrina elegeu a Teoria do Risco Administrativo, que assim pode ser explicada: “A atividade estatal, alargada no contexto da modernidade, com a acentuação dos serviços públicos, apresenta, em determinadas circunstâncias, riscos intensificados e que nem sequer podem ser afastados de forma plena”³⁷⁶. Assim, para a responsabilização, é “suficiente o *nexo de causalidade* entre o *fato gerador* e o *dano*, desprezando-se a imputabilidade que se arrima na culpa, no procedimento, nas circunstâncias que geraram o dano”³⁷⁷.

A situação acima exposta é confirmada por Odete Medauar, que explana que, “[i]nformada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva”³⁷⁸. Maria Sylvia Zanella Di Pietro também menciona que é “chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da aplicação dos elementos subjetivos (culpa e dolo); é também chamada teoria do risco”³⁷⁹. Inácio de Carvalho Neto igualmente refere que a “responsabilidade é dita subjetiva quando se inspira na idéia de culpa, e objetiva quando fundada na teoria do risco”³⁸⁰. Por fim, Diogenes Gasparini afirma que a Constituição “acolhe a responsabilidade sem culpa do Estado, segundo o regime da teoria do risco administrativo, também chamada de teoria objetiva”³⁸¹.

Desde seus estudos iniciais, os autores brasileiros somavam aos argumentos acima

375 CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 322. Grifos no original.

376 SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 290.

377 CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 322.

378 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 366.

379 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 599. Há grifos no original.

380 CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 55.

381 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1119. Grifos no original.

aqueles presentes na Teoria da Igualdade Perante os Encargos Públicos, exposta por Themístocles Brandão Cavalcanti:

Todos os cidadãos devem participar igualmente dos ônus dos serviços públicos, isto é, contribuir na medida de suas respectivas capacidades aos encargos de toda natureza, que êles impõem.

A contrario deve ser repelida toda atividade que importe no enriquecimento à custa dos serviços públicos, nas obras de interesse coletivo. [...]

Todos devem contribuir para os encargos do Estado e como a indenização visa restabelecer o equilíbrio econômico, é manifesta a necessidade de uma justa distribuição dos encargos pela coletividade.³⁸²

O citado doutrinador ressaltou que tal teoria foi aproximada da Teoria do Risco em razão da “afinidade dos fundamentos econômicos de ambas as teorias”, porque estas “se preocupam substancialmente com a reparação do dano, sem subordinações à idéia de culpa”³⁸³.

Em decorrência da previsão inicial positivada da responsabilidade do Estado (Código Civil de 1916), como já foi mencionado, a visão tradicional do artigo 37, §6º, da Constituição Federal é a responsabilidade que nasce de atos ilícitos do Estado: “O dever de indenizar, em se tratando do suporte fático sob a incidência da Constituição Federal de 1988, art. 37, §6º, 1ª parte, não é dever decorrente de ato ilícito, e sim, dever que nasce como eficácia de ato-fato ilícito”³⁸⁴. Isso se conclui também porque objetivação da culpa não significa que os doutrinadores pressupõem a sua inexistência.

Contudo, como, em verdade, a responsabilidade objetiva estatal não depende de análise de culpa e dolo, uma parte da doutrina brasileira entende que a responsabilidade por atos lícitos está abrangida por tal modalidade de responsabilidade, e é tratada junto à matéria geral acerca da responsabilização do Estado³⁸⁵. Sobre o assunto, Sérgio Severo destaca que a “*summa divisio* da responsabilidade pública não está centrada no dualismo entre

382 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 5. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 411-412.

383 *Ibidem*, p. 412.

384 ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*. Tomo II. Campinas: Bookseller, 2001, p. 326.

385 Como se verifica, por exemplo, na seguinte citação: “Deixam-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexos de causalidade, o Estado deve ressarcir”, em MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 366-367.

responsabilidade aquiliana e contratual, por ato lícito e ilícito, por culpa ou sem culpa³⁸⁶, o que demonstra que a doutrina não tem por foco principal efetuar a distinção ora estudada.

A diferenciação, no entanto, é relevante para fins de apuração dos fundamentos e dos nexos de atribuição de ambas as formas de responsabilidade: embora ambas estejam embasadas no princípio da igualdade³⁸⁷, e, em última análise, no próprio Estado de Direito³⁸⁸, é de se ressaltar que, no caso da responsabilização do Estado por atos lícitos, sequer seria necessária a ponderação acerca do risco envolvido na atividade desenvolvida pela Administração Pública, e é impossível a apuração de culpa (que pode ocorrer em casos de responsabilidade por atos ilícitos); a possibilidade de responsabilizar o Estado, na espécie, possui características próprias que dificultam a diferenciação entre restrições indenizáveis e não-indenizáveis, ao reverso da responsabilidade do Estado por atos ilícitos, que sempre é indenizável, justamente em razão de o ato estatal ser, de plano, repudiado pelo ordenamento jurídico. Isso torna a atuação e pormenorização do princípio da igualdade mais intensas. Tais circunstâncias serão pormenorizadas em item próprio do presente estudo.

Celso Antônio Bandeira de Mello integra a parcela de autores que trata do tema de modo específico. Em suas palavras,

8. Parece-nos que só desassiste falar em responsabilidade quando a ordem jurídica estabelece em prol do Estado um poder [...] cujo conteúdo reside *especificamente* em aniquilar um direito alheio, que se converterá em correlativa expressão patrimonial. Pelo contrário, *cabera falar em responsabilidade do Estado por atos lícitos* nas hipóteses em que o poder deferido ao Estado e legitimamente exercido acarreta, *indiretamente*, como simples consequência - não como sua finalidade própria -, lesão a um direito alheio.

9. Vale dizer: há casos em que o Estado é autorizado pelo Direito à prática de certos atos que não têm por conteúdo próprio sacrificar direito de outrem. Sem embargo, o exercício destes atos pode vir a atingir direitos alheios, *violando-os*, como mero subproduto, como simples resultado ou seqüela de uma ação legítima.

Sirva de exemplo o mencionado pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello do ato que determina, legitimamente, o nivelamento de uma rua. Procedido este, com todas as cautelas e rigores técnicos, algumas casas ficarão, inevitavelmente, abaixo ou acima do nível da rua, com manifestos prejuízos para seus proprietários.

É evidente que o conteúdo do poder atribuído ao Estado não consistia em sacrificar o direito a alguém. Não era esta a finalidade visada pela norma que investia a Administração em poderes para determinar o nivelamento da rua. Sem embargo, resultou, como consequência desta ação legítima - orientada para outra finalidade -,

386 SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 289-290. Grifos no original.

387 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 975. Grifos no original.

388 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 16.

a violação do direito de alguns proprietários lindeiros à rua nivelada.³⁸⁹

Posicionamento similar também é encontrado em Sérgio Severo, que defende que, no caso das intervenções lícitas, o fator de atribuição (objetivo) da responsabilidade estatal é igualdade perante os encargos públicos³⁹⁰. A este respeito, explica que:

O princípio da isonomia tem dupla função, primeiro como condicionante do fator de atribuição [...]; porém no que tange à responsabilidade por atos lícitos, tal princípio é uma pauta que se alia ao dano, na aferição da atribuição de encargo desproporcional ao administrado.

Na responsabilidade por atos lícitos, o dano imposto pelo Poder Público é o efeito colateral de uma atividade dirigida ao interesse público, como pauta do efeito principal. Assim, sob a perspectiva da teoria do duplo efeito, a conduta lícita e desejada da Administração traz consigo um efeito secundário que é suportado pela vítima, consubstanciado em um dano especial, anormal e permanente, que rompe a igualdade perante os encargos públicos.

Outro aspecto saliente é o dato de que, no plano dos atos lícitos, a responsabilidade objetiva é infensa a qualquer exame de culpa; não é possível a cogitação de culpa do agente ou mesmo da culpa concorrente da vítima. A culpa, no caso, desfiguraria a licitude.³⁹¹

Consoante o citado doutrinador, a responsabilidade estatal, no caso, adviria de danos derivados de trabalhos e obras públicas (danos impostos a um sujeito “superiores aos problemas normais de vizinhança”³⁹²), desapropriação (na forma de justa e prévia indenização³⁹³), intervenções urbanísticas (nos casos de atos materiais que causem danos individualizáveis, como no caso da construção de um viaduto que desvaloriza imóveis lindeiros³⁹⁴), na restituição de veículo perdido em favor do Estado (indicado no âmbito do Direito Português³⁹⁵), quando do exercício do dever de fiscalização urbanístico (quando, por exemplo, não são executadas obras de infra-estrutura em loteamentos e quando do embargo de obra sob fundamento de posterior desapropriação que não se realiza³⁹⁶), na cassação de

389 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 963. Grifos no original.

390 SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 290.

391 *Ibidem*, p. 317.

392 *Idem*.

393 *Idem*.

394 *Ibidem*, p. 319.

395 *Ibidem*, p. 321.

396 *Idem*.

alvará de construção (pelos danos sofridos pela construtora³⁹⁷), no caso de proteção a bens culturais (conforme será posteriormente analisado no presente estudo; mas se pode adiantar que, para tal doutrinador, a responsabilidade estaria caracterizada quando “as limitações se apresentem de forma exorbitante, limitando substancialmente os atributos da propriedade”³⁹⁸) e medidas de política econômica (como, por exemplo, interferência no regime de locações, congelamento de depósitos bancários e privatizações de empresas de capital público³⁹⁹).

Por derradeiro, Almiro do Couto e Silva explana acerca da responsabilidade do Estado por atos lícitos:

Mas, além desses requisitos primeiramente fixados pelo direito privado para que o dano seja indenizável, há ainda dois outros, típicos do direito público, e que concernem exclusivamente à responsabilidade do Estado por atos lícitos: a especialidade e a anormalidade. São eles que explicam que nas limitações administrativas, por serem genéricas, não cabe indenização e que as servidões administrativas, por recaírem sobre um bem determinado, sejam, via de regra, indenizáveis. O fundamento da responsabilidade, nessas hipóteses, está na distribuição desigual dos encargos públicos. É iníquo que alguém sofra sacrifício em proveito da coletividade sem que seja indenizado. De outro lado, é facilmente compreensível que os atos lícitos do Estado, quando não causem perturbações ou alterações de monta no patrimônio ou na vida das pessoas, mantendo-se, portanto, dentro dos lindes da normalidade, não dêem lugar a indenização.

A especialidade e a anormalidade do dano têm também conexão com a noção de interesse juridicamente protegido ou interesse simples. A mudança do sentido do trânsito de veículos em determinada rua pode prejudicar grandemente comerciantes estabelecidos naquela vida pública ou pessoas que lá residem. Nem por isso terão eles pretensão ressarcitória contra o Estado. Diversa é a solução, no entanto, quando o trânsito é proibido em rua na qual funcionava oficina de conserto de automóveis. Afirma-se que, no primeiro caso, há simples interesse ou interesse não qualificado, enquanto que, no segundo, o interesse seria legítimo ou jurídico.⁴⁰⁰

Deste modo, Almiro do Couto e Silva explana que o dano, no caso de o ato da Administração Pública ser lícito, deve ser anormal e especial (ou seja, ultrapassa os limites do que é considerado como inserido na normalidade), bem como o interesse lesado deve ser legítimo ou jurídico, embora critique que os critérios de distinção entre os interesses legítimos e os simples podem ser potencialmente arbitrários, mas que podem ser afastados ou mitigados com base na anormalidade do dano⁴⁰¹.

397 SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 322.

398 *Ibidem*, p. 323.

399 *Ibidem*, p. 324.

400 COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 202, out./dez. 1995, p. 31.

401 *Idem*.

Pela leitura dos citados autores é possível perceber que os estudos pormenorizados da responsabilidade estatal por atos lícitos trazidos pela doutrina brasileira amparam-se, em verdade, nas teorias já construídas no Direito Comparado. Celso Antônio Bandeira de Mello menciona tomar por base os ensinamentos de Renato Alessi⁴⁰², já examinados no presente estudo; Sérgio Severo, por sua vez, utiliza a nomenclatura empregada pelo Direito Francês, demonstrando sua inspiração direta em tal país, bem como no Direito Português, em especial em razão do célebre estudo de Canotilho acerca do assunto⁴⁰³; e, por fim, Almiro do Couto e Silva utiliza simultaneamente a doutrina francesa (ao mencionar os requisitos da anormalidade e especialidade do dano sofrido pelo particular, bem como na ideia de justa distribuição dos encargos públicos) e a italiana (ao referir acerca da dualidade entre interesses legítimos e interesses simples).

A possibilidade de aplicação do artigo 37, §6º, da Constituição Federal para a responsabilização do Estado já foi, inclusive, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 113.587-5. Em tal caso, o autor da ação demandava indenização por danos materiais decorrentes da desvalorização de imóvel de sua propriedade que se localizava próximo à construção de um viaduto. O Ministro Relator ponderou, no ponto, que “o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como consequência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau”⁴⁰⁴. Há expressa menção, inclusive, ao princípio da igualdade perante os encargos públicos (sob a denominação de “princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais”) e da existência de anormalidade do dano sofrido pelo particular.

O dispositivo constitucional acima citado, pois, contempla a responsabilização do Estado por atos lícitos, fundada no princípio da igualdade perante os encargos públicos conforme já se manifestou a nossa mais alta corte.

Em interpretação sistemática, o artigo em estudo está inserido no Título II (“Da Organização do Estado”) e no Capítulo VII (“Da Administração Pública”), razão pela qual a

402 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 962.

403 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974. 364 p.

404 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F., 1967, art. 107. C.F./88, art. 37, par-6.. I. Recurso Extraordinário n. 113.587-5/SP. Recorrentes: José Carlos Deluca Magalhães e sua mulher. Recorrido: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 18 de fevereiro de 1992. DJ. 03.04.1992, p. 04292.

matéria da responsabilidade do Estado está inserida no âmbito do Direito Público, e, especificamente, do Direito Administrativo⁴⁰⁵, de maneira que os princípios próprios deste ramo do Direito se aplicam a tal instituto.

2. Elementos da Responsabilidade do Estado

Serão estudados, inicialmente, os elementos gerais da responsabilidade do Estado (em razão da previsão constitucional expressa de tal instituto), para, posteriormente, analisar as particularidade do artigo da Lei Maior anteriormente transcrito, com vistas a abranger o instituto no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

A presente exposição tomará por base os elementos indicados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 456.302-9/RR para a responsabilização do Estado em razão de atos lícitos: a atuação ou omissão estatal, a existência de dano, o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do Estado e a inexistência de excludentes de responsabilidade⁴⁰⁶. Esses mesmos elementos foram colacionados na obra de Hely Lopes Meirelles, citando precedente anterior do referido tribunal⁴⁰⁷.

A opção por tal classificação deu-se em virtude do seu conteúdo atual, e para fins de facilitar a delimitação do objeto de estudo e propiciar o exame do instituto da responsabilidade do Estado que está expressa no artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

a) Ato ou Omissão Estatal

405 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 111, jul./set. 1991, p. 116. Neste mesmo sentido, SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 164. Em posicionamento contrário, CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27-29.

406 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. I. Responsabilidade civil do Estado: reparação de danos morais e materiais decorrentes de parada cardiorrespiratória durante cirurgia realizada em hospital público. Recurso extraordinário: descabimento. Recurso Extraordinário n. 456.302-9/RR. Agravante: Estado de Roraima. Agravada: Maria da Guia Santos Lima. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 06 de fevereiro de 2007. DJ 16.03.2007, p. 00029.

407 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 665.

A redação do artigo 37, §6º, da Constituição Federal é explícita quanto a atos comissivos do Estado. Em relação, contudo, a atos omissivos, ensina Inocêncio Mártires Coelho:

Havendo, portanto, um dano decorrente de omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficazmente), é de exigir-se a caracterização do dever legal de agir, uma vez que, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo se obrigado a impedir o dano. Isto é, só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo.

Logo, se o Estado não estava obrigado a *impedir* o acontecimento danoso [...], não há razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Por isso, “a responsabilidade por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*”.⁴⁰⁸

É por tais motivos que o presente estudo também não tomará em consideração atos omissivos por parte do Poder Público, mas apenas comportamentos comissivos (e simultaneamente lícitos).

No caso, a conduta comissiva é uma ação que é “o evento causador do dano”⁴⁰⁹, ato este que, quando lícito, pode se traduzir na edição de uma lei, de ato administrativo ou mesmo de decisão judicial⁴¹⁰. Como o objeto do presente trabalho relaciona-se à responsabilidade do Estado em caso de tombamento de bens, que deve ser efetuado por ato emanado do Poder Executivo⁴¹¹, a conduta causadora de dano será o procedimento administrativo que culmina no tombamento⁴¹².

Além disso, para que o Estado seja responsável, a ação danosa deve ser praticada pelo agente do Estado nesta qualidade, ou seja, “[d]everá existir, por conseguinte, correlação intrínseca entre o ato e a função pública”⁴¹³.

408 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4 ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 891.

409 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 470.

410 Vide, a respeito, ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*. Tomos I e II. Campinas: Bookseller, 2001.

411 Com a exceção constante no parágrafo quinto do artigo 216 da Constituição Federal, que efetua o tombamento de “todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”, sendo tal tombamento, pois, de origem legislativa.

412 GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 51.

413 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 537.

Além disso, o significado de “agente” é amplo, pois abrange,

quanto às entidades integrantes da Administração, todas as pessoas que, mesmo de modo efêmero, realizem funções públicas. Qualquer tipo de vínculo funcional, o exercício de funções de fato, de funções por agente de outra entidade ou órgão, o exercício das funções por delegação, o exercício de atividades por particulares sem vínculo de trabalho (mesários e apuradores em eleições gerais) ensejam responsabilização.⁴¹⁴

No âmbito federal, os tombamentos são realizados pelo IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, criados pela Lei 378 de 13 de janeiro de 1937. Aos Estados, por sua vez, cabe a realização do tombamento por meio de órgãos próprios (com personalidade jurídica própria ou não, conforme o que for estabelecido pela legislação ou atos administrativos). No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, esse papel é desempenhado pelo IPHAE - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado do Rio Grande do Sul. Por fim, na esfera municipal, o ato caberá ao Prefeito (homologação do tombamento), com auxílio de suas Secretarias. É o caso do Município de Porto Alegre, que conta com a Equipe do Patrimônio Histórico e Cultural - EPAHC (foi criada pela Portaria nº 45, de 12 de maio de 1981) para gerir o patrimônio histórico da cidade. No caso da esfera federal, por se tratar de descentralização administrativa⁴¹⁵, que gera pessoa jurídica com personalidade jurídica própria, eventual ação deverá ser proposta contra a própria autarquia (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). Nos dois últimos casos (especificamente quanto ao Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre) ocorre uma desconcentração administrativa⁴¹⁶, de modo que, respectivamente, o Estado e o Município são partes legítimas para figurarem em polo passivo de eventual ação proposta por particular que se entender lesado quando da realização de um tombamento estadual e municipal.

Ademais, se a conduta estatal for regular, não há falar em *ilicitude*. Há, na responsabilidade pública, um elemento que qualifica a conduta do Estado: a *antijuridicidade*, que é expressão ampla que abrange tanto a responsabilidade por atos ilícitos (de modo que o ato contra a lei é o fundamento desta modalidade de responsabilidade) quanto aquela por atos

414 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 370.

415 A descentralização administrativa é “a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 380.

416 Desconcentração administrativa é o “fenômeno da distribuição *interna* de plexos de competências decisórias, agrupadas em unidades individualizadas” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 146. Grifos no original.

lícitos (cujo fundamento é a quebra da igualdade perante os encargos públicos, conforme Sérgio Severo)⁴¹⁷. A responsabilidade por atos lícitos “é aquela derivada de atos que possam impor ônus desproporcionais aos administrados, embora representem uma atuação estatal que nem sequer se enquadra no espectro das excludentes de ilicitude”⁴¹⁸. A culpa, no caso, está pulverizada, uma vez que o ato danoso praticado é necessário e desejável (como, por exemplo, a construção de uma obra pública), embora enseje danos à propriedade privada. No campo do Direito Privado, tal conjectura é raríssima, embora seja mais comum no âmbito do Direito Público (ainda que não deva ser considerado como regra geral de regime de responsabilidade)⁴¹⁹. Um dos exemplos citados é a efetivação de atos de preservação ambiental ou cultural que imponham encargos desproporcionais a um indivíduo⁴²⁰.

Assim, a responsabilidade do Estado, seja por atos lícitos ou ilícitos, sempre pressupõe algum elemento não acolhido pelo Direito: no primeiro caso, refere-se à impossibilidade de exigir-se do particular um *sacrifício especial de direitos*; e, na segunda hipótese, relaciona-se à irregularidade do ato em si. Mas, no caso do tombamento, o ato sempre será lícito (já que, se não o for, caracterizará desapropriação indireta), de maneira que o ato eventualmente não antijurídico será o próprio dano (anormal e especial), que será a seguir exposto.

b) Dano

O dano, na qualidade de lesão a um interesse protegido pelo Direito⁴²¹, é crucial para qualquer forma de responsabilidade⁴²² (seja a privada, seja a pública), por ser a medida do que será recomposto. “Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da

417 SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 228.

418 *Ibidem*, p. 230.

419 *Ibidem*, p. 230-231.

420 *Ibidem*, p. 231.

421 *Ibidem*, p. 188.

422 COUTO E SILVA, Clóvis Verissimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, v. 80, n. 667, maio 1991, p. 07.

indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima”⁴²³. O dano, pois, é

... o resultado de uma lesão: é o efeito decorrente de um evento que provocou certa modificação desfavorável na situação jurídica subjetiva daquele que o sofreu em seu patrimônio ou em sua pessoa, por ter-lhe atingido aqueles bens que também são afetados pelo direito e, por isso, são bens jurídicos, nada importando que alguns deles não sejam apreciáveis em dinheiro.⁴²⁴

O doutrinador prossegue, explicitando os bens jurídicos que podem ser objeto de direitos que, consoante a sua natureza, são classificados como:

- a) *coisas*, que são bens tendentes a satisfazer interesses materiais mediante seu uso, seu gozo e sua disposição, de maneira praticamente absoluta, porque se impõem ao respeito indistinto de todos (oponibilidade *erga omnes*), e cujo uso e gozo têm limitação apenas em face do interesse social, pois todos eles devem atender a uma função pública, graças à sua existência, no mundo, em quantidades limitadas. Essas coisas tanto podem ser corpóreas - *res quae sui natura tangi possunt*, de acordo com a explicação de Gaio - como podem ser incorpóreas - *quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in jure constituent*, como também teria dito Gaio e em que vernáculo bem poderia significar ‘coisas que não podem ser tocadas, qualidades essas que consistem em direito’. As coisas incorpóreas, como ainda são hoje, constituem os direitos em geral, tanto os de ordem legal, como os de ordem contratual;
- b) *prestações*, que são as ações devidas a alguém, em razão de obrigações contraídas voluntariamente, ou impostas *jussu judicis* e, ainda, as que decorrem de um dever funcional. São, pois, as prestações pessoais (as obrigações em sentido amplo) e as prestações jurisdicionais, estas devidas pelo Estado, para imposição da paz social e evitar-se que os particulares façam justiça por suas próprias mãos fora dos casos expressamente autorizados pela lei;
- c) *atributos da pessoa humana* (querendo alguns que se estenda esta classe a atributos da pessoa jurídica, como são o renome, a fama, a clientela, etc.), que são o renome, os bens da personalidade, como a vida humana, a liberdade, o corpo humano, a honra e as respectivas potencialidades, enquanto sejam bens inerentes, essenciais, inatos, necessários, inalienáveis (embora relativamente disponíveis) e, por fim, os
- d) *produtos do intelecto*, ou, como dizem os italianos, *prodotti dell'ingegno*, que são os bens intelectuais, como as obras artísticas ou científicas, as invenções, as descobertas científicas, as novas espécies vegetais, os desenhos e modelos industriais, os caracteres tipográficos, etc.⁴²⁵

Em resumo, a doutrina diferencia o dano patrimonial (ou material) do dano extrapatrimonial (ou moral, ou imaterial, ou não patrimonial). No primeiro caso, o dano “atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente”⁴²⁶. O dano deve ser direto (em

423 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2010, p. 73.

424 MANSO, Eduardo Vieira. Um estudo sobre a taxinomia dos danos jurídicos. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 15, n. 43, jul. 1988, p. 198.

425 *Ibidem*, p. 198-199.

426 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 73.

outras palavras, decorre de “relação suficiente de causa e efeito”⁴²⁷ com o ato praticado) e certo (ou seja, deve ser efetivo e real, ou ter probabilidade de futura existência, ao invés de hipotético⁴²⁸). Esse conceito contempla o dano emergente (ou positivo, ou atual), entendido como tal a diminuição imediata e efetiva no patrimônio da vítima, e o lucro cessante (ou dano futuro), que são a decorrência futura de um fato já ocorrido, ou seja, a perda do ganho que era esperado, a frustração da expectativa de lucro, ou a “diminuição potencial do patrimônio da vítima”⁴²⁹.

No segundo caso (danos extrapatrimoniais), o dano se caracteriza quando for “[r]ealizada a lesão ao direito da personalidade, e também a outros direitos e interesses”⁴³⁰, não necessariamente vinculados à questão psíquica da vítima⁴³¹, mas sim à dignidade humana, o que abrange os direitos relativos “à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade”⁴³².

No presente estudo, os danos que serão contemplados em razão de responsabilidade pelo tombamento, são os materiais (danos emergentes e lucros cessantes), tendo em vista que a mencionada proteção direciona-se a bens móveis ou imóveis, mas que, em princípio, não fazem parte de direitos da personalidade de um indivíduo singularmente considerado.

Sérgio Severo ainda salienta que, na esfera do direito público, os critérios da especialidade e anormalidade do dano potencializam-se, sobretudo na responsabilidade por atos lícitos, que são os atos sob o qual o presente trabalho está focado:

Quando se está diante de responsabilidade por atos lícitos, no entanto, a especialidade e a anormalidade se potencializam, uma vez que representam a linha de fronteira entre a lesão indenizável e aquela que não tem relevância jurídica, quando se revelam o caráter geral e a pequena relevância do dano, em função da intervenção pública, tolerável ou necessária.⁴³³

427 SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 189.

428 *Idem*.

429 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2010, p. 74-75.

430 COUTO E SILVA, Clóvis Verissimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, v. 80, n. 667, maio 1991, p. 13.

431 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 83.

432 *Ibidem*, p. 82.

433 SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 190.

Tal exposição possui inspiração na doutrina francesa acerca do assunto, conforme foi analisado em ponto específico deste estudo.

Também se ressalta que, dada a qualidade do dano atribuído no Direito brasileiro, a distinção já efetuada neste trabalho entre indenização e ressarcimento perde a relevância, pois “o regime da responsabilidade pública não restringe indenização em função da juridicidade à excepcionalidade das excludentes, pois, nesta esfera, o exercício das funções estatais legítimas muitas vezes impõe danos desproporcionais a um administrado”⁴³⁴.

Já foi analisado no presente estudo que, para Renato Alessi, a reparação de atos danosos lícitos não é forma de responsabilidade do Estado, nos seguintes termos:

Precisamente em vista desta diversidade de fundamento teórico e positivo, bem como da diversidade de medidas, em consequência, entre *ressarcimento* e *indenização*, não se pode formar uma única categoria que ficaria sem uso prático exatamente porque imediatamente depois seria necessário dividir a noção em duas distintas subcategorias, correspondentes a cada uma das duas formas por nós examinada. Parece mais oportuno, então, limitar a verdadeira noção de responsabilidade àquela pela *violação* de direitos subjetivos, fazendo-se uma categoria jurídica à parte, autônoma, daquela considerada responsabilidade por atos lícitos.⁴³⁵

De acordo com tal autor, portanto, há diferenciação entre sacrifício de interesses, causados por atos lícitos e reparáveis através de indenização, e danos que acarretam a responsabilidade, nascida do ato ilícito e reparáveis através do ressarcimento. A relevância prática da dessemelhança do sacrifício e da responsabilidade, exposta no direito italiano, pois, reside nas suas conseqüências, a saber, a indenização e o ressarcimento:

Pode-se, então, construir uma figura de indenização distinta daquela do ressarcimento, incluindo a compensação a ser concedida que repara o dano derivado a um privado, da realização de uma atividade legítima da Administração Pública. E esta distinção entre *indenização* e *ressarcimento*, note-se bem, não está privada de relevância prática, como será visto mais além, aos efeitos da determinação da medida e da extensão da compensação. Qual o fundamento desta figura de indenização? Entende-se naturalmente o fundamento teórico, racional, já que é o fundamento positivo, ao menos nos casos

434 SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 231.

435 Tradução livre de: “Appunto in vista di questa diversità di fondamento teorico e positivo, nonché della diversità di misura, in conseguenza, tra *risarcimento* ed *indennità*, non si può formare un'unica categoria che rimarrebbe senza pratica utilità appunto perchè subito dopo bisognerebbe scinderne la nozione in due distinte sottocategorie, corrispondente ciascuna ad ognuna delle due diverse forme da noi esaminate, Sembra più opportuno, perciò limitare la vera nozione di responsabilità a quella per *violazione* di diritti soggettivi, facendosi una categoria giuridica a parte, autonoma, della cosiddetta responsabilità per atti legittimi.”, em ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1955, p. 124, nota 2. Grifos no original.

ora em exame, nos quais a indenização é prevista expressamente na norma que prevê o sacrifício, é dato na mesma norma que a prevê.⁴³⁶

No direito brasileiro, similar é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não há falar, pois, em responsabilidade, propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, *sacrifica* um direito de outrem, ao executar um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo *conteúdo jurídico intrínseco* consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém.

A doutrina italiana costuma reservar a palavra *indenização* para estas hipóteses, fazendo uso do termo *ressarcimento* para os casos de responsabilidade. Refere-se a estes direitos, minimizados por uma ação estatal autorizada por lei, como *diritti affievoliti* ou *diritti che affievoliscono*, isto é, direitos enfraquecidos ou direitos enfraquecem - que se debilitam.⁴³⁷

O traço distintivo nos ensinamentos de ambos os doutrinadores reside no fato de que o autor brasileiro não diferencia ressarcimento de indenização, e admite a possibilidade de efetiva responsabilização por atos lícitos (ainda que, simultaneamente, acolha a desigualdade entre sacrifício de direitos e responsabilidade):

6. Não observaremos a distinção *terminológica* entre as palavras *indenização* e *ressarcimento*, mas acolhemos, por sua indiscutível procedência, o discrimen entre sacrifício de direito e responsabilidade do Estado.

7. Do que se expôs *não se segue*, entretanto, a *impossibilidade de uma real, verdadeira, responsabilidade do Estado por atos lícitos*, como se adiante verá. Nesse ponto afastamo-nos das conclusões de Alessi.

8. Parece-nos que só desassiste falar em responsabilidade quando a ordem jurídica estabelece em prol do Estado um poder - consoante já se disse - cujo conteúdo reside *especificamente* em aniquilar um direito alheio, que se converterá em correlativa expressão patrimonial.

Pelo contrário, *cabará falar em responsabilidade do Estado por atos lícitos* nas hipóteses em que o poder deferido ao Estado e legitimamente exercido acarreta, *indiretamente*, como simples consequência - não como sua finalidade própria -, a lesão a um direito alheio.

9. Vale dizer: há casos em que o Estado é autorizado pelo Direito à prática de certos atos que não têm por conteúdo próprio sacrificar direito de outrem. Sem embargo, o exercício destes atos pode vir a atingir direitos alheios, *violando-os*, como mero

436 Tradução livre de: “Si può quindi costruire una figura di indennità distinta da quella di risarcimento, comprendente il compenso da accordarsi quale rifusione del danno derivato ad un privato dall’esplicazione di una attività legittima della pubblica amministrazione.

E questa distinzione tra *indenità* e *risarcimento*, si noti bene, non è priva di rilevanza pratica, come si vedrà più oltre, agli effetti della determinazione della misura e della estensione del compenso.

Quale il fondamento di questa figura di indennità? Si intende naturalmente fondamento teorico, razionale, giacchè il fondamento positivo, quanto meno nei casi ora in esame, in cui l’indennità è prevista espressamente dalla norma che prevede il sacrificio, è dato dalla norma stessa che la prevede”, em ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1955, p. 130. Grifos no original.

437 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 962-963. Grifos no original.

subproduto, como simples resultado ou seqüela de uma ação legítima.⁴³⁸

No entanto, a adoção da diferenciação entre sacrifício de interesses e responsabilidade do Estado perde a sua razão de ser se não estiver acompanhada do discernimento entre indenização e ressarcimento. Isso se verifica pela justificativa dada por Renato Alessi acerca da relevância de diferenciar as duas primeiras modalidades citadas. A mera separação entre sacrifício e responsabilidade, sem efeitos práticos, torna-se desnecessária e termina por descontextualizar-se do ordenamento jurídico brasileiro⁴³⁹, sobretudo quando a doutrina majoritária não atribui efeitos práticos ao discernimento entre indenização e ressarcimento⁴⁴⁰.

Por outro lado, José Cretella Júnior salienta que, ainda que os casos de desapropriações e requisições não se configurem como casos de responsabilidade do Estado, é admissível a responsabilização por atos lícitos em casos de sacrifício de direito privado:

Deixando de lado os casos de *colisão de direitos*, emergentes das desapropriações e requisições, que não configuram, a nosso ver, hipóteses de responsabilidade extracontratual do Estado [...], é possível a existência de inúmeros casos de *responsabilidade sem culpa*, mas fundada no risco decorrente da própria natureza do serviço.

Assim, para os que admitem a responsabilidade pública decorrente de ato administrativo lícito, a exemplificação é simples, concretizando-se nas hipóteses do sacrifício da propriedade de direito privado diante do interesse público, correspondendo a indenização ao valor efetivo e atual dos bens sacrificados.⁴⁴¹

Em compreensão mais abrangente (contemplando, inclusive, casos de tombamento de bens), Sérgio Severo defende que:

438 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 963. Grifos no original.

439 Não confundir com o entendimento de Vicente de Paula Mendes, que não discorre acerca do confronto entre indenização e ressarcimento, mas expõe que a indenização, no caso da desapropriação, por suas próprias particularidades, equivale a preço; no entanto, não há distinção, no ponto, entre as formas de compensação em face de atos lícitos ou ilícitos danosos por parte do Estado, consoante MENDES, Vicente de Paula. *Indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 40.

440 Neste sentido, Hely Lopes Meirelles, ao explicar acerca da ação de indenização, na qual deve ser provado somente o nexo causal entre o fato lesivo e o dano (o que contempla, pois, a responsabilidade do Estado por atos lícitos e ilícitos), menciona que a “*indenização do dano* deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, em linguagem civil, o dano emergente e os lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento”, em MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 667-668. Grifos no original.

441 CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 109. Grifos no original.

Se há uma justificativa histórica para o contraste das hipóteses de indenização e reparação, na medida em que a concepção subjetiva da responsabilidade pública não admitiria uma responsabilidade sem culpa sobretudo na esfera dos atos atos lícitos e necessários à ação administrativa, de outro lado não prospera a distinção, pois se trata de hipóteses sujeitas ao regime de responsabilidade.

A desmistificação da culpa como pressuposto da responsabilidade pública não se coaduna com o duplo regime (indenização-reparação); são ambos casos de responsabilidade, e essa realidade torna-se clara quando observada a jurisprudência, que importa da expropriação os elementos referentes à indenização em casos de limitação substancial de direitos, como nas hipóteses de tombamento, em que a indenização é pautada pelo grau de limitação imposta por um ato lícito no plano do conteúdo do direito da propriedade.

Em tais casos, a persistência do critério dualista divorcia a doutrina da jurisprudência, que vem avançando em termos antes não admitidos.⁴⁴²

A separação entre ressarcimento e indenização, pois, reside em fatores históricos que não se justificam no contexto brasileiro. Por consequência, a diferenciação do sacrifício de direitos e a responsabilidade do Estado não possui efeitos práticos, por a compensação dever ser sempre integral. Considerar, ainda, que o particular não possui direitos em face de interesse público (mas sim *interesses legítimos indenizáveis*, conforme a teoria nascida no direito italiano) equivaleria ao abandono dos direitos e garantias individuais constitucionalmente previstos (entre eles, inclusive, o direito à propriedade privada), para admitir-se somente fragmentos desses direitos (ou direitos enfraquecidos)⁴⁴³. Isso também contraria a evolução do Direito Administrativo, que vem reconhecendo no administrado a condição de *cidadão*⁴⁴⁴. A ideia desenvolvida no direito italiano de sacrifício de *interesses*, pois, é incompatível com o contexto brasileiro.

José Joaquim Gomes Canotilho, no âmbito do direito português, explana acerca de categoria única de responsabilidade do Estado (seja por atos lícitos, seja por atos ilícitos):

Tentou-se demonstrar que o carácter espúrio conferido à responsabilidade por actos

442 SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 234-235.

443 Relembrando-se, inclusive, que, no direito brasileiro, vem-se empregando a ideia germânica da necessidade de manutenção do núcleo (conteúdo) essencial de direitos fundamentais, quando em conflito com outros ditames constitucionais, o que é explanado por Robert Alexy: “direitos fundamentais são posições individuais. Se a Constituição estabelece algo tão importante quanto uma proibição de afetação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, então, isso diz respeito *no mínimo também* a posições de direitos fundamentais individuais”, em ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p. Trad. Luís Afonso Heck, p. 297. Neste sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4 ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353.

444 MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Le Droit Administratif Français et ses Révolutions Tranquilles. In ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito - Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52. No mesmo sentido, no direito brasileiro, MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.

lícitos radica na unilateral acentuação do facto ilícito e culposo como fundamento da responsabilidade, acentuação esta inevitavelmente conducente a diferente sistematização conceitual dos danos não enquadráveis na responsabilidade subjectiva. Ora, ao oferecermos uma noção mais ampla da responsabilidade, procurámos trazer para o seu devido lugar toda a série de casos de actos danosos não antijurídicos aos quais, por razões conceitualistas, era qualitativamente atribuída uma natureza diferente da responsabilidade. O apelo à ideia de *conversão* não foi senão um expediente técnico-jurídico a que os autores mais clarividentes tiveram de recorrer para evitar atropelos à justiça material, possibilitados pela dogmática clássica ao manter-se rigidamente fiel às exigências da responsabilidade aquiliana. [...] No momento em que as *fattispecii* da responsabilidade objectiva ganharem relevo autónomo no ordenamento jurídico, não mais se tona necessária a recondução da responsabilidade por actos lícitos a uma conversão de direitos. O critério de imputação não é já, nem precisa sê-lo, o facto ilícito; o facto lícito causador de um dano injusto poderá também possibilitar a transferência para o sujeito lesante do prejuízo onerador da esfera jurídico-patrimonial do lesado.⁴⁴⁵

Este entendimento explicitado por Sérgio Severo e José Joaquim Gomes Canotilho é o adotado pelo presente trabalho, em face dos argumentos anteriormente expostos⁴⁴⁶.

No ordenamento jurídico pátrio, os danos decorrentes de atuação estatal lícita são restrições a *direitos* (e não meros interesses), sofridas de modo anormal e especial. No caso do tombamento, o dano decorre de encargos, entendidos como “deveres positivos (de fazer) vinculados ao exercício de direitos”⁴⁴⁷, ou, como posteriormente será visto, como uma redução do valor patrimonial do bem (ou seja, mesmo sem estabelecimento de deveres).

c) Nexos de Causalidade

Para que seja possível responsabilizar o Estado, é necessária a configuração de um nexo causal entre a sua conduta e o dano produzido; tal nexo causal pode ser entendido como “um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual podemos concluir quem foi o causador do dano”⁴⁴⁸.

445 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 234-235.

446 É possível, todavia, a utilização da contribuição da doutrina e jurisprudência italianas para caracterizar a possibilidade de compensar atos estatais lícitos, dada a similitude de seus requisitos com os expostos na doutrina alemão, conforme já foi analisado na segunda parte do presente trabalho. Por esse motivo se justifica a análise do contexto do direito italiano.

447 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 59.

448 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2010, p. 83.

Essa ligação entre dano e ato não está relacionada à culpabilidade da ação:

Assim, nem sempre a existência de nexos causal estará adstrita à culpa. Às vezes pode haver nexos causal entre o ato e o dano, sem que haja necessariamente culpa, a exemplo da responsabilidade do Estado por ato lícito, nos casos em que há nivelamento das vias públicas, implicando prejuízo a terceiros que tiveram seus imóveis rebaixados em relação ao novo nível.⁴⁴⁹

Os atos lícitos, pois, podem ocasionar danos, conforme já restou exposto.

O estudo do nexos causal possui por objetivo “saber, dentre todos os fatores sem os quais um determinado dano não teria ocorrido, quais devem ser selecionados como determinantes”, de modo que todos os fatores determinantes são causas, e os demais são condições⁴⁵⁰. As diversas teorias sobre o nexos causal examinam, portanto, as causas e as condições.

A primeira destas teorias é a *Teoria da Equivalência das Condições*, ou da *Condictio Sine Qua Non* ou da *Causalidade Naturalística*⁴⁵¹, que sustenta que:

... todas as condições que conduzem a um resultado são a causa desse resultado, sejam mediatas ou imediatas; portanto, basta que o sujeito tenha realizado uma *condição* desse resultado para que exista relação causal; um fenômeno é *condição* do outro quando, suprimindo-o mentalmente, faz-se impossível admitir que o fato conseqüente se teria produzido tal como ocorreu (*condição sine qua non*).⁴⁵²

De acordo com tal teoria, é irrelevante a distinção entre causas e condições, uma vez que um acontecimento sempre seria a causa de um dano se fosse possível afirmar que este não teria ocorrido sem aquele, de modo que todas as condições *sine qua non* do resultado danoso são suas causas⁴⁵³. Na esfera do Direito Público, essa ideia sofre diversas críticas, em razão de ser extremamente complexo determinar as causas adequadas a partir da construção de trabalho mental abstrato, com diversos juízos hipotéticos⁴⁵⁴. Isso causaria uma exasperação da

449 SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexos causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 271.

450 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 588.

451 *Ibidem*, p. 589.

452 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 75.

453 NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 589-590.

454 SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Op. cit.*, p. 278.

causalidade e “uma regressão infinita ao nexo causal. Por ela, teria que indenizar a vítima de atropelamento não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem forneceu a matéria-prima etc.”⁴⁵⁵.

A segunda teoria do nexo causal é a *Teoria Causa Próxima*, ou da *Causa Direta*⁴⁵⁶ ou da *Proximidade da Causa*⁴⁵⁷, que

... procura selecionar, entre todas as condições de um resultado, uma de melhor relevância, uma de particular relevância, a que considera *causa*; a teoria da causa próxima, pelo menos em sua configuração inicial, escolhe como causa a condição cronologicamente mais próxima do evento que se quer imputar.⁴⁵⁸

De acordo com tal teoria, a responsabilidade surge em face da causa imediata, afastando-se a causa remota. Ela é criticada em razão de esta causa poder ter mais influência do que aquela sobre o dano ocorrido⁴⁵⁹. É atualmente a teoria empregada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decidido no Recurso Extraordinário 369.820-6/RS ⁴⁶⁰.

De acordo com a *Teoria da Causalidade Eficiente*, “as condições que conduzem a um resultado não são equivalentes, e existe sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativa ou quantitativamente apreciado, é a verdadeira causa do evento”⁴⁶¹. A causa, pois, seria “a condição determinante de todo o processo causal”⁴⁶². É também uma teoria desenvolvida no âmbito da *common law*, mas não é mais empregada, por atualmente serem identificáveis a causa eficiente e a causa próxima, sendo aplicáveis à presente teoria as mesmas críticas efetuadas em face da teoria anteriormente exposta⁴⁶³.

455 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2010, p. 49.

456 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 75.

457 SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 204.

458 CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 75.

459 SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 204.

460 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. Recurso Extraordinário n. 369.820-6/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Maria Anísia Hauschild. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 04 de novembro de 2003. DJ. 27.02.2004, p. 00038.

461 CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 75.

462 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 595.

463 *Idem*.

A *Teoria da Causalidade Adequada* possui grande relevo em relação às demais teorias, por diferenciar causas de condições:

Causa, para ela, é o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento.

Diferentemente da teoria anterior, esta faz distinção entre causa e condição, entre os antecedentes que tiveram maior ou menor relevância. Estabelecido que várias condições concorreram para o resultado, e isso é feito através do mesmo processo mental hipotético (até aqui as teorias seguem os mesmos caminhos), é necessário agora verificar qual foi a mais adequada. Causa será apenas aquela que foi mais determinante, desconsiderando-se as demais.⁴⁶⁴

Busca-se, destarte, a condição mais adequada para a produção do dano (que seria a causa); assim, a adequação existirá “quando se puder dizer que o dano verificado é conseqüência normalmente previsível do fato que estiver em causa”⁴⁶⁵.

Há dois critérios para verificação de qual o fato produziu o resultado danoso: um subjetivo e outro objetivo⁴⁶⁶. No primeiro caso, o nexos causal é observado pela ótica do causador do dano (de como o causador agiria no caso concreto)⁴⁶⁷. No segundo caso, a relação de causa e efeito é visualizada sob a perspectiva das “circunstâncias objetivas da ação”, ou seja, qual o comportamento que se pode esperar de um homem médio⁴⁶⁸.

Em ótica diversa para determinar se o dano é conseqüência previsível do fato, Fernando Noronha cita a “*prognose retrospectiva*”:

É prognose, porque constitui tentativa de adivinhar, a partir de um determinado fato, o que pode vir a acontecer como sua conseqüência; essa prognose é retrospectiva, porque o exercício é feito depois de já se saber o que efetivamente aconteceu. Nesse exercício de prognose retrospectiva, o observador coloca-se no momento anterior àquele em que o fato ocorreu e tenta prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer. Se concluir que o dano era imprevisível, a causalidade ficará excluída. Se concluir que era previsível, como conseqüência do fato praticado, mesmo que estatisticamente não fosse muito provável que viesse a ocorrer, a causalidade será adequada.⁴⁶⁹

464 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2010, p. 49.

465 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 600.

466 SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexos causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 277.

467 *Idem*.

468 *Idem*.

469 NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 601.

Essa prognose é efetuada com base nos efeitos abstratos do fato, em comparação com os concretos, ponderando-se, inclusive, se o efeito abstrato poderia ocorrer mesmo sem o fato⁴⁷⁰. Com base nisso, o citado doutrinador explana que há duas formulações fundamentais acerca de qual a causa é adequada: a positiva e a negativa. No primeiro caso, “um fato deve ser considerado causa adequada de um evento posterior, quando favoreça a produção deste”⁴⁷¹. Assim, o fato será causa do resultado danoso se for consequência normal. Pela perspectiva da fórmula negativa, que é a atualmente prevalecente,

... causa adequada é, segundo as regras de experiência, *não é indiferente* ao surgir do dano. Em vez de se caracterizar a adequação, diz-se o que é *causa inadequada*: nesta formulação, a causalidade só fica excluída quando se trate de consequências indiferentes ao fato, estranhas ou extraordinárias.⁴⁷²

As razões para a prevalência da segunda formulação são, em primeiro lugar, por “deixar clara a razão da subsistência do nexos causal mesmo quando outros fatos tenham contribuído para o evento danoso”⁴⁷³, explicando a responsabilidade nas hipóteses em que o dano sofrido não é efeito direto do fato, mas não lhe é indiferente (como é o caso, por exemplo, da culpa *in vigilando*)⁴⁷⁴. Em segundo lugar, a formulação negativa “dilata o âmbito da causalidade”, ou seja, o nexos causal estará caracterizado não apenas nos casos abrangidos pela formulação positiva, mas também em circunstâncias nas quais não é possível afirmar se o dano é efeito provável do fato examinado, o que é mais favorável ao lesado⁴⁷⁵.

Sergio Cavalieri Filho explana que tal teoria foi a acolhida pelo Direito Civil, com base na indagação acerca da possibilidade de uma ação ou omissão ser, por si mesma, capaz de causar um dano:

[P]ara se estabelecer a causa de um dano é preciso fazer um juízo de probabilidades. Portanto, se se responde afirmativamente, de acordo com a experiência da vida, se se declara que a ação ou omissão era *adequada* a produzir o dano, então, este é

470 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 601.

471 *Ibidem*, p. 601-602.

472 *Idem*.

473 *Ibidem*, p. 603.

474 *Ibidem*, p. 604.

475 *Idem*.

objetivamente imputável ao agente.⁴⁷⁶

Tal teoria também se entende poder estender à responsabilidade do Estado, dada a sua similitude em relação à responsabilidade civil no âmbito do Direito Privado.

d) Inexistência de Excludentes de Responsabilidade

Interpreta o Supremo Tribunal Federal, por derradeiro, que, para o Estado ser responsabilizado, não pode haver uma excludente de responsabilidade, que, em geral, são formas de quebra do nexo causal⁴⁷⁷. A doutrina aponta como excludentes de responsabilidade do Estado o caso fortuito, a força maior, o fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro⁴⁷⁸. É o que se passará a examinar.

As duas primeiras formas de exclusão da responsabilidade são o caso fortuito e a força maior. Em que pesem as discussões acerca da sua diferenciação⁴⁷⁹ (o que não é o objeto principal deste trabalho), acolhe-se aquela conferida por Carlos Alberto Menezes Direito:

O Código Civil, no parágrafo único do citado artigo 393, praticamente os considera sinônimos, na medida em que caracteriza o caso fortuito ou de força maior como sendo o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. Entendemos, todavia, que a diferença existe e é a seguinte: estaremos em face do *caso fortuito*, quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável. Se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como naturalmente são os fatos da natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome diz.⁴⁸⁰

476 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2010, p. 50.

477 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. I. Responsabilidade civil do Estado: reparação de danos morais e materiais decorrentes de parada cardiorrespiratória durante cirurgia realizada em hospital público. Recurso extraordinário: descabimento. Recurso Extraordinário n. 456.302-9/RR. Agravante: Estado de Roraima. Agravada: Maria da Guia Santos Lima. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 06 de fevereiro de 2007. DJ 16.03.3007, p. 00029.

478 Neste sentido, vide CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 248; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 372-373.

479 Conforme exposto por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. XXIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 84-85, bem como em NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 630-634.

480 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil - Da Responsabilidade Civil*. Das Preferências e Privilégios Creditícios. V. XIII (Arts. 927 a 965). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 86-87. Grifos no original.

O elemento distintivo é, portanto, a imprevisibilidade: se imprevisível o fato, haverá caso fortuito; e se este for previsível, ocorrerá a força maior.

Não há, no entanto, força maior ou caso fortuito a justificarem o estabelecimento de tombamento, pois este somente ocorre para proteger o patrimônio cultural. Um dano oriundo somente do tombamento não poderia ser imprevisível ou inevitável.

De se ressaltar que, se um caso fortuito ou força maior causassem danos a um imóvel tombado (como, por exemplo, a sua deterioração em razão de uma enchente), o dano não seria diretamente decorrente do tombamento. Caso similar foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual os recorrentes ingressaram com ação para pedir o cancelamento do tombamento de imóvel de sua propriedade em razão da demora por parte do Estado de São Paulo na sua realização, e indenização por tais prejuízos advindos da impossibilidade de utilizar o prédio como teatro ou cinema após o seu incêndio (o que ocorreu após o início do processo de tombamento). O Ministro relator, Luiz Pereira, ponderou que, como o tombamento ainda não fora realizado, incumbia ao particular a conservação de imóvel de sua propriedade, que está, antes do término do processo, livre de limitações. Mas, aplicando analogicamente o Decreto-Lei 25/1937, considerou abuso de poder a demora no término do processo de tombamento superior a sessenta dias (prazo do artigo 9º do citado dispositivo legal - no caso, o processo administrativo fora iniciado há mais de quinze anos, sem conclusão), anulou o processo administrativo, para ver livre a propriedade dos autores. Quanto à indenização, foi mantido o entendido pelo tribunal *a quo*, no sentido de julgar improcedente o pedido de indenização em razão de os prejuízos serem decorrentes do sinistro (incêndio), e não pela demora na culminação do procedimento administrativo⁴⁸¹.

A aplicabilidade dos dois institutos, pois, cinge-se à verificação de qual foi a fonte causadora do dano. Se ela decorreu diretamente do tombamento, não há falar em caso fortuito ou força maior.

Por outro lado, o fato exclusivo da vítima “é aquele atribuível à atuação da própria pessoa que sofreu o dano. Quando a atuação do lesado foi exclusiva do dano, não se poderá

481 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. ADMINISTRATIVO - TOMBAMENTO DE IMÓVEL - PROCESSO NÃO CONCLUÍDO - OMISSÃO ADMINISTRATIVA - PEDIDO DE CANCELAMENTO DO ATO - INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS PELA DEMORA - DECRETO-LEI NR. 25, DE 1937 - DECRETOS ESTADUAIS NRS. 13.426/79 E 20.955/83 - SUMULA 7/ STJ. Recurso Especial n. 41.993/SP. Recorrente: Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Santos. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. Brasília, 01 de junho de 1995. DJ. 19.06.1995, p. 18641.

falar em obrigação de indenizar⁴⁸². Em outro dizer, “se a vítima teve participação total no evento danoso, a Administração se exime completamente⁴⁸³. A conduta da vítima pode, ainda, ser causa concomitante à ação estatal, para fins de configuração do dano, caso em que a exclusão da responsabilidade da Administração será parcial, e “o julgador fixará a indenização em cifra inferior ao prejuízo, porque ambas as partes concorreram para seu advento e não é justo que só uma delas o sofra por inteiro⁴⁸⁴. No caso do tombamento, o fato exclusivo da vítima pode ser configurado quando o tombamento é voluntário, ou seja, partiu de iniciativa do proprietário do bem protegido: “... o tombamento voluntário afasta, de plano, qualquer pleito indenizatório, vez que o ato de tombamento decorre das vontades convergentes do poder público e do particular⁴⁸⁵. Nesse caso, a pessoa jurídica de direito público (que tombou) está livre de responsabilidade por eventuais danos sofridos em virtude do tombamento de bem imóvel de domínio particular.

Por fim, o fato de terceiro é “o fato antijurídico praticado por alguém que não seja nem o lesado nem a pessoa de cuja responsabilização se esteja cogitando⁴⁸⁶. É causa de exclusão de nexos causal, equiparável ao caso fortuito e à força maior, pois é uma “causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável⁴⁸⁷. Logo, no caso do tombamento, os mesmos argumentos referidos quanto ao caso fortuito e à força maior também se aplicam para o fato de terceiro: o tombamento é sempre feito por algum dos entes federativos (União, Estados e Municípios), de maneira que, se judicialmente demandado ente que não efetuou o tombamento, não há falar em sua responsabilização, pois não realizou ação (tombar bem particular) que deu ensejo ao dano sofrido (pelo tombamento). Seria possível falar, inclusive, em ilegitimidade passiva, e não em improcedência da ação em razão da ocorrência de fato de terceiro.

482 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 620.

483 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 373.

484 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 34. ed. atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 314.

485 CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. Tombamento e dever do estado de indenizar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 709, nov. 1995, p. 35.

486 NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 620.

487 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67.

3. Artigo 5º, Caput, da Constituição Federal

Nos termos já explicitados, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, §6º, unificou as formas de responsabilidade do Estado, sob a forma da responsabilidade objetiva. Não há, contudo, vedação no texto constitucional à análise dessa responsabilidade nos casos específicos dos atos lícitos danosos, como explana Caio Mário da Silva Pereira: “Desde que se positive o dano, o princípio da igualdade dos ônus e dos encargos exige a reparação. Não deve um cidadão sofrer as conseqüências do dano”⁴⁸⁸.

O exame efetuado de forma pormenorizada permite a verificação de situações únicas, que somente se conformam quando o ato lesivo possui amparo na lei, embora viole o princípio da igualdade. É este o enfoque do presente trabalho. Tal abordagem é efetuada pela leitura conjunta do artigo 37, §6º (responsabilidade do Estado, conforme anteriormente exposto), e do artigo 5º, *caput* (princípio da igualdade), ambos da Constituição Federal, que é o que será examinado a seguir.

a) Noções Gerais

Explicita Carmen Lúcia Antunes Rocha que o princípio da igualdade nasce do próprio regime democrático (o que se coaduna ao contido no artigo 3º, incisos III e IV, da Constituição Federal⁴⁸⁹):

Da opção pelo regime democrático social e pela forma republicana do exercício do poder, nascem os princípios da legalidade, da responsabilidade e da igualdade, que se conjugam par a realização da Justiça material, buscada com o assentamento do sistema jurídico. [...] Temos, pois, como fundamentos do princípio da responsabilidade do Estado o princípio democrático, que cinge a pessoa estatal à obrigação jurídica de não permitir que lesões aos particulares provenientes de sua

488 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. 2. tir. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 572.

489 *Artigo 3º, CF*: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

conduta na gestão da coisa pública restem ao desamparo, e, de outra parte, o princípio republicano, do qual nascem os direitos dos indivíduos a que a coisa pública seja administrada e destinada as atividades havidas por essenciais de forma aberta e comprometida com a sociedade, sem quebra da igualdade de todos os que compõem o público, titular desta mesma coisa. Do primeiro princípio sub-apontado surge, eminente, de imediato, o princípio da legalidade e da responsabilidade e do segundo, nasce, diretamente, o da igualdade de todos no suportamento das incumbências públicas e, correspectivamente, como a materialização deste princípio, o da responsabilidade. Os princípios da legalidade, da responsabilidade do Estado e da igualdade de todos na lei aperfeiçoam os pilares mestres sobre os quais se funda o próprio Estado Contemporâneo, qual seja, o Estado Democrático de Direito: os princípios da Democracia e da República.⁴⁹⁰

A instituição moderna que melhor exprime essa relação é o sufrágio universal, por permitir a todos, via de regra (que alcancem a idade prevista em lei), participar com o mesmo grau de relevância na formação política de seu país, sem distinção de idade, classe econômica, gênero ou raça⁴⁹¹. Nas palavras de Ronald Dworkin, “Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade pública”⁴⁹². O princípio em questão também possui outros aspectos, tais como a garantia da prevalência da lei (aplicação uniforme da lei)⁴⁹³ e limite à atuação do Poder Público⁴⁹⁴.

A igualdade é amplamente identificada como integrante da ideia de justiça, conforme explica Norberto Bobbio:

Dos dois significados clássicos de justiça que remontam a Aristóteles, um é o que identifica *justiça* com *legalidade*, pelo que se diz justa a ação realizada em conformidade com a lei [...]; o outro significado é, precisamente, o que identifica *justiça* com *igualdade*, pelo que se diz justa uma ação, justo um homem, justa uma lei que institui ou respeita, uma vez instituída, uma relação de igualdade. Não é exata a opinião comum segundo a qual é possível distinguir os dois significados de justiça referindo o primeiro sobretudo à ação e o segundo sobretudo à lei, pelo que uma ação seria justa quando conforme a uma lei e uma lei seria justa quando conforme ao princípio da igualdade: tanto na linguagem comum como na técnica, costuma-se dizer - sem que isto provoque a menor confusão - que um homem é justo não só porque observa a lei, mas também porque é equânime, assim como, por outro lado, que uma lei é justa não só porque é igualitária, mas também porque é conforme

490 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 111, jul./set. 1991, p. 88-89.

491 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1. Brasília: UNB, 2009, p. 324.

492 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX.

493 GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra, Almedina, 2005, p. 36.

494 *Ibidem*, p. 40.

a uma lei superior. Não é difícil, de resto, remeter um dos dois significados ao outro: o ponto de referência comum a ambos é o de ordem, ou equilíbrio, ou harmonia, ou concórdia das partes de um todo.⁴⁹⁵

A noção de justiça, que não se confunde com o Direito, está relacionada à eleição do critério do que vem a ser um bom Direito, conforme Hans Kelsen: “Se a idéia de justiça tem alguma função, é a de ser um modelo para a feitura um bom Direito e um critério para distinguir bom e mau Direito”⁴⁹⁶. Assim, a igualdade é um “princípio de justiça”, cuja escolha de aplicação, junto a outros “princípios de justiça”, está no âmbito dos valores⁴⁹⁷. Salienta-se, entretanto, que, ainda que a escolha pelo critério da igualdade relacione-se a valores, a igualdade em si é uma situação fática, sem juízo moral algum:

Que duas coisas sejam iguais entre si não é nem justo nem injusto, ou seja, não tem nenhum valor em si mesmo, nem social nem politicamente. Enquanto a justiça é um ideal, a igualdade é um fato. Não é em si mesmo nem justo nem injusto que duas bolas de bilhar sejam perfeitamente iguais entre si. A esfera de aplicação da justiça, ou da igualdade social e politicamente relevante, é a das relações sociais, ou dos indivíduos ou grupos entre si, ou dos indivíduos com o grupo (e vice-versa)⁴⁹⁸.

Além do plano coletivo, a igualdade possui importância no âmbito individual, ao relacionar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana:

Não basta afirmar que todos os homens são iguais em dignidade e direitos. Não basta afirmar que o que é igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente. É ainda necessário garantir que ninguém seja privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de certas e específicas realidades: ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social (veja-se o disposto no artigo 13.º, n.º 2 da Constituição Portuguesa de 1976, paradigmática neste particular). O princípio da igualdade passa assim a proibir tratamentos jurídicos diferenciados fundados exclusivamente em critérios ou razões justificativas que só por si põem em causa o valor humano mais precioso, o valor que qualquer regulação social deve começar por, antes do mais, salvaguardar: a dignidade humana.⁴⁹⁹

495 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. Trad. Carlos Nelson Coutinho, p. 14.

496 KELSEN, Hans. *O que é justiça? - A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Trad. Luís Carlos Borges, p. 292.

497 KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. Trad. João Baptista Machado, p. 51.

498 BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 16.

499 GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra, Almedina, 2005, p. 18.

Assim, a igualdade (e a desigualdade) guarda um conceito descritivo (de uma comparação⁵⁰⁰), e é verificada no cotejo de certas características pertencentes a indivíduos ou grupos, uma vez que não é possível afirmar, por exemplo, que uma pessoa “é igual”: ela deve ser igual a alguém⁵⁰¹. É possível distinguir pessoas, pois, por meio de uma série de critérios (idade e gênero, por exemplo), de maneira que os seres humanos somente podem ser considerados iguais ou diferentes em relação a certas características⁵⁰². De acordo com Norberto Bobbio, uma regra de distribuição (ou seja, uma regra que confere certo tratamento a certas pessoas) possui a seguinte estrutura:

... todo benefício específico (o direito de voto, por exemplo) ou ônus (um imposto geral sobre a receita) deve ser distribuído ou negado a uma pessoa, se ela possuir ou não uma característica específica (a de ser, por exemplo, um cidadão de mais de vinte anos, branco, comprar cigarros). Ou, então, a cota de um benefício específico (o salário, por exemplo) ou de um ônus (imposto sobre rendimentos) estará e, relação com a totalidade ou grau de uma determinada característica que a pessoa tem (sua habilidade, sua renda).⁵⁰³

A fórmula mais conhecida acerca da igualdade é a difundida por Aristóteles, de que cabe tratar igualmente os iguais e de forma desigual os desiguais:

Ora, igualdade implica pelo menos dois elementos. Portanto, o justo deve ser ao mesmo tempo intermediário, igual e relativo (justo para certas pessoas, por exemplo); como intermediário, deve estar entre determinados extremos (o maior e o menor); como igual, envolve duas participações iguais; e, como justo, ele o é para certas pessoas. O justo, portanto, envolve no mínimo quatro termos, pois duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e também duas [...] são as coisas em que se manifesta - os objetos distribuídos. E a mesma igualdade será observada entre as pessoas e entre as coisas envolvidas, pois do mesmo modo que as últimas (as coisas envolvidas) são relacionadas entre si, as primeiras também o são. Se as pessoas não são tão iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como quando iguais têm e recebem [...] partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais). [...] Assim, o justo é o proporcional, e o injusto é o que viola a proporção.⁵⁰⁴

500 “Porque os homens não são aritmeticamente iguais e, além disso, a igualdade é coisa *a realizar-se*, e não realizada, o conceito de ‘igualdade’ é sempre relativo”, conforme PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. v. 4. Comentários à constituição de 1946. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947, p. 282.

501 ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 43.

502 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1. Brasília: UNB, 2009, p. 598.

503 *Idem*.

504 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005. Trad. Pietro Nassetti, p. 108-110.

De modo mais genérico, é possível ponderar que a igualdade “consiste na aplicação da norma a todos aqueles e estejam nas mesmas condições, isto é, sobre os quais incide o preceito geral”⁵⁰⁵.

Modernamente, no entanto, os critérios de distribuição passaram a ser mais especificados, para melhor identificar quando dois ou mais indivíduos podem ser considerados iguais ou desiguais. Norberto Bobbio, com estes fins, cita uma diversidade de critérios distributivos: “partes iguais para todos”; “partes iguais aos iguais”; “partes iguais a um grupo relativamente grande”; “igualdade proporcional”; “a cada um segundo o próprio merecimento”; “distribuições desiguais correspondentes a diferenças relevantes”; “distribuições desiguais justas”; “igualdade processual”; “regras de nivelamento”; “nivelamento da riqueza” “igualdade de oportunidades”; “igual satisfação das necessidades fundamentais”; e “a cada um segundo a capacidade”. A partir de tais critérios é possível aferir se o tratamento dado a certas pessoas é igualitário ou não o é.

De acordo com o primeiro critério, “um sistema moral ou jurídico é igualitário, se todos os benefícios ou encargos forem distribuídos, em partes iguais, por todos”⁵⁰⁶.

Já no segundo caso, uma norma é igualitária se são atribuídas “partes iguais de qualquer tipo especificado aos que forem iguais em alguma característica específica”⁵⁰⁷.

Conforme o critério de partes iguais a um grupo relativamente grande,

... uma distribuição de benefícios é tanto mais igualitária quanto maior é a classe de pessoas que os recebem, em comparação com o número das excluídas. [...] Por outro lado, uma norma que atribui encargos é tanto mais igualitária quanto maior é a classe de pessoas a que é imposta.⁵⁰⁸

A igualdade proporcional considera como igualitária uma regra de distribuição se:

... a quantidade de benefício ou de ônus atribuída a uma pessoa constitua uma função monótona crescente da característica pessoal especificada pela regra: quanto maior for a característica, tanto maior será a parte. Dois indivíduos quaisquer são tratados de forma igual neste sentido, quando a diferença de cota atribuída a cada

505 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A constituição federal comentada*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro : José Konfino, 1958. v. 3, p. 69.

506 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1. Brasília: UNB, 2009, p. 598.

507 *Ibidem*, p. 599.

508 *Idem*.

um correspondente igualmente ao grau em que ambos diferem no que respeita a à característica especificada.⁵⁰⁹

O quinto critério citado é meritocrático, pois, segundo este, a “quantidade de benefícios há de ser proporcionada ao grau, não de uma característica qualquer dos beneficiários, hipoteticamente definida por uma regra, mas de uma característica específica, o mérito relativo”⁵¹⁰.

A igualdade proporcional, atualmente, tem a seguinte conformação (passando a ser denominada através das “distribuições desiguais correspondentes a diferenças relevantes”):

[U]ma regra de distribuição é igualitária se, e apenas se, as diferenças na distribuição correspondem a diferenças relevantes das características pessoais; por outras palavras, se a característica especificada é relevante em relação ao gênero de benefícios ou encargos a distribuir.⁵¹¹

Já as “distribuições desiguais justas” relacionam-se à justiça no tratamento desigual, de modo que apenas aquele que for justo e equitativo pode prevalecer⁵¹².

A igualdade processual também concerne a ideia de justiça, de modo que

... o igualitarismo não se refere absolutamente a uma *característica* das regras de distribuição, mas à própria regra de distribuição, ou seja: “todas as pessoas devem ser tratadas de modo igual, a menos que se encontrem boas razões para tratá-las de maneira diversa”.⁵¹³

Norberto Bobbio sugere um novo critério, que denominou de “regras de nivelamento”:

Proponho que se chame igualitária uma regra de distribuição quando ela nivele, ou pelo menos reduza, as diferenças entre as quantidades de bens. As regras igualitárias de distribuição também podem ser chamadas *regras de nivelamento*. Ao contrário, uma regra de redistribuição que deixe intactas as desigualdades de benefícios ou ônus anteriores, ou até as aumente, é inigualitária.⁵¹⁴

509 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1. Brasília: UNB, 2009, p. 599-600.

510 *Ibidem*, p. 600.

511 *Idem*.

512 *Ibidem* p. 602.

513 *Idem*.

514 *Ibidem*, p. 603.

O doutrinador explana acerca da impossibilidade de realizar o nivelamento da riqueza (a distribuição da riqueza desigual, resultado da hereditariedade, do estado social ou da capacidade pessoal de cada um), haja vista que a redistribuição de riquezas efetuada pelo governo seria acentuadamente desigual, bem como por esta ser geralmente tida por utópica, já que as diferenças em breve reapareceriam, em face da desigualdade natural entre os seres humanos⁵¹⁵.

O critério de igualdade de oportunidades determina que há

... necessidade de distribuições desiguais para colocar os primeiros ao mesmo nível de partida; são necessários privilégios jurídicos e benefícios materiais para os economicamente não privilegiados. Por isso, os programas *head start*, conquanto intrinsecamente inigualitários, são extrinsecamente igualitários, já que levam a um nivelamento das oportunidades de instrução.⁵¹⁶

Quanto ao critério de “igual satisfação das necessidades fundamentais”, este é conexo à igualdade de oportunidades, e parte do pressuposto de que as pessoas são desiguais quando têm suas necessidades básicas desatendidas:

Quanto maior é a necessidade fundamental não satisfeita de alguém, tanto maiores são os benefícios que ele recebe. Aquele cujas necessidades fundamentais já foram quase satisfeitas pode não receber nada e talvez até tenha de renunciar a alguma coisa supérflua para prover às necessidades dos outros. O resultado final desta distribuição será, mais uma vez, um maior nivelamento da riqueza e das oportunidades.⁵¹⁷

Por fim, a máxima de “a cada um segundo a sua capacidade” indica que, uma vez atendidas as necessidades mínimas de cada um e todos tendo mesmas oportunidades, a competição pode iniciar, de maneira que “a posição ocupada ao fim por cada um dependerá unicamente da sua capacidade ou ‘habilidade’ [...]. Ao contrário do ‘mérito’ de uma pessoa, sua habilidade, entendida como capacidade para uma tarefa específica, pode ser objetivamente determinada”⁵¹⁸.

515 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1. Brasília: UNB, 2009, p. 603.

516 *Ibidem*, p. 604.

517 *Idem*.

518 *Idem*.

Munidos dos critérios acima expostos (que não necessariamente excluem-se entre si), é possível chegar a diversos fins, tais quais a igualdade de bem-estar ou a igualdade de recursos, conforme explanado por Ronald Dworkin⁵¹⁹. Estes serão opções a serem buscadas pelo Estado em diversas esferas da vida do cidadão a ele vinculado, como no momento de ingresso em uma universidade pública, no acesso a bolsas de estudo ou ao ingresso no serviço público, por exemplo⁵²⁰.

Defende Celso Antônio Bandeira de Mello que a medida da correção de uma regra em face da igualdade será a correlação lógica entre o fator de discrimen e a desequiparação realizada, devendo ser perquirido pelo intérprete do Direito o mérito do fator de discriminação (em posição, pois, contrária ao pensamento já exposto de Hans Kelsen), que não pode ser aleatório:

Tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia.

Segue-se que o problema das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da igualdade não se adscribe aos elementos escolhidos como fatores de desigualação, pois resulta da conjunção deles com a disparidade estabelecida nos tratamentos jurídicos dispensados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.⁵²¹

Esse pensamento nasceu do Tribunal Constitucional Alemão, segundo o qual são proibidas diferenciações arbitrárias, “se não for possível encontrar um *fundamento* qualificado para ela”⁵²². Isso significa que deve haver um fundamento razoável para a diferenciação realizada, ou que esta seja própria da natureza das coisas, ou, ainda, que seja evidente

519 Consoante o mencionado autor, “Tratarei de duas teorias gerais da igualdade distributiva. A primeira (que chamarei de igualdade de bem-estar) afirma que o esquema distributivo trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar. A segunda (igualdade de recursos) afirma que as trata como iguais quando distribui ou transfere de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recursos” DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 04-05.

520 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1. Brasília: UNB, 2009, p. 604.

521 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37-38.

522 ALEXYS, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. Trad. Luís Afonso Heck, p. 408.

objetivamente; isso é um problema de valoração (razão pela qual se retorna à discussão exposta por Kelsen acerca da possibilidade de o jurista efetuar o exame de valores⁵²³)⁵²⁴.

A interpretação acima emprega a máxima da proporcionalidade⁵²⁵ ⁵²⁶ em seu primeiro aspecto⁵²⁷: a adequação entre o meio empregado (desigualdade em razão de um critério eleito) e o fim a ser buscado (a igualdade entre indivíduos, ou entre grupos, ou entre indivíduos e grupos). Isso porque é um princípio é utilizado para:

... aferir a legitimidade das *restrições* de direito - muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios - o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.⁵²⁸

Há, pois, diversos critérios e múltiplas interpretações quanto ao princípio da igualdade.

Dadas tais circunstâncias gerais sobre a igualdade, passa-se à análise do princípio no âmbito do direito constitucional brasileiro.

b) Âmbito Constitucional

523 Acerca do assunto, vide a manifestação de Robert Alexy acerca das teorias dos princípios e dos valores: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. Trad. Luís Afonso Heck, p. 144-179.

524 *Ibidem*, p. 408.

525 ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o Estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 207.

526 TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.211, jan./mar.1998, p. 265.

527 De acordo com Robert Alexy, a proporcionalidade possui três máximas parciais: a adequação (entre a restrição e o fim), a necessidade (a análise do meio menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento entre os princípios em colisão). Consoante ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 116-117.

528 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4 ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142.

Embora haja no texto constitucional brasileiro uma série de dispositivos que contêm normas acerca do princípio da igualdade, é o *caput* do artigo 5º que prevê tal princípio em sua forma mais essencial. De acordo com o referido artigo, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”. Assim, o dispositivo constitucional implicitamente veda tanto a interpretação em contrariedade à igualdade (igualdade *perante a lei*) quanto a realização de leis que estabeleçam desigualdade proibida (igualdade *na lei*)⁵²⁹.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

... [t]odos [...] gozam de igualdade de direitos, em princípio. Assim, qualquer discriminação quanto ao gozo de direitos, seja entre nacionais e estrangeiros, seja entre brasileiro nato e brasileiros naturalizados, tem de ser, expressa ou implicitamente, prevista na Constituição.⁵³⁰

O preceito constitucional da igualdade tem todos os Poderes da República como destinatários. O Poder Legislativo, no seu ofício principal, deve observar critérios que não ocasionem distinções aleatórias entre os destinatários das normas:

Consoante esse dispositivo constitucional [artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal], se agrega a própria igualdade como um dos direitos que a lei deve garantir a todos igualmente, encampando-se, além da igual aplicação da lei, um *conteúdo* igual da legislação. A isonomia vem concebida como um dos conteúdos necessários da legalidade, inexistindo a igualdade com um dado social reconhecido *à posteriori* pela Constituição.⁵³¹

Do mesmo modo, o Poder Judiciário, ao interpretar normas, também deve observar tal princípio:

É, portanto, ainda que com brevidade, importante identificar a tarefa contínua da jurisprudência na garantia de uma igualdade substantiva, pois em nenhuma outra atividade estatal se revela tão intensamente a força normativa do princípio da

529 COMPARATO, Fábio Konder. Precisoões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, v. 750, p. 11-19, abr. 1998, p. 17.

530 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 310.

531 TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.211, jan./mar.1998, p. 264.

isonomia e a imanência deste com o todo coerente da ordem constitucional e com a própria idéia de justiça na realidade concreta.⁵³²

Isso porque a lei não pode ser individual, pois deve atender ao interesse da coletividade:

A igualdade é uma medida de comparação. Não há como conceber, logicamente, a igualdade de um só. A lei para um só caso, ou com destinatário ou destinatários determinados, ainda que não nomeados, representa o mais flagrante exemplo de *abuso do poder legislativo*. O órgão parlamentar, apropriando-se de uma competência que lhe foi delegada pelo povo, exerce-a não no interesse deste, mas em benefício individual. Trata-se de indefensável atentado à soberania popular [...].⁵³³

Cumpre, igualmente, ao Poder Executivo,

... o rigoroso cumprimento da aludida regra. Em seu campo de atividades não pode praticar ato algum contrário ao preceito em análise. Não lhe é lícito fixar preferências ou estabelecer situações que levem a privilégios de alguns cidadãos em relação a outros. [...] Há alguns anos atrás, a esse aspecto negativo se limitava o dever do Executivo em face do preceito da igualdade. Entretanto, após a primeira grande guerra, passou a prevalecer a tese de que o Estado não podia permanecer num plano meramente jurídico, devendo, além de manter a ordem, promover o que hoje se convencionou chamar de “bem-estar social”. Por isso, ao lado da ação jurídica e negativa do Estado, impõe-se também a ação social e positiva. O Poder Público deixa de ser simples policial para adotar medidas tendentes a fomentar o bem comum. Essa concepção atingiu frontalmente o problema da isonomia, face ao Poder Executivo. [...] Como dever positivo da Administração, decorrente do referido princípio, apontamos a intervenção do Estado na ordem privada, no sentido de impedir que a desigualdade reine em virtude de atos de particulares.⁵³⁴

O desrespeito a tal princípio pode ocorrer nos seguintes moldes:

... esse vício de inconstitucional desigualdade na própria lei pode ocorrer de duas formas. Haverá, de modo absoluto, uma infração ao princípio da igualdade, quando a lei for editada, explícita ou implicitamente, para regular um só caso individual. Diversamente, a desigualdade será relativa, quando a lei determinar, de modo arbitrário, a diferenciação ou a identificação de situações jurídicas, vale dizer, quando tratar desigualmente os iguais ou igualmente os desiguais.⁵³⁵

Incumbe, pois, a todas as esferas estatais respeitarem e concretizarem o princípio

532 TORELLY, Paulo Peretti. O princípio da isonomia (igualdade jurídica). *Direitos fundamentais & justiça*. Porto Alegre, v.2, n.3, abr./jun. 2008, p. 240.

533 COMPARATO, Fábio Konder. Precisoões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, v. 750, p. 11-19, abr. 1998, p. 18.

534 FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 99.

535 COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 17.

constitucional em questão, optando, quando for o caso, por um ou mais critérios de distribuição anteriormente expostos.

c) Princípio da Igualdade: Histórico no Direito Brasileiro

No direito brasileiro, o tratamento explícito da igualdade surgiu na Constituição Imperial de 1824, conforme seu artigo 179, incisos XIII e XV:

Art. 179, XIII, CI 1824: A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

Art. 179, XV, CI 1824: Ninguem será exempto de contribuir pera as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.

Deste modo, a Constituição, à época, de modo similar às constituições a ela contemporâneas, previu a igualdade formal (que será posteriormente analisada), de modo que era realizada mera

... nivelação de todos face à 'Lei', que oferecia aos cidadãos plena oportunidade para 'elevar-se nas condições sociais' exclusivamente 'por seus serviços e merecimentos'. Não se admitia nenhuma intervenção estatal, portanto, no sentido de diminuir eventuais desigualdades de fato.⁵³⁶

Não havia, ainda, a previsão de igualdade entre brasileiros e estrangeiros⁵³⁷.

Posteriormente, a Constituição da República de 1891, em seu artigo 72, §2º, estabeleceu o seguinte:

Todos são iguais perante a lei.
A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

A previsão constitucional, no geral, não inovou em relação à Constituição anterior,

⁵³⁶ FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 65.

⁵³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1946*. v. 4, Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947, p. 308.

mas, em pontos específicos, realizou avanços, como o estabelecimento de sufrágio universal, fulminando o voto censitário⁵³⁸, e passou a prever a igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional⁵³⁹. O foco, à época, era a igualdade formal⁵⁴⁰.

Por seu turno, a Constituição brasileira de 1934, em redação similar à anterior, regrou, no artigo 113, 1, que “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”. A prioridade, a partir de tal Lei Maior, deixou de ser garantir somente a igualdade formal, mas sim de promover uma “tentativa de igualdade social e econômica”, em razão da previsão da possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica e da limitação do direito de propriedade ao interesse social e coletivo⁵⁴¹.

As Constituições de 1937 e de 1946 efetuaram previsão de texto idêntico, nos termos, respectivamente, do artigo 122, 1º e 141, §1º: “todos são iguais perante a lei”. A primeira citada, em razão do seu contexto envolvendo o Estado Novo e suas influências fascistas, é orientada à manutenção do *status quo*⁵⁴². Já a segunda Carta inovou ao elencar a igualdade no primeiro lugar do rol de direitos e garantias individuais⁵⁴³.

A Constituição de 1967 previu, em seu artigo 150, §1º, que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”. A partir do Ato Institucional 1, a previsão passou a ser realizada no artigo 153, §1º, da Constituição, em redação similar à anterior: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”. Tal previsão ampara o princípio da igualdade perante a lei:

*O princípio da igualdade perante a lei ou princípio da isonomia exige que, perante a lei, todos sejam iguais (= que a todos a lei trate igualmente).
O princípio ampara as pessoas físicas e as pessoas jurídicas. As desigualizações e os*

538 FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 68.

539 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1946*. v. 4. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947, p. 308.

540 FARIA, Anacleto de Oliveira. *Op. cit.*, 1973, p. 68.

541 *Ibidem*, p. 71-72.

542 *Ibidem*, p. 72.

543 *Ibidem*, p. 74.

tratamentos desiguais, que êle veda, tanto podem ser na pessoa como nos bens e no patrimônio, em qualidade como em quantidade, no tempo e no espaço. A lei que fixasse em vinte e um anos a maioridade (civil) dos nascidos ou domiciliados em São Paulo e em vinte ou vinte dois anos os nascidos em Minas Gerais violaria o art. 150, § 1.º, da Constituição de 1967. A lei que proíbe que os descendentes de povos do Norte da Europa, ou Asiáticos, freqüentem as escolas públicas é contrária ao art. 150, § 1.º, da Constituição de 1967. A lei que não permite a inscrição de mulher em concurso, ou para os cursos superiores, ou algum curso superior, ofende o art. 150, § 1.º, da Constituição de 1967. As discriminações étnicas, de procedência e de crença são atentatórias do art. 150, § 1.º, da Constituição de 1967.⁵⁴⁴

A redação, pois, de todos os textos constitucionais acerca da igualdade apresentou pouca diferença entre si. Contudo, os demais dispositivos (como, por exemplo, acerca do direito de voto e do direito dos estrangeiros residentes no território nacional, já referido) e a evolução da jurisprudência e das leis infracionstitucionais (como, por exemplo, do direito de voto das mulheres, que foi pela primeira vez expresso na legislação com o Código Eleitoral de 1933 - Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932) transformou o atual tratamento do assunto.

d) Igualdade Formal e Igualdade Material

Acerca da igualdade, explicitou Jean-Jacques Rousseau:

... quanto à igualdade, não se entenda por essa palavra que os graus de riqueza e poder sejam absolutamente os mesmos; mas que a respeito da potência, esteja ela salva de toda a violência e nunca se exerça, senão em virtude do posto e das leis; e quanto à riqueza, entendo que nenhum cidadão seja assaz opulento que possa comprar outro, e nenhum tão pobre que seja constringido a vender-se: isso supõe da parte dos grandes moderação nos bens e no crédito, e da parte dos pequenos, moderação na avareza e cobiça. Essa igualdade, dizem, é uma quimera de especulação, que não pode existir na prática. Se o abuso é porém inevitável, segue-se não ser necessário ao menos regulá-lo? É precisamente porque a força das coisas tende sempre a destruir a igualdade, que a força da legislação deve sempre tender a conservá-la.⁵⁴⁵

544 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à constituição de 1967. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 695.

545 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 59.

José Afonso da Silva explana que o referido filósofo efetuou divisão bipartida em relação à classificação de desigualdades, o que culminou, a partir da evolução dos ensinamentos de autores subsequentes, em duas faces diversas da igualdade:

Era, em essência, também a posição de Rousseau que, no entanto, admitia *duas espécies de desigualdades* entre os homens: uma, que chamava *natural* ou *física*, porque estabelecida pela natureza, consistente na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito e da alma; outra, que denominava *desigualdade moral* ou *política*, porque depende de uma espécie de convenção, e é estabelecida, ou ao menos autorizada, pelo consentimento dos homens, consistindo nos diferentes privilégios que uns gozam em detrimento dos outros, como ser mais ricos, mais nobres, mais poderosos.⁵⁴⁶

Anacleto de Oliveira Faria, em idêntico sentido, menciona que:

Para o “cidadão de Genebra”, já duas espécies de desigualdade: uma, de origem física (*établie par la nature*), e que consiste na diferença de saúde, de inteligência, de idade etc.; a outra, de ordem moral ou política [...]. A desigualdade natural é imposta pela natureza, a segunda, pela sociedade. A primeira era de pouca intensidade, tendo sido aumentada em virtude da segunda. Daí, concluir Rousseau, a importância da igualdade moral ou política, por meio da qual impedir-se-iam os abusos no tratamento entre os homens e compensar-se-iam as desigualdades oriundas da natureza.⁵⁴⁷

O doutrinador prossegue, explicando que tal diferenciação acarretou o estabelecimento de duas visões diversas da igualdade:

É de se assinalar que a lição do mestre genebrino gerou duas tendências opostas a propósito do conceito de igualdade. De um lado, situam-se aqueles que adotaram o sentido meramente formal do princípio; do outro, os que pregaram o nivelamento extremado entre os homens.⁵⁴⁸

Em face dos diversos tipos de igualdade, explana Norberto Bobbio:

É necessário distinguir de modo mais preciso a igualdade perante a lei da igualdade de direito, da igualdade nos direitos (ou dos direitos, segundo as diversas formulações). A expressão *igualdade de direito* é usada em contraposição a *igualdade de fato*, correspondendo quase sempre à contraposição entre igualdade formal e igualdade substancial ou material [...]. A igualdade nos direitos (ou dos direitos) significa algo mais do que a simples igualdade perante a lei enquanto exclusão de qualquer discriminação não justificada: significa o igual gozo, por parte dos cidadãos, de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados [...].

546 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 212.

547 FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 12-13.

548 *Ibidem*, p. 14.

A igualdade perante a lei é apenas uma forma específica e historicamente determinada de igualdade de direito ou dos direitos [...]; já a igualdade nos direitos compreende, além do direito de serem considerados iguais perante a lei, todos os direitos fundamentais enumerados numa Constituição, tais como os direitos civis e políticos, geralmente proclamados (o que não significa que sejam reconhecidos de fato) em todas as Constituições modernas. Finalmente, por igualdade jurídica se entende, habitualmente, a igualdade naquele atributo particular que faz de todo membro de um grupo social, inclusive a criança, um sujeito jurídico, isto é, um sujeito de direito dotado de capacidade jurídica.⁵⁴⁹

Há atualmente duas noções tradicionais de igualdade: a igualdade formal (denominada “perante a lei”⁵⁵⁰, “de direitos”⁵⁵¹, “jurídica”⁵⁵² ou “princípio da isonomia”⁵⁵³) e a igualdade material (também alcunhada de “igualdade de fato”⁵⁵⁴). O primeiro caso relaciona-se à imposição de tratamento igual por parte das normas e das interpretações destas normas, sem diferenciar grupos⁵⁵⁵. Tal ideia advém de evolução histórica culminada pela Revolução Francesa:

O Estado limitado juridicamente, ou “Estado de Direito”, combina as formulações que encerram os dois princípios fundamentais regentes das relações entre Estado e cidadão: o da Legalidade e o da Igualdade. Através do “Estado de Direito”, reivindica-se um direito igual para todos, válido universalmente, pois é a regulamentação abstrata, geral e anterior que garante a igualdade perante a lei (jurídica), bem como a vinculação das autoridades políticas e dos cidadãos pela lei e atos que lhe são assimiláveis.⁵⁵⁶

Chaïm Perelman ratifica:

A igualdade, tal como era concebida pela Revolução Francesa e no século XIX, era a igualdade de tratamento e se manifestava pela abolição de privilégios de toda

549 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. Trad. Carlos Nelson Coutinho, p. 29-30.

550 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 214.

551 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 310.

552 TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.211, jan./mar.1998, p. 94.

553 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4 ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179.

554 BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 29.

555 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 214.

556 TABORDA, Maren Guimarães. *Op. cit.*, p. 94.

espécie; daí o princípio, geralmente admitido desde então nas democracias liberais, da igualdade de todos perante a lei.⁵⁵⁷

Explana, a respeito, Hans Kelsen, que a igualdade (aqui vista sob o aspecto formal) não reside em exigir de todos ou a todos beneficiar igualmente, mas em igualmente exigir ou beneficiar todos os iguais, na forma da Constituição:

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres. Quando *na* lei se vise a igualdade, a sua garantia apenas pode realizar-se estatuidando a Constituição, com referência a diferenças de raça, de religião, de classe ou de patrimônio, que as leis não podem fazer acepção das mesmas, quer dizer: que as leis em que forem feitas tais distinções poderão ser anuladas como inconstitucionais. Se a Constituição não fixa distinções bem determinadas que não possam ser feitas nas leis relativamente aos indivíduos, e se a mesma Constituição contém uma fórmula proclamando a igualdade dos indivíduos, esta igualdade constitucionalmente garantida a custo poderá significar algo mais do que a igualdade *perante* a lei. Com a garantia da igualdade *perante* a lei, no entanto, apenas se estabelece que os órgãos aplicadores do Direito somente podem tomar em conta aquelas diferenciações que sejam feitas nas próprias leis a aplicar.⁵⁵⁸

O segundo caso é a concretização da igualdade formal, no sentido de que a igualdade passa ser realizada na prática (no mundo dos fatos)⁵⁵⁹.

A busca pelo tratamento igualitário (isonomia formal) termina por reduzir as desigualdades artificiais (ou seja, aquelas que não são inerentes ao seres humanos), alcançando-se a igualdade material: “Maior igualdade não se decreta; se bem que se possa decretar redução de desigualdades artificiais, isto é, fora do homem”⁵⁶⁰.

A Constituição Federal de 1988 não busca realizar, portanto, apenas um tipo de igualdade (a jurídica), mas vindica, na sua finalidade, a redução das desigualdades materiais entre as pessoas (na esteira do já citado artigo 3º, incisos III e IV, da Constituição Federal):

557 PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 218.

558 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Trad. João Baptista Machado, p. 158.

559 BULOS, Uadi Lammego. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 66. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 542.

560 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 675.

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da *igualdade*, como *igualdade perante a lei*, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5^a, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considerá-lo-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da *isonomia material*, traduzido no art. 7^o, XXX e XXXI [...].

A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação.⁵⁶¹

As duas modalidades de igualdade, pois, caminham juntas, de modo similar a aspectos de teoria e prática: “o princípio isonômico tem dupla aplicação: teórica, como repulsa a privilégios injustificados, e prática - como igualizador - ajudando na diminuição dos efeitos das desigualdades reveladas no caso concreto”⁵⁶².

A relação entre a igualdade formal e a igualdade material será de grande importância no presente trabalho, já que, conforme será analisado, há situações em que um ato (de tombamento) pode ocasionar diferenças materiais entre cidadãos, ainda que possua caráter formalmente abstrato. Essa circunstância deverá ser levada em consideração, por tais motivos, quando do estudo da responsabilidade do Estado em tal hipótese.

e) O Papel da Desigualdade Material: a Visão Tripartida do Princípio da Igualdade

No presente tópico, procurar-se-á, com base nas teorias anteriormente estudadas (fundadas no princípio da igualdade), estabelecer os alicerces de um dever de indenizar do Estado (inclusive com critérios para a sua conformação). A análise será restrita aos casos em que bens particulares são alvo de preservação cultural, na forma do artigo 216, §1^o, da Constituição Federal.

Relembre-se que não são todos os casos de proteção ao patrimônio cultural que induzem a um dever de responsabilizar o Poder Público. Se esta fosse a hipótese, inclusive,

561 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 214-215.

562 PORTANOVA, Rui. Princípio igualizador. *AJURIS*. Porto Alegre, v. 21, n. 62, nov.1994, p. 280.

sequer seria necessário o estabelecimento de parâmetros da caracterização da lesão do particular (pois este sempre estaria caracterizado). Pelo contrário, somente em algumas hipóteses esse dano ocorre, e é o que se examinará a seguir.

Os casos de proteção ao patrimônio cultural previstos no artigo 216, §1º, da Constituição Federal não são uniformes quanto aos graus de interferência na propriedade do administrado: a intervenção pode ser mínima, como no uso dos inventários (que não venham acompanhados de outros instrumentos de preservação) ou máxima, como na desapropriação. Do mesmo modo, o tombamento pode interferir mais ou menos na propriedade (através do dever de vigilância ou da proibição de construir, por exemplo). O relevante, entretanto, não é classificar especificamente cada figura abstratamente como limitação administrativa ou servidão administrativa, mas analisar caso a caso quais os poderes da propriedade que foram atingidos, e em qual magnitude.

Yussef Said Cahali entende que a doutrina e a jurisprudência seguem, por vezes, a tendência de examinar as restrições administrativas por um ângulo inadequado, já que primam inicialmente pela classificação das formas dos atos administrativos para depois perquirir, com base na doutrina já construída das desapropriações (e não nas circunstâncias do caso concreto), acerca da responsabilidade do Estado⁵⁶³. O estudo das diferenças entre limitações e servidões administrativas não se presta para, sozinho, verificar se abstratamente é cabível uma indenização em casos de proteção ao patrimônio cultural, sobretudo quando não há consenso acerca das classificações (por exemplo, se o tombamento é limitação ou servidão, nos termos anteriormente expostos), e nem mesmo sobre o cabimento ou não cabimento de indenização em situações com limitações ou servidões administrativas.

Todavia, a distinção em abstrato entre limitações administrativas (em especial em sentido amplo) e servidões administrativas é útil para verificar o grau de intervenção na propriedade do administrado, o que culminará, em último caso, na conclusão pela indenizabilidade ou pela gratuidade do ato. Mas a verificação do preenchimento dos requisitos de um ou de outro instituto somente poderá ser efetuada em cada caso concreto, em conformidade às consequências do ato administrativo em análise.

O principal exame efetuado pela jurisprudência é quanto à caracterização da desapropriação indireta, que é um ato ilícito; deste modo, quando há somente restrições à

563 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 434.

propriedade privada, por vezes não há a análise dos critérios para a caracterização da responsabilidade do Poder Público por atos lícitos (o que inclui o exame e a influência do princípio da igualdade).

Carl Schmitt explana, ao longo de sua obra *Verfassungslehre*, que o princípio da igualdade proíbe leis excepcionais:

Igualdade geral perante a lei, isto é, a abolição e a proibição de todos os privilégios em favor ou a cargo de cidadãos singulares, ou de determinadas classes sociais. Similares privilégios não podem ser introduzidos por meio de uma lei, não podendo instituir nem mesmo uma lei “de revisão da constituição”. Nisso se encontra o significado fundamental do princípio de que todos os cidadãos são iguais perante a lei [...].⁵⁶⁴

O mencionado doutrinador, no entanto, possui tal concepção somente em relação às leis formais; os atos individuais, por já serem direcionados, não comportariam o enfoque mencionado. Sua ressalva ocorre porque, no contexto do direito alemão por ele exposto, as restrições à propriedade somente podem ser feitas através de lei⁵⁶⁵. A lógica do direito brasileiro, como foi exposta, é diversa, tendo em vista que um tombamento, por exemplo, traz restrições à propriedade e é efetuado por ato administrativo. Logo, conceder tal enfoque no contexto da proteção estatal ao patrimônio cultural brasileiro não é possível, mormente quando esta proteção já pressupõe alguma desigualdade material (que é tão relevante que culmina no uso de algum dos instrumentos de proteção previstos no artigo 216, §1º, da Constituição Federal).

O princípio da igualdade, em tais situações, possui outros contornos, e não perde a sua relevância. A questão já foi analisada em Portugal sob a ótica do plano urbanístico, observável no presente trabalho de forma analógica:

... a *desigualdade* é uma característica inerente ao plano, uma vez que este só pode cumprir os seus objetivos de ordenamento do espaço se contiver medidas de conteúdo diverso em relação às várias parcelas de terrenos. Vários autores, sobretudo de expressão alemã, apoiam-se naquela realidade para afirmarem o escasso relevo do princípio da igualdade na problemática do plano urbanístico. [...]

564 Tradução livre de: “Egualianza generale di fronte alla legge, cioè abolizione e divieto di tutti i privilegi a favore o a carico di singoli cittadini o di determinate classi e ceti. Simili privilegi non possono essere introdotti per mezzo di una legge, non li potrebbe istituire nemmeno una legge “di revisione della costituzione”. In ciò si trova il significato fondamentale del principio che tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge [...]”, em SCHMITT, Carl. *Dottrina della costituzione*. Milano: Giuffrè, 1984. Trad. Antonio Caracciolo, p. 333.

565 SCHMITT, Carl. *Dottrina della costituzione*. Milano: Giuffrè, 1984. Trad. Antonio Caracciolo, p. 208.

Crítica. As concepções desvalorizadoras da importância do princípio da igualdade no contexto da planificação urbanística baseiam-se num equívoco. Consiste este na ideia de que a *antinomia* entre o princípio da igualdade e o princípio do ordenamento racional do território tem como consequência inevitável a supremacia deste em face daquele. Ora, se é verdade que uma submissão completa do plano urbanístico ao princípio da igualdade formal teria como resultado uma *Paralisação (Lahmlegung)* da actividade de planificação urbanística, não é menos certo que a defesa da tese segundo a qual o princípio da igualdade não tem nada a ver, ou só o tem num âmbito muito limitado, com o plano urbanístico conduziria às mais graves *injustiças*. [...] Esta possibilidade - e necessidade - de o princípio da igualdade ser respeitado no domínio do plano resulta claramente do facto de na nossa Constituição não se encontrar qualquer *reserva expressa* ou qualquer *dispensa* de sujeição da actividade de planificação urbanística à obrigação constitucional da igualdade jurídica. [...]

Pensamos que o referido conflito entre o princípio da igualdade e a lógica interna do plano deve ser *superado* ou *ultrapassado*, em termos que possibilitem a correcção dos efeitos *desiguais* do plano.⁵⁶⁶

O autor português, então, expõe a distinção entre igualdade e desigualdade no domínio da lei; pode-se visualizar uma igualdade “imane” à lei e outra “transcendente” à lei, de modo que a primeira concerne à relação entre a hipótese e a edição de uma lei, e exige que aquela “justifique objectivamente esta e que a estatuição não seja arbitrária. Uma violação deste princípio acarreta, em regra, a *nulidade* da lei”⁵⁶⁷. Já o dever da igualdade denominado “transcendente” relaciona-se à coordenação entre a hipótese da lei e os fatos concretos, e “impõe que aquela englobe todos os factos materiais de natureza essencialmente igual. Uma violação da igualdade *transcendente* não tem, em princípio, influência sobre a validade da lei, antes provoca *pretensões de indemnização*”⁵⁶⁸. Esta é a teoria desenvolvida por Hans Julius Wolff:

Da isonomia da dignidade humana resulta a isonomia da aplicação da lei: Todos são iguais perante a lei (Art. 3, I, da Constituição alemã). Isto significa que as consequências jurídicas previstas para casos como o presente, e fixadas em preceito jurídico, devem ser aplicadas a todas as pessoas às quais se aplicam os fatos. Desta forma, a diversidade numérica de pessoas deve ser desconsiderada (o chamado julgamento que não respaldado em lei) também na liberdade de expressão e livre arbítrio concedida (vide § 31 IV acima).

As outras diferenças humanas (bem como as circunstanciais) também devem ser desconsideradas, sempre que não forem essenciais para a situação jurídica específica. O princípio jurídico da isonomia, portanto, exige que legisladores e juristas estabeleçam consequências jurídicas iguais para circunstâncias de mesma natureza. Todos têm direito a isto, legalmente aplicável conforme o artigo 19, IV, da Constituição alemã.

Na verdade, é muito difícil definir o que deve ser considerado “essencialmente igual” e “essencialmente diferente”. A jurisprudência se satisfaz principalmente com

566 CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 451-454.

567 *Ibidem*, p. 454. Grifos no original.

568 *Ibidem*, p. 455. Grifos no original.

o descontentamento, de que o princípio da isonomia foi violado, quando não se consegue identificar um motivo razoável, plausível e objetivo para uma diferenciação ou quando houver arbitrariedade (BVerfGE 1, 52, 18, 46, 39, 1, 75, 108, 157, 78, 104, 121). Recentemente, portanto, além do princípio da proporcionalidade e sob a palavra-chave “nova fórmula”, também se considera se há entre grãos de areia diferenças de natureza e peso tais que possam justificar o tratamento desigual [...]. Na medida em que tenha sido levada a efeito uma tentativa de delimitação positiva, carece-se de um critério de quais circunstâncias “segundo a natureza da matéria” e “em termos de justiça”, “claramente exigem isonomia de tratamento” [...]. Uma diversidade só é essencial, mas também sempre que, se e quando ela influenciar o valor objetivo dos diversos interesses em jogo, e, por conseguinte, as consequências jurídicas [...].

Assim, o tratamento diferenciado entre os indivíduos não está de forma alguma excluído, ao contrário, ele até mesmo é imperativo (vide § 33 VII, 3-6 abaixo). No entanto, ele requer suficiente embasamento para cada caso. Na falta deste, a aplicação da lei é inconstitucional.

A aplicação do princípio da isonomia exige dois raciocínios. Primeiro, é preciso determinar quais características de dois casos são iguais e quais são diferentes, e então determinar se as características diferentes justificam consequências jurídicas distintas. Essencial para o direito são aqueles elementos de situações de vida que condicionam os interesses envolvidos, seu valor objetivo, a sua preferibilidade e, assim, a sanção legal normativa. Eles e somente eles podem ser compreendidos no contexto do preceito jurídico (típico). Não importa tanto o objetivo, mas sim os respectivos meios (BVerfGE, 12, 367). É com razão que se exige que o tratamento diferenciado deva buscar uma finalidade legítima e ser proporcional (Pieroth/Schlink, § 11 III).

Onde houver aplicação incorreta do lei, ninguém pode invocar o princípio da isonomia. O princípio da isonomia não justifica manter uma prática não legal ou permitida em casos excepcionais (não há isonomia na injustiça, vide BVerfG, NV wZ 1994, 475; BVerwGE 44, 87; Pauly, JZ 1997, 647 ss). O preceito da isonomia tampouco respalda a exigência de que terceiros não sejam melhor tratados do que nós mesmos o fomos (v. heVGH, DÖV 1968, 504).

A isonomia da aplicação da lei pode também se estender a normas administrativas, mesmo que a qualidade da legislação deixe a desejar (vide § 24 III e IV acima). Estamos falando do autocerceamento da Administração [...], a qual também pode ser justificada por ações ou omissões (práticas administrativas) passadas. A ela corresponde, da parte do cidadão, o direito de que, também em seu caso, não se desvie sem uma razão objetiva do entendimento normalmente adotado [...]. Uma revisão das normas administrativas e das práticas administrativas correntes é possível se o entendimento até então sobre a matéria se tenha mostrado inadequado

[...].⁵⁶⁹

Assim, se o tratamento desigual não encontrar justificativa racional (e for, pois, arbitrário), está-se ferindo a igualdade imanente à lei, o que acarretará nulidade do ato construtivo. Por outro lado, se todos os iguais não são igualmente tratados pela lei, será violada a igualdade transcendente à lei, o que gerará uma pretensão de indenização.

Não é suficiente, contudo, efetuar tal distinção, por tal teoria não abranger toda a

569 Tradução livre de: "Aus der Gleichheit der menschlichen Würde ergibt sich die Rechtsanwendungsgleichheit: Alle Menschen sind vor dem Gesetze gleich (Art. 3 I GG). Das bedeutet, daß die in einem Rechtssatz für den Fall des Vorliegend eines dort bestimmten Tatbestandes angeordneten Rechtsfolgen auf jeden Menschen angewendet werden muß, auf den der Tatbestand zutrifft. Demgemäß muß auch bei Gestaltungsfreiheit und eingeräumten Ermessen (s. o. § 31 IV) die numerische Verschiedenheit der Menschen außer acht gelassen werden (sog. Willkürverbot).

Auch die sonstigen Verschiedenheiten der Menschen müssen (wie die der Sachverhalte) unberücksichtigt bleiben, soweit sie nicht wesentlich sind für die jeweilige Rechtslage. Das rechtliche Gleichheitsgebot verlangt demnach, daß die Rechtsetzenden ebenso wie die Rechtsanwendenden bei rechtlich wesentlich gleichen Sachverhalten auch gleiche Rechtsfolgen festsetzen. Hierauf hat jede Person einen Anspruch, der gem. Art. 19 IV GG gerichtlich durchsetzbar ist.

Es ist freilich sehr schwierig zu ermitteln, was jeweils als "wesentlich gleich", was als "wesentlich verschieden" anzusehen ist. Die Rechtsprechung begnügt sich überwiegend mit der negativen Verstimmung, daß das Gleichheitsgebot verletzt sei, wenn ein vernünftiger, sachlich einleuchtender Grund für eine Differenzierung nicht zu finden sei oder wenn Willkür vorliege (BVerfGE 1, 52; 18, 46; 39, 1; 75, 108, 157; 78, 104, 121). Neuerdings wird deshalb darüberhinaus auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und unter dem Stichwort "neue Formel" darauf abgestellt, ob zwischen Graupen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können [...]. Soweit der Versuch einer positiven Abgrenzung vorgenommen wurde, ist ein Kriterium dafür zu vermissen, welche Umstände "nach der Natur der Sache" und "im Hinblick auf die Gerechtigkeit" "klar eine gleiche Behandlung erfordern" [...]. Wesentlich ist eine Verschiedenheit nur, aber auch stets dann, wenn und soweit sie den objektiven Wert der auf dem Spiele stehenden Interessen und damit die Rechtsfolge beeinflußt.

[...]

Eine verschiedene Behandlung von Personen ist hierdurch keineswegs ausgeschlossen, sondern sogar vielfach geboten (s. u. § 33 VII 3-6). Sie bedarf aber jeweils zureichender Gründe. Liegen sie nicht vor, dann ist die Gesetzesanwendung verfassungswidrig.

die Anwendung des Gleichheitssatzes erfordert zwei Denkkakte. Zunächst muß ermittelt werden, welche Eigenschaften zweier Sachverhalte gleich und welche unterschiedlich sind, dann ob die unterschiedlichen eine verschiedene Rechtsfolge rechtfertigen. Rechtswesentlich sind diejenigen Elemente von Lebenssachverhalten, welche die beteiligten Interessen, ihren objektiven Wert, ihren Vorzugswürdigkeit und damit die rechtsnormative Rechtsfolge bedingen. Sie und nur sie sind im Tatbestand des Rechtssatzes (typisch) zu erfassen. Dabei kommt es nicht auf das Ziel, sondern auf die jeweiligen Mittel an (BVerfGE, 12, 367). Zu Recht wird gefordert, daß die Ungleichbehandlung einen legitimen Zweck verfolgen und verhältnismäßig sein muß (Pieroth/Schlink, § 11 III).

Bei falscher Rechtsanwendung kann sich niemand auf den Gleichheitssatz berufen. Das Gleichheitsgebot rechtfertigt also nicht die Beibehaltung einer nicht rechtmäßigen oder nur ausnahmsweise zulässigen Praxis (keine Gleichheit im Unrecht s. BVerfG, NV wZ 1994, 475; BVerwGE 44, 87; Pauly, JZ 1997, 647 ff.). Das Gleichheitsgebot stützt auch nicht einen Ausspruch darauf, daß andere nicht günstiger behandelt werden, als man selbst behandelt worden ist (s. heVGH, DÖV 1968, 504).

Die Rechtsanwendungsgleichheit kann sich auch auf Verwaltungsvorschriften erstrecken, selbst wenn es an der Gesetzesqualität mangelt (s. dazu o. § 24 III und IV). In Betracht kommt eine Selbstbindung der Verwaltung [...], die ferner durch vorgängiges Tun oder Unterlassen (Verwaltungspraxis) begründet werden kann. Ihr entspricht auf Seiten des Bürgers der Anspruch, daß auch in seinem Falle nicht ohne sachlichen Grund von der bisher geübten Ermessenshandhabung abgewichen wird [...]. Eine Revision der Verwaltungsvorschriften bzw. der geübten Verwaltungspraxis ist jedoch möglich, falls sich die bisherige Handhabung als unzumutbar herausgestellt hat [...]", em WOLFF, Hans Julius. *Verwaltungsrecht*: Band 1, ein Studienbuch. 11., neubearb. Aufl. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999, p. 514-516.

influência do princípio da igualdade, tendo em vista que tais ensinamentos não contemplam outro tipo de desvio ao mencionado princípio:

Referimo-nos às desigualdades de tratamento entre os proprietários das diversas áreas abrangidas pelo plano decorrentes de medidas que definem *formas* e *intensidades* diferentes de utilização do solo (v. g. medidas que classificam os solos como insusceptíveis de construção ou como susceptíveis de edificação e que, dentro destes, definem *coeficientes* e *índices* diversos de construção), que não são, em geral, consideradas como expropriações, antes são enquadráveis nas restrições resultantes da especial vinculação social do direito de propriedade do solo.⁵⁷⁰

Entende Fernando Alves Correia que a visão do princípio da igualdade deve assumir três dimensões: a proibição do tratamento arbitrário, a igualdade perante os encargos públicos e a igualdade de chances.

Ademais, explica Canotilho que a igualdade a ser buscada pelo Estado, calcada em previsão constitucional, não é a formal, mas sim a igualdade material através da lei:

Intui-se, com facilidade, não ser no sentido da igualdade formal que se consagra no artigo 13.º/1 da CRP o princípio da igualdade. Exige-se uma **igualdade material através da lei**, devendo tratar-se por “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”. Diferentemente da estrutura lógica formal de *identidade*, a *igualdade* pressupõe diferenciações. A igualdade designa uma *relação* entre diversas pessoas e coisas.⁵⁷¹

No caso da intervenção estatal para proteção ao patrimônio cultural, essa igualdade material deve ser alcançada pelo exame de quais são os elementos que identificam e diferenciam os bens culturais entre si e entre os demais bens, ou seja, tomando-se em consideração a sua desigualdade fática.

Passar-se-á a explorar as dimensões que o princípio da igualdade deve assumir quando confrontada com intervenções (lícitas) à propriedade privada, conforme é a tese exposta por Fernando Alves Correia⁵⁷², a saber, proibição do tratamento arbitrário, igualdade perante os encargos públicos e igualdade de oportunidades. Estas serão demonstradas abstratamente e depois adaptadas à especificidade do presente trabalho (a saber, a responsabilidade do Poder Público nos casos de proteção ao patrimônio cultural).

570 CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 456. Grifos no original.

571 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 427-428. Grifos no original.

572 CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.*, p. 457-469.

e.1) Igualdade e a Proibição do Tratamento Arbitrário

Explana Antônio Bandeira de Mello que o tratamento diferenciado de cidadãos não pode ser efetuado sem a quebra do princípio da isonomia, e que, para tanto, três questões devem ser discutidas:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.⁵⁷³

O primeiro item (investigação sobre o que é adotado como critério de desigualação) relaciona-se à proibição de favoritismos e de perseguições (o que pressupõe, inclusive, que a lei individualizaria de forma absoluta os seus destinatários)⁵⁷⁴. Tal aspecto possui dois requisitos:

- a) a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize *no presente e definitivamente*, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar;
- b) o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista *nelas mesmas* poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes.⁵⁷⁵

Isso significa que a lei pode visar a um grupo de pessoas ou a um indivíduo, contanto que o sujeito da norma seja “indeterminado e indeterminável no presente”⁵⁷⁶. Além disso, o traço diferenciador deve ser intrínseco às pessoas, coisas ou situações a sofrerem discriminação, de maneira que nenhum elemento neutro em relação a estas possa ser usado

573 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 21.

574 *Ibidem*, p. 23.

575 *Idem*. Grifos no original.

576 *Idem*.

para distingui-las⁵⁷⁷.

Concernentemente ao segundo item (verificação sobre a racionalidade do fator de discriminação), deve a regra desigualadora calcar-se em fatores que guardem pertinência (adequação racional) com a desigualdade do tratamento jurídico efetuado, de maneira que “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada”⁵⁷⁸. Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta, contudo, que tal correlação não pode ser feita sem a consideração dos valores vigentes à época:

A correlação lógica a que se aludiu, nem sempre é absoluta, “pura”, a dizer, isenta da penetração de ingredientes próprios das concepções da época, absorvidos na intelecção das coisas.

Basta considerar que em determinado momento histórico parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o acesso a certas funções públicas, e, em outras épocas, pelo contrário, entender-se-á inexistir motivo subsistente que convalide a vedação. Em um caso terá prevalecido a tese de que a proibição, isto é, a desigualdade no tratamento jurídico se *correlaciona juridicamente* com as condições do sexo feminino, tidas como inconvenientes com certa atividade ou profissão pública, ao passo que em outra época, a propósito de igual mister, a resposta será inversa. Por consequência, a mesma lei, ora surgirá como ofensiva da isonomia, ora como compatível com o princípio da igualdade.⁵⁷⁹

Tal ressalva, contudo, já poderia estar inserida na terceira questão levantada, relacionada à salvaguarda dos demais princípios constitucionais (mormente por estes refletirem os valores da época de sua edição)⁵⁸⁰, o que é um critério mais objetivo do que a mera verificação empírica do que encontra amparo em uma sociedade em algum estágio histórico da humanidade.

Por fim, o último ponto (se o fundamento racional abstratamente considerado está em consonância aos princípios constitucionais), acima mencionado, pressupõe quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam

577 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 30.

578 *Ibidem*, p. 38.

579 *Ibidem*, p. 39-40. Grifos no original.

580 “As finalidades que podem servir de parâmetro para a escolha das medidas de comparação são aquelas previstas no sistema normativo constitucional”, conforme ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 63.

efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;
 c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
 d) que, *in concreto*, o vínculo da correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público.⁵⁸¹

Conforme tal doutrinador, as vantagens alcançadas pela discriminação, pois, devem prestigiar posições compatíveis com os demais princípios constitucionais, bem como não podem ser colocadas em desvantagens as situações consagradas pelo sistema constitucional. É o caso do exemplo anteriormente citado pelo mencionado autor, acerca da acessibilidade de mulheres aos cargos públicos, em face do que dispõe o artigo 5º, I, da Constituição Federal brasileira⁵⁸².

Este sistema tripartido de análise do princípio da igualdade como proibição ao arbítrio, exposto por Celso Antônio Bandeira de Mello, assemelha-se à compreensão da proporcionalidade em três máximas parciais, tal qual demonstrado por Robert Alexy, a saber: a proporcionalidade entendida como adequação (entre a restrição a ser realizada e o fim a ser buscado), necessidade (de se empregar o meio menos gravoso para as situações que sofrerão limitações)⁵⁸³ e a proporcionalidade em sentido estrito (máxima que determina o sopesamento dos princípios em colisão)⁵⁸⁴. A aproximação do princípio da igualdade e da máxima da proporcionalidade já foi mencionada no presente estudo, e as interpenetrações entre as matérias demonstram a sua similitude e evidenciam sua íntima relação com o Estado de Direito.

Em suma, o tratamento concedido pelo Estado aos administrados não pode ser arbitrário (ilógico, irrazoável), e os tratamentos desiguais relativos à propriedade privada devem calcar-se em objetivos (públicos) evidentes⁵⁸⁵. A violação ao princípio da igualdade

581 *Artigo 5º, I, CF*: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

582 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 30.

583 Carlos Ari Sundfeld também trata do assunto, ao apontar que existe um “princípio da mínima intervenção estatal na vida privada”, conforme SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 67.

584 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. Trad. Luís Afonso Heck, p. 116-117.

585 CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 457.

sob tal aspecto, de acordo com Fernando Alves Correia, acarretaria a invalidade das disposições estatais, por atentado direto ao princípio constitucional da igualdade⁵⁸⁶.

No caso do direito brasileiro, existe discussão acerca da natureza dos defeitos de constitucionalidade de normas (se é gerado vício de nulidade ou de anulabilidade do ato inconstitucional), mas o artigo 27 da Lei 9.868/1999⁵⁸⁷, ao estabelecer a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade em abstrato indica que, em via de regra, a declaração da inconstitucionalidade de um ato possui efeitos *ex tunc* (gerando, portanto, nulidade do ato inconstitucional)⁵⁸⁸.

e.2) Igualdade Perante os Encargos Públicos

A igualdade perante os encargos públicos, já examinada no presente estudo, foi profundamente estudada no direito francês. Em retrospectiva, a sua ruptura pressupõe o sofrimento, por parte de um particular, de um dano especial e anormal, oriundo de um ato praticado pelo Poder Público:

A responsabilidade sem culpa por ruptura da igualdade perante os encargos públicos tem origem em dois fatores.

Primeiramente, ela rege as hipóteses em que os danos *não têm característica acidental*, contrariamente aos que a têm em matéria de responsabilidade por risco. Não há danos que são fruto de uma infeliz combinação de circunstâncias e que são produzidos como se não pudessem ser produzidos. Há danos que são a consequência natural, e mesmo necessária, e previsível e infalível, de certas situações ou de certas

586 CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 457.

587 *Artigo 27, Lei 9.868/1999*: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, conforme BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Seção 1, p. 01.

588 Sobre o assunto, “em relação ao regime de efeitos no aspecto temporal, há uma *interpenetração* dos dois modelos, ou seja, entre as teses da nulidade e da anulabilidade do ato inconstitucional, que se revela na adoção de técnicas alternativas, normativas ou jurisprudenciais, em relação à técnica da nulidade. Por tal razão é que, para que a matéria seja adequadamente regulada, deve-se abrir mão de uma regra geral, exclusiva e absoluta, para adotar uma regra de preferência que admita exceções, tal como se procedeu no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, através da edição do art. 27” conforme ÁVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: Ponderações e Regras de Argumentação para a Interpretação Conforme a Constituição do Artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 46. Grifos no original.

medidas, o efeito de que membros da coletividade são “sacrificados” em razão das exigências de um interesse geral.

Então, o direito à reparação não está simplesmente condicionado à realização de um dano. É necessário que o dano seja *simultaneamente* “especial” e “anormal”. Especial, diga-se, é o que alcança apenas certos membros da coletividade; caso contrário, não haveria ruptura da igualdade de todos perante as cargas públicas. Anormal, diga-se (conforme a jurisprudência), é o que afeta com um certo grau de importância, porque os membros da coletividade deveriam suportar sem compensação (sob pena de não ser possível a vida social) os desconfortos e inconvenientes ordinários da vida em sociedade.⁵⁸⁹

Passa-se ao exame pormenorizado dos dois requisitos acima explicitados (dano especial e anormal), para depois realizar a análise da influência do citado princípio na responsabilidade do Estado.

e.2.1) Dano Especial

Por “especial” entende-se o dano que atinge somente alguns membros da coletividade (sem que haja algum critério adequado para tal discriminação); são danos, pois, de caráter não geral. Há critérios formais e materiais para a caracterização do dano especial, conforme será visto a seguir, com base nos ensinamentos de Joaquim José Gomes Canotilho.

Com base em critérios formais, há as seguintes teorias: a teoria do ato individual (*Einzelakttheorie*) e a teoria da intervenção individual (*Einzeleingriffstheorie*)⁵⁹⁰.

Consoante critérios materiais, Canotilho expõe as seguintes teorias: a teoria da dignidade da proteção (*Schutzwürdigkeitstheorie*), a teoria da exigibilidade

589 Tradução livre de: “La responsabilité sans faute pour rupture de l’égalité devant les charges publiques doit son originalité à deux facteurs.

Tout d’abord, elle régit des hypothèses où les dommages *n’ont pas un caractère accidentel*, contrairement à ce qu’il en est en matière de responsabilité pour risque. Il ne s’agit pas de dommages qui sont le fruit d’un concours malheureux de circonstances et qui se sont produits comme ils auraient pu ne pas se produire. Il s’agit de dommages qui sont la conséquence naturelle, et même nécessaire, et prévisible à coup sûr, de certaines situations ou de certaines mesures, par l’effet desquelles des membres de la collectivité sont ‘sacrifiés’ aux exigences de l’intérêt général.

Ensuite, le droit à réparation n’est pas simplement conditionné par la réalisation d’un dommage. Il faut que le dommage soit *tout à la fois ‘spécial’ et ‘anormal’*. Spécial, c’est-à-dire n’atteignant que certains membres de la collectivité, faute de quoi il n’y aurait pas rupture de l’égalité de tous devant les charges publiques. Anormal, c’est à dire (au sens de la jurisprudence) atteignant un certain degré d’importance, car les membres de la collectivité doivent supporter sans compensation (sous peine qu’il n’y ait pas de vie sociale possible) les gênes et inconvénients ordinaires de la vie en société”, em CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 5. ed. v. 1. Paris : Montchrestien, 1990, p. 920.

590 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 273-278.

(*Zumutbarkeitstheorie*), a teoria da diminuição substancial (*Substanzminderungstheorie*), a teoria da alienação do escopo (*Zweckentfremdungstheorie*), a teoria da utilização privada (*Privatnützlichkeitsstheorie*) e a teoria do gozo *standard*⁵⁹¹.

Passa-se à pormenorização das citadas teorias.

No âmbito formal, em primeiro lugar, há a teoria do ato individual (*Einzelakttheorie*). Segundo esta teoria,

... o elemento fundamentalmente relevante na delimitação da especialidade do prejuízo seria a forma do acto limitativo da esfera jurídico-patrimonial do cidadão. Os danos impostos através de medidas gerais constituiriam simples limitações sociais; as lesões emergentes de actos individuais seriam sacrifícios especiais com relevância indenizatória.⁵⁹²

Assim, a especialidade do dano estaria ligada à generalidade ou especialidade formal do ato que causou prejuízos, de modo que, se tal ato não possui destinatários determináveis, é geral; e, se indica de forma particularizada os destinatários, é especial.

Ou se consideram desapropriações todas as intervenções por ato isolado, enquanto que ações baseadas em norma jurídica serão meras restrições à propriedade (teoria do ato individual). Independentemente do fato desta doutrina não aparecer de forma pura, existem por um lado intervenções isoladas tão insignificantes que ninguém as considerará desapropriações, mas por outro lado, também se podem conceber normas jurídicas de profundo alcance e, portanto, desapropriadoras.⁵⁹³

As críticas a essa teoria não tardaram a surgir, em face das situações absurdas que poderiam surgir de tal distinção, que não leva em consideração as diversas gradações que a generalidade ou especialidade podem estar sujeitas:

Essa vinculação da desapropriação a um empreendimento concreto não basta, todavia, para conferir àquela o sólido contorno que precisa para diferenciar-se de outras intervenções na esfera patrimonial. Dificulta essa diferenciação o fato de que a desapropriação [...] pode efetuar-se por meio de lei ou sobre a base de uma lei. De acordo com isso, faz-se necessária uma nova distinção entre a desapropriação e a mera limitação da propriedade.
O Tribunal Supremo acreditou que podia encontrar a base dessa distinção limitando

591 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 278-281.

592 *Ibidem*, p. 273.

593 Tradução livre de: “Oder man erklärt für Enteignungen alle Eingriffe durch Einzelakt, während rechtssatzmäßige Eingriffe bloße Eigentumsbegrenzungen sein sollen (Einzelakttheorie). Abgesehen davon, daß diese Lehre nicht rein auftritt, gibt es einerseits so unbedeutende Einzeleingriffe, daß sie niemand als Enteignungen auffassen wird, andererseits sind auch tief eingreifende und daher enteignende Rechtssätze denkbar”, em JELLINEK, Walter. *Verwaltungsrecht*. v. 3. Offenburg: Lehrmittel, 1948, p. 413.

a desapropriação àquelas leis que têm o caráter de uma intervenção particular e impõem determinado sacrifício a um setor perfeitamente circunscrito de pessoas em favor de um fim público. Esta teoria do ato individual, que já suscitou objeções sob a vigência da Constituição de Weimar, não presta o serviço que deveria. É, no mínimo, duvidoso se uma lei, por exemplo, que afeta a todos os imóveis reduzidos a escombros é um ato particular, ou se já representa uma norma geral. Pois será um ato particular considerando que, do número total de proprietários de imóveis, somente é afetado pela lei um setor muito limitado dos mesmos, a saber, o daqueles que os têm reduzidos a escombros. Porém, inclusive, caso se quiser admitir que a lei é um ato individual, não ficaria decidido *ipso facto* que as eventuais limitações impostas constituiriam uma desapropriação com obrigação de indenizar. Pois o essencial seria conhecer o grau e a índole das limitações.⁵⁹⁴

Logo, a teoria em questão não toma em consideração os casos de previsão genérica que acarretam confisco da propriedade, por exemplo, e pode apoiar a indenização de danos de intensidade insignificante. Além disso, impede a consideração de que atos normativos (que não são, portanto, leis em sentido formal) possam conter previsões abstratas (e, por isso, gerais e não indenizáveis)⁵⁹⁵. Em face dessas limitações, o critério ora exposto não é mais utilizado pela doutrina (em especial a doutrina alemã, que desenvolveu tal teoria).

Ainda na perspectiva formal, em segundo lugar, Canotilho expõe a teoria da intervenção individual (*Einzeleingriffstheorie*), que se foca na especialidade do resultado, e não do ato. Mas não fica esclarecida a relação entre a individualidade do ato e a especialidade do dano, já que essa teoria decorreu de tentativa da jurisprudência alemã de uma “caracterização menos formal da teoria do acto individual, vindo a acrescentar que a violação da igualdade caracterizaria a expropriação”⁵⁹⁶.

O advento dessa teoria trouxe dúvidas quanto a situações cujo grau de generalidade

594 Tradução livre de: “Esta vinculación de la expropiación a una empresa concreta no basta, sin embargo, para dar a aquélla el sólido contorno que precisa para diferenciarse de otras intervenciones en la esfera patrimonial. Dificulta esta diferenciación el hecho de que la expropiación [...] puede efectuarse por medio de ley o sobre la base de una ley. Según eso, se hace necesaria una nueva distinción entre la expropiación y la mera eliminación de la propiedad.

El Tribunal Supremo creyó que podía encontrar la base de esta distinción limitando la expropiación a aquellas leyes que tienen el carácter de una intervención particular e imponen determinado sacrificio a un sector perfectamente circunscrito de personas en favor de un fin público. Esta teoría del acto particular, que ya suscitó objeciones bajo la vigencia de la Constitución de Weimar, no presta el servicio que debía. Es, por lo menos, dudoso si una ley, por ejemplo, que afecta a todos los inmuebles reducidos a escombros es todavía un acto particular o representa ya una norma general. Pues será un acto particular considerando que, del número total de propietarios de inmuebles, sólo es afectado por la ley un muy limitado sector de los mismos, a saber, el de aquellos que los tienen reducidos a escombros. Pero incluso si quisiera admitirse que la ley es un acto particular, no quedaría decidido *ipso facto* que las eventuales limitaciones impuestas constituyesen una expropiación con obligación de indemnizar. Pues lo esencial sería conocer el grado y la índole de las limitaciones”, em FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 440-441.

595 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 275.

596 *Ibidem*, p. 276.

não é amplo, pois, na prática, a separação teórica entre lei material e lei formal não define, necessariamente, a essência do ato:

O caráter abstrato das normas jurídicas não exclui **leis ad hoc** ainda que estas sejam aplicadas raramente ou sem atos jurídicos que as substanciem [...]. **Leis para situações únicas** são leis apenas no sentido formal [...]. Justamente estas ocorrências deixam claro que a proteção aos direitos fundamentais de todos os cidadãos se dará melhor por meio de normas jurídicas gerais e abstratas baseadas em distanciamento [...]. No entanto, a legislação moderna está longe de disto [...].⁵⁹⁷

Assim, se, por um lado, não há dúvidas de que um ato que atinge toda a população não pode ser considerado abstrato, por outro, os danos sofridos por categorias mais restritas não podem ser caracterizados como gerais ou específicos de forma uníssona⁵⁹⁸, o que pode gerar, inclusive, arbitrariedade na aplicação:

Fornecendo marcos demasiado oscilantes, a *Einzeleingriffstheorie* também deixa uma porta aberta aos abusos do legislador [...]. Pois, se não são indemnizáveis os sacrifícios genéricos, então rigorosamente aceitar-se-á que o legislador possa suprimir ou ofender gravemente um direito constitucional de todos os cidadãos sem haver motivo para reclamar indenização.⁵⁹⁹

Por tais razões, foram abandonados os critérios formais, para serem aplicados parâmetros materiais.

A primeira das teorias que se utiliza de critérios materiais é a teoria da dignidade de proteção (*Schutzwürdigkeitstheorie*), que se baseia “na gravidade, intensidade e alcance da intervenção; haveria expropriação quando o direito fosse afectado na sua substância, sendo o sacrifício imposto inadmissível se não for acompanhado de indemnização”⁶⁰⁰:

A propriedade tem uma certa fragilidade em relação à legislação, no sentido de que nem todas as intervenções do legislador são percebidas como sendo desapropriações. História, crenças, linguagem, insinuações das leis permitem

597 Tradução livre de: “Der abstrakte Charakter der Rechtssätze schließt **Maßnahmegesetze** auch dann nicht aus, wenn diese nur selten oder ohne konkretisierende Rechtsakte anwendbar sind [...]. **Einzelfallgesetze** sind aber nur Gesetze im formellen Sinne [...]. Gerade diese Erscheinungen machen jedoch deutlich, daß der Grundrechtsschutz aller Bürger am besten über generell-abstrakte Rechtssätze gewährleistet ist, die auf Distanz beruhen [...]. Davon ist aber die moderne Gesetzgebung weit entfernt [...]”, em WOLFF, Hans Julius. *Verwaltungsrecht*: Band 1, ein Studienbuch. 11., neubearb. Aufl. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999, p. 322. Grifos no original.

598 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 277.

599 *Ibidem*, p. 277-278. Grifos no original.

600 *Ibidem*, p. 278.

delimitar o que é e o que não é digno de proteção (teoria da dignidade da proteção). A doutrina pode trabalhar com conceitos mais vagos do que aqueles que acabamos de mencionar, mas para isso, falando de forma pouco modesta, ela lhes é superior em termos de justiça. Além disso, um resultado obtido por meio científico, que permite certa margem no uso, só é inquestionável, enquanto o próprio legislador trabalhar com conceitos vagos, como boa fé, justiça, bons costumes, infração.⁶⁰¹

A teoria em questão, todavia, apresentou problemas:

No entanto, passado o primeiro momento de euforia, resistiu a doutrina em um sentido negativo, por entender que todas estas teorias oferecem uma insegurança jurídica incompatível com o espírito da Constituição, e que não ficam simplesmente justificadas pela invocação do artigo 19 da mesma, já que a crítica, elevando-se de patamar, afeta inclusive a oportunidade deste mesmo preceito. Uma formulação precisa deste espírito encontra-se na Sentença do BGH de 9-10 de junho de 1952: “dignidade da proteção e exigibilidade são uns conceitos tão descoloridos e flexíveis... que sua aplicação deveria acarretar grandes desigualdades... e introduziria uma absoluta e incerta discricionariedade simplesmente incompatível com a segurança jurídica”.

Na Suíça também tem sido modernamente rechaçado esse critério frente a uma antiga jurisprudência que distinguia entre limitações que afetavam a substância da propriedade, e limitações que, sem chegar a tanto, regulavam simplesmente as modalidades do seu exercício.⁶⁰²

Em face de tais incongruências, terminou por ser abandonada (ao menos, conforme suas ideias iniciais).

A segunda doutrina é a teoria da exigibilidade (*Zumutbarkeitstheorie*), segundo a qual “existiria uma expropriação quando é violado um direito do lesado digno de proteção, não podendo ser exigível que ele aceite essa violação sem indenização”⁶⁰³.

601 Tradução livre de: “Das Eigentum hat eine gewisse Schwäche dem Gesetze gegenüber in dem Sinne, daß nicht alle Eingriffe des Gesetzgebers als Enteignungen empfunden werden. Geschichte, allgemeine Anschauungen, Sprachgebrauch, Andeutungen der Gesetze ermöglichen die Abgrenzung des Schutzwürdigen vom Schutzwürdigen (Schutzwürdigkeitstheorie). Die Lehre mag mit einem etwas unbestimmteren Begriffe arbeiten als die soeben erwähnten, dafür ist sie ihnen, unbescheiden ausgedrückt, in der Richtigkeit über. Zudem ist ein auf wissenschaftlichen Wege gefundenes Ergebnis, das einen gewissen Spielraum bei der Handhabung läßt, solange einwandfrei, als der Gesetzgeber selbst mit unbestimmten Begriffen, wie Treu und Glauben, Billigkeit, guten Sitten, Ordnungswidrigkeit, arbeitet”, em JELLINEK, Walter. *Verwaltungsrecht*. v. 3. Offenburg: Lehrmittel, 1948, p. 413.

602 Tradução livre de: “Ahora bien, pasado el primer momento de euforia, ha reaccionado la doctrina en un sentido negativo, por entender que todas estas teorías ofrecen una inseguridad jurídica incompatible con el espíritu de la GG, y que no quedan sencillamente justificadas por la invocación del artículo 19 de la misma, ya que la crítica, elevándose de rango, afecta incluso a la oportunidad de este mismo precepto. Una formulación precisa de este espíritu se encuentra ya en la sentencia del BGH de 9-10 de junio de 1952: “dignidad de la protección y exigibilidad son unos conceptos tan descoloridos y flexibles... que su aplicación habría de acarrear grandes desigualdades... e introduciría una absoluta e incierta discrecionalidad sencillamente incompatible con la seguridad jurídica”. En Suiza ha sido también rechazado modernamente este criterio frente a una antigua jurisprudencia que distinguía entre limitaciones que afectaban a la sustancia de la propiedad, y limitaciones que, sin llegar a tanto, regulaban simplemente las modalidades de su ejercicio”, em NIETO, Alejandro. *Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa*. *Revista de Administración Pública*, n. 38, may./ago. 1962, p. 79-80.

603 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 278.

De acordo com a teoria da diminuição substancial (*Substanzminderungstheorie*), “há expropriação quando através de uma intervenção dos poderes públicos seja afectado o conteúdo substancial (*Kerngehalt*) de um direito de propriedade”⁶⁰⁴, o que pode ocorrer em casos nos quais a propriedade ainda existe, podendo o proprietário dispor parcialmente do seu direito (ou apenas nominalmente), mas as funções econômicas foram afetadas “de um modo aniquilador ou parcialmente intenso”⁶⁰⁵, de modo que “Esse último pode mesmo ser o caso, se o conjunto substancial de direitos não for afetado. Portanto, também não satisfaz a doutrina segundo a qual, geralmente, a intervenção que reduzir a substância do direito, e somente essa, deve ser considerada desapropriação (teoria da diminuição substancial)”⁶⁰⁶.

Explica também Huber que:

A teoria bem fundamentada por Schelcher de diminuição substancial leva isto em consideração. Ela considera uma interferência na propriedade, ainda que permita que o direito subsista como tal, como uma desapropriação parcial passível de indenização (e não como uma restrição ao direito de propriedade livre de indenização), não só se restringir os direitos de propriedade privados em questão perifericamente, mas também se prejudicá-los em sua substância, ou seja, sua essência. Para delimitar a restrição ao direito de propriedade e desapropriação, ela se vale um critério de caráter simultaneamente material e objetivo. A diferença entre restrição do direito de propriedade e desapropriação reside, portanto, na possibilidade de a intervenção ser de tal magnitude ou gravidade que o direito de propriedade, embora ainda persista como direito parcial ou direito nominal, é destruído ou consideravelmente prejudicado em suas funções econômicas essenciais.⁶⁰⁷

A quarta teoria que se utiliza de critérios materiais para determinar a especialidade do dano é a teoria da alienação do escopo (*Zweckentfremdungstheorie*), que leva em consideração

604 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 279. Grifos no original.

605 *Ibidem* 3, p. 279.

606 Tradução livre de: “Dies letzte kann selbst dann der Fall sein, wenn der Rechtssatz die Substanz unberührt läßt, daher auch die Lehre nicht befriedigt, wonach bei allgemeinen Eingriffen jeder die Substanz mindernde Eingriff, und nur er, Enteignung sein soll (Substanzminderungstheorie)”, em JELLINEK, Walter. *Verwaltungsrecht*. v. 3. Offenburg: Lehrmittel, 1948, p. 413.

607 Tradução livre de: “Dieser Lage trägt die von Schelcher begründete Substanzminderungstheorie Rechnung. Sie sieht einen Eingriff in das Eigentum, auch in er das Recht als solches bestehen läßt, dann als entschädigungspflichtige Teilenteignung (nicht als entschädigungsbefreite Eigentumsbindung) an, enn er die betroffenen privatem Vermögensrechte nicht nur peripherisch begrenzt, sondern sie in ihrer Substanz, d. h. in ihren Kerngehalt beeinträchtigt. Sie verwendet für die Abgrenzung von Eigentumsbindung und Enteignung ein Kriterium, das zugleich materiellen und objektiven Charakter hat. Der Unterschied zwischen Eigentumsbindung und Enteignung liegt also darin, ob der Eingriff von solchem Umfang oder von solcher Schwere ist, daß das Eigentumsrecht, auch wenn es als Teilrecht oder als nominelles Recht erhalten bleibt, in seinen wesensnotwendigen wirtschaftlichen Funktionen entweder vernichtet oder entscheidend beeinträchtigt wird”, em HUBER, Ernst Rudolf. *Wirtschaftsverwaltungsrecht*. 2 neubearb. und erweiterte Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1954. v. 2, p. 27-28.

a circunstância de que, através de atos do Poder Público, a destinação do bem atingido foi alterada, ou o uso desse bem deixou de estar em conformidade à sua função⁶⁰⁸:

Se a lei regulamenta o direito de propriedade respeitando o destino do bem, ou se ela se contenta com impor ao proprietário obrigações que permitem um uso conforme a função do bem, o direito de disposição do proprietário está submetido a restrições enquadradas nos limites permitidos pela sua função social. Se, pelo contrário, se impõe ao proprietário uma obrigação que altera o destino do bem, já não está em questão um simples limite derivado da função social da propriedade.⁶⁰⁹

Para a teoria da utilização privada (*Privatnützlichkeitsstheorie*), desenvolvida primeiramente por Rudolf Reinhardt, o texto constitucional consagra o princípio da utilização privada para conciliar os interesses públicos e os privados, de maneira que, em caso de conflito estes devem ceder em face daqueles:

Portanto, o objetivo de nossa exposição foi mostrar que o legislador constitucional, com a garantia da propriedade privada – sujeita a restrições de cunho social –, quer ver reconhecido o significado fundamental para a organização do processo vital na sociedade do princípio de uso privado, um princípio que desenvolve a partir de si um mecanismo que tem por objetivo assegurar o uso funcional dos bens, levando em conta as necessidades de todos os integrantes da sociedade e o equilíbrio de interesses. Nosso objetivo foi destacar o valor intrínseco deste princípio também sob a égide da combinação dos interesses público e privado na ordem social atual e assim avançar para uma abordagem que não se limita a ver tudo sob o conceito simplificado e conseqüentemente errôneo de que devemos nos orientar apenas pelo “bem comum” – um conceito bastante dúbio – e assim basicamente justificar toda e qualquer intervenção perante o proprietário. Em contrapartida, deve-se demonstrar aqui que a tarefa do legislador, que desejar se manter na mesma linha, é muito mais complicada, ou seja, cada uma das medidas que devem assegurar o uso funcional dos bens - com base no sistema de propriedade -, não pode ser considerada ou pensada sem incluir aqueles seguros privados, cuja intervenção por si só – ou talvez justamente – seja o sentido de uma garantia de propriedade também no estado social de direito. Só deste modo a abordagem pública unilateral poderá dar lugar à manutenção da tensão saudável, fonte do verdadeiro progresso, pois também mostra limites ao poder público, tão necessários quando se espera que um comportamento autônomo tenha verdadeira função na economia. Em oposição à interpretação que se recusa a enfatizar ainda, em relação à propriedade privada na era de sua responsabilidade social, as limitações do poder do Estado ou de seus agentes, esta “imposição de barreiras” é no mínimo tão importante quanto a indicação dos limites impostos aos interesses privados na propriedade em virtude de sua formação social. Parece-me também se impor aqui o profundo desejo de uma jurisprudência que se esforçou e vem se esforçando persistentemente – seja sob qual ponto de vista for – em proteger os direitos de propriedade contra intervenções forçadas e erguer um baluarte contra aquele tipo de interpretação que prontamente vê na regulamentação compulsória a melhor garantia do bem-estar comum! Quando frequentemente nos mostramos pouco abertos a estes entendimentos, isto talvez se deva ao fato de que para muitos parece ser muito mais fácil e simples, e erroneamente portanto também mais certo, rumo a uma proibição direta, ordem legal ou ato administrativo, forçar o indivíduo em direção ao bem-estar coletivo. Deveríamos reconhecer que o caminho

608 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 279.

609 *Ibidem*, p. 279-280.

mais sensato e que corresponde exclusivamente ao princípio de liberdade da personalidade, como estabelecido no artigo 2º da Constituição alemã, é avançar em direção ao bem-estar coletivo de braços dados com a liberdade individual. Repetindo, não que esta liberdade pudesse ser irrestrita – atualmente ninguém mais acredita nisto –, mas no sentido de que ela – ao menos na forma de garantia da propriedade privada – deva ser sempre um elemento essencial no caminho do bem-estar coletivo. Isso também me parece corresponder à experiência que nosso povo enfrentou nas últimas décadas.⁶¹⁰

Deste modo, como explica Nieto,

O princípio da utilização privada não deve se identificar com o do interesse privado ao estilo liberal, mas concreta a afirmação de que a ordem econômico-social da Alemanha de hoje perseguir a utilidade privada dos bens, e a tal objetivo devem reconduzir-se todas as normas interpretativas. Entrando em conflito os interesses privados e o geral, é claro que aqueles devem ceder ante este; porém a determinação de se esta cessão constitui uma desapropriação ou uma limitação deve ser feita com

610 Tradução livre de: “Es war somit der Sinn unserer Darstellung, zu zeigen, daß der Gesetzgeber des Grundgesetzes mit der Garantie des - sozialen Bindungen unterliegenden - Privateigentums die für die Ordnung des Lebensprozesses in der Gemeinschaft grundlegende Bedeutung des Prinzips der Privatnützigkeit anerkannt wissen will, eines Prinzips, das schon aus sich einen Mechanismus entwickelt, der darauf angelegt ist, eine die Bedürfnisse aller Teile des Volksganzen berücksichtigende und damit funktionsgerechte Verwendung der Güter im gerechten Interessenausgleich zu erzielen. Es ging uns darum, den Eigenwert dieses Prinzips auch unter dem Zeichen der Kombination privaten und öffentlichen Interesses in der gesellschaftlichen Ordnung unserer Gegenwart herauszustellen und damit zu einer Betrachtungsweise vorzustoßen, die sich nicht darauf beschränkt, alles unter dem vereinfachten und daher falschen Schema zu sehen, daß man nur nach dem "Öffentlichen Wohle" - einem so schillernden Begriff - zu fragen habe und daraus im Grunde jedwede Intervention gegenüber dem Eigentümer rechtfertigen könne. Demgegenüber sollte hier gezeigt werden, daß die Aufgabe für den Gesetzgeber, der in seiner Linie bleiben will, viel komplizierter ist, daß nämlich jede der Maßnahmen, die die funktionsgerechte Verwendung der Güter - auf der Grundlage der Eigentumsordnung - sichern soll, nicht erwogen oder gedacht werden kann ohne die Einbeziehung jener privaten Ordnungskräfte, deren Einschaltung allein der Sinn einer Eigentumsgarantie auch - ja vielleicht gerade - im sozialen Rechtsstaat ist. Nur auf diesem Wege kann an die Stelle einer einseitig öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise die Erhaltung desjenigen gesunden Spannungsverhältnisses treten, das die Quelle echten Fortschritts ist, weil es auch der öffentlichen Gewalt die Grenzen zeigt, die notwendig sind, wenn selbstverantwortliches Handeln in der Wirtschaft eine echte Funktion haben soll. Gegenüber einer Auffassung, die es ablehnt, vom Privateigentum her in Zeitalter seiner Sozialpflichtigkeit noch auf Grenzen der Macht des Staates oder seiner Organe hinzuweisen, ist diese "Schrankenbestimmung" mindestens ebenso wichtig wie der Hinweis auf die Grenzen, die dem privaten Interesse im Eigentum kraft der Sozialbildung gezogen sind. Mir scheint hier auch das innerste Anliegen einer Rechtsprechung zur Geltung zu kommen, die sich - unter welchen Gesichtspunkte auch immer - ausdauernd bemüht hat und bemüht, die Eigentumsrechte vor Zwangseingriffen zu schützen und gegenüber jener Auffassung ein Bollwerk zu bilden, die in der Zwangsregelung ohne weiteres die beste Garantie des öffentlichen Wohles sieht!

Wenn man sich solchen Erkenntnissen gegenüber oft wenig aufgeschlossen zeigt, so liegt das wohl daran, daß es manchen so viel einfacher und leichter und eben fälschlich auch darum richtiger erscheint, im Wege des unmittelbaren Verbotes oder Gebotes durch Gesetz oder Verwaltungsakt den Einzelnen in die Richtung des Gesamtwohles zu zwingen. Wir sollten erkennen, daß es der sinnvollere Weg ist und daß es dem in Art. 2 des Grundgesetzes anerkannten Grundsatz der Freiheit der Persönlichkeit allein entspricht, im Bunde mit der Freiheit des Einzelnen zum Gemeinwohl vorzudringen. Nicht als ob, um das noch einmal zu sagen, diese Freiheit eine unbegrenzte sein könnte - das glaubt heute niemand -, aber in dem Sinne, daß sie - nicht zuletzt ub Gestalt der Garantie des Privateigentums - ein immer notwendiges Element auf dem Wege zum Gemeinwohl sein sollte. Eben das scheint mir auch der Erfahrung zu entsprechen, die unser Volk in den letzten Jahrzehnten gemacht hat.”, em REINHARDT, Rudolf. Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen gemäß Art. 14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen? In REINHARDT, Rudolf; SCHEUNER, Ulrich. *Verfassungsschutz des Eigentums*. Tübingen: Mohr, 1954. p. 60-62.

o critério da utilização privada.⁶¹¹

É a contrapartida, pois, do princípio da prevalência do interesse público. Quando as restrições à propriedade privada impedirem a utilização geral por parte do particular, entende-se por ocorrida a desapropriação⁶¹².

Por derradeiro, pela teoria do gozo *standard* entende-se que é constitucionalmente garantido aos particulares, perante as ações do Poder Público, o direito ao “gozo médio ou *standard* dos bens”⁶¹³ a eles pertencentes, conforme explica o autor que desenvolveu essa citada teoria, Franco Bartolomei:

Segundo o nosso ponto de vista, a proposição que pode lançar luz sobre a questão consiste em afirmar que a garantia constitucional da propriedade identifica-se com a garantia domínio-gozo dos bens por parte dos sujeitos privados [...]. Se isso é exato, a investigação a ser realizada não concerne mais apenas sobre o perfil subjetivo do domínio dos bens privados: o ato de intervenção atinge, em consequência, também o direito ao gozo do bem, o que denota uma desapropriação em sentido tradicional, que pode se configurar como transferência do bem de um a outro sujeito; mas podem ser atingidos os contornos do domínio sem incidir sobre o gozo [...]. Ao contrário, deve-se considerar quando a intervenção autoritativa incidir sobre o gozo do bem, deixando incólume o aspecto subjetivo do domínio: os exemplos típicos que recorreremos na espécie são aqueles de imposições de restrições ou limites à propriedade privada. Dizer que a garantia constitucional da propriedade privada refere-se ao domínio-gozo nada mais é do que dizer que é garantido todo o gozo e todo o gozo possível em caso de intervenções ablatórias, dado que o artigo 42, parágrafo, da Constituição reserva à lei a disciplina da determinação dos modos de aquisição, de gozo e dos limites à propriedade privada com a acentuada especificação pela propriedade imobiliária privada de imposição de obrigações, restrições e limitações de extensão, segundo o artigo 44 da Constituição. Tal proposição é o suficiente para dizer que, em face da ação do poder público é garantido o gozo médio ou *standard*, do qual a doutrina tem adotado somente com o perfil subjetivo da atividade discricionária da Administração Pública; por nós, ao contrário, é indicado o sentido *objetivo* como relacionável ao gozo do bem, não em sentido civilístico como potencialidade do gozo dos bens, mas sim como

611 Tradução livre de: “El principio de la utilización privada no debe identificarse con el del interés privado al estilo liberal, pero concreta la afirmación de que el orden económico y social de la Alemania de hoy persigue la utilidad privada de los bienes, y a tal objetivo deben reconducirse todas las normas interpretativas. Entrando en conflicto los intereses privados y el general, es claro que aquéllos deben ceder ante éste; pero la determinación de si esta cesión constituye una expropiación o una limitación, debe hacerse con el criterio de la utilización privada”, em NIETO, Alejandro. Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa. *Revista de Administración Pública*, n. 38, may./ago. 1962, p. 84.

612 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 280.

613 *Ibidem*, p. 280-281.

possibilidade ou aptidão objetiva de gozo por parte do particular.⁶¹⁴

Por consequência, quando este gozo *standard* da propriedade privada for atingido por um ato normativo, haverá ato ablatório (de natureza, pois, desapropriativa), que dará ensejo ao direito à indenização⁶¹⁵.

Canotilho critica todas as teorias acima expostas, em razão de conduzirem a resultados incertos, oscilantes, em especial por se centrarem na gravidade do dano, de modo a confundirem a especialidade com a anormalidade do dano⁶¹⁶. Não é possível, no entanto, efetuar tal confusão, pois a exigência simultânea de especialidade e anormalidade do dano, para caracterizar o sacrifício especial, tem finalidade de funcionar como limite duplo: (a) “evitar a sobrecarga do tesouro público, limitando o reconhecimento de um dever indemnizatório do Estado ao caso de danos inequivocamente graves”⁶¹⁷ e (b) “procurar ressarcir os danos que, sendo graves, incidiram desigualmente sobre certos cidadãos”⁶¹⁸.

O mencionado doutrinador conclui, portanto, que a teoria da intervenção individual é a mais adequada para determinar se um dano sofrido é especial, com a condição de que observe ótica menos formal, com o auxílio dos demais critérios materiais expostos:

614 Tradução livre de: “Secondo il nostro punto di vista la proposizione che può gettare luce sulla questione consiste nell’affermare che la garanzia costituzionale della proprietà s’identifica con la garanzia dell’appartenenza-godimento di beni da parte dei soggetti privati [...]. Se ciò è esatto, l’indagine da compiersi non riguarda più o solamente il profilo soggettivo dell’appartenenza dei beni privati: l’atto d’intervento se colpisce in conseguenza anche il godimento del bene denota un’espropriazione in senso tradizionale che può configurarsi come trasferimento del bene da una ad altro soggetto; ma si può colpire il profilo della appartenenza senza incidere sul godimento [...]. Viceversa, occorre considerare quando l’intervento autoritativo incida sul godimento del bene lasciando impregiudicato l’aspetto soggettivo dell’appartenenza: gli esempi tipici che nella specie ricorrono sono quelli dell’imposizione di vincoli o limiti alla proprietà privata. Dire che la garanzia costituzionale della proprietà privata si riferisce all’appartenenza-godimento non vuol dire che siano garantiti ogni godimento e tutto il possibile godimento in caso d’interventi ablatori, dato che l’art. 42, comma, Cost. riserva alla legge la disciplina della determinazione dei modi di acquisto, di godimento e dei limiti alla proprietà privata con l’accentuata specificazione per la proprietà terriera privata dell’imposizione di obblighi, vincoli e limiti di estensione, secondo l’art. 44 Const. Tale proposizione sta invece a significare che di fronte all’azione dei pubblici poteri è garantito il godimento medio o standard che dalla dottrina è stata adottata sotto il profilo soggettivo dell’attività discrezionale della pubblica amministrazione è da noi invece prospettata in senso oggettivo come riferibile al godimento del bene non in senso civilistico come potenzialità di godimento bensì come possibilità o attitudine obiettiva di godimento da parte del privato”, em BARTOLOMEI, Franco. *L’espropriazione nel diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1965, p. 401-402.

615 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos licitos*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 280-281.

616 *Ibidem*, p. 281.

617 *Ibidem*, p. 282.

618 *Ibidem*, p. 283.

Dito isto, e pesando todas as objecções que lhe formulámos, a *Einzeleingriffstheorie*, entendida num sentido mais substancial do que formal, ainda é a que apresenta mais virtualidades para fornecer uma directiva, pois além de salientar que o encargo indemnizável deve ser especial, no sentido de violar o princípio da igualdade, abre possibilidades para o necessário complemento através de um dos critérios materiais anteriormente referidos.⁶¹⁹

A conclusão é, pois, pela existência de uma espécie de teoria mista, por utilizar, simultaneamente, critérios formais (especialidade do resultado) e materiais (apontados nas diversas teorias que utilizam parâmetros materiais) para determinar se um dano é ou não especial.

e.2.2) Dano Anormal

“Anormal” é o dano que possui grau de importância, razão pela qual também é referido como a intervenção que afeta o direito subjetivo com “gravidade”⁶²⁰. Ou seja, é aquele dano que importa uma redução do património e não se caracteriza como dissabor (inconveniente) usual da vida em sociedade (que deve ser suportado sem indenização correspondente⁶²¹); “que se aprecia caso a caso e se responde em definitivo nas considerações da equidade”⁶²², ou seja, “todo o prejuízo, mesmo pequeno, pode ser indenizado se o julgador estimar que ele excede esses inconvenientes normais”⁶²³. Essa qualidade, pois, deve ser apreciada no caso concreto:

A anormalidade ou a gravidade do dano não se aprecia de modo absoluto, mas de forma relativa, em relação à situação da vítima do dano. Um prejuízo suficientemente elevado pode não ser considerado como suficientemente grave se ele afeta um grande negócio; uma soma aparentemente módica pode ser elevada se

619 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 283.

620 DELVOLVÉ, Pierre. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 271.

621 CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 5. ed. v. 1. Paris : Montchrestien, 1990, p. 920.

622 Tradução livre de: “ce qui s’apprécie au cas par cas et reponse en définitive sur des considérations d’équité”, em DUPUIS, Georges. *Droit administratif*. 9. ed. Paris: Armand Colin, 2004, p. 572.

623 Tradução livre de: “tout préjudice, même faible, peut être indemnisé si le juge estime qu’il excède ces inconvénients normaux”, em FORGES, Jean-Michel de. *Droit administratif*. 5. ed. corr. Paris : PUF, 1998, p. 281.

ela concerne a uma pessoa que tiver ganhos modestos.
Uma comparação se estabelece, pois, entre a amplitude do dano e o conjunto da atividade dos interessados.⁶²⁴

A anormalidade do dano não se confunde com a especialidade deste, tendo em vista serem dois requisitos distintos exigidos pela jurisprudência (em especial a francesa); é por isso que a anormalidade “corresponde a um princípio que impõe uma igualdade nas proporções e não nos montantes absolutos”⁶²⁵. Além disso,

A partir da segunda guerra mundial tentou-se impor, sem muito êxito, a teoria da anormalidade, que tão familiarmente soa nos ouvidos espanhóis. Em 1945, LATOURNÉRIE propôs como princípio de toda responsabilidade do Estado o que ele chamava teoria da anormalidade. O conteúdo da noção de normal estaria expresso na ideia de que um ato, para ser normal, deve, por um lado, conformar-se em todos os seus elementos a um certo cânon, e por outro lado, não ultrapassar, com suas consequências, um certo limite.⁶²⁶

É na jurisprudência (justamente a criadora da ideia de dano anormal e especial na França) que se verificam os contornos dessa anormalidade, ao ponderar-se que se trata de danos que, “por causa de sua gravidade, não saberia ser visto como um encargo que lhe incumbiria normalmente”⁶²⁷, ou a gravidade dos encargos “que deveriam ser normalmente suportados pelos particulares em contrapartida às vantagens resultantes do exercício do serviço público”⁶²⁸.

O cerne da anormalidade, portanto, é a verificação do que incumbe normalmente ser

624 Tradução livre de: L’anormalité ou la gravité du dommage ne s’apprécie pas absolument, mais relativement, par rapport à la situation de la victime du dommage. Un préjudice assez élevé peut ne pas être considéré comme suffisamment grave s’il affecte une grosse affaire; une somme en apparence modique peut l’être si elle concerne une personne aux revenus modestes.

Une comparaison s’établit donc entre l’ampleur du dommage et l’ensemble de l’activité des intéressés”, em DELVOLVÉ, Pierre. *Le principe d’égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 273.

625 Tradução livre de: “correspond à un principe que impose une égalité dans les proportions et non dans les montants absolus”, em *Ibidem*, p. 275.

626 Tradução livre de: “A partir de la segunda guerra mundial ha intentado imponerse sin demasiado éxito la teoría de la anormalidad, que tan familiarmente suena en los oídos españoles. En 1945, LATOURNÉRIE propuso como principio de toda responsabilidad del Estado lo que él llamaba teoría de la anormalidad. El contenido de la noción de normal se expresaría en la idea de que un acto, para ser normal, debe, de una parte, conformarse en todos sus elementos a un cierto canon, y de otra parte, no rebasar con sus consecuencias un cierto límite”, em NIETO, Alejandro. Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa. *Revista de Administración Pública*, n. 38, may./ago. 1962, p. 113.

627 Tradução livre de: “à raison de sa gravité, ne saurait être regardé comme une charge lui incombant normalement”, em JEANNEAU, Benoît. *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*. Paris: Recueil Sirey, 1954, p. 32.

628 Tradução livre de: “qui doivent être normalement supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l’exercice de ce service public”, em *Ibidem*, p. 33.

suportado pelo particular, bem como na comparação entre a proporção entre os encargos do particular (em favor da coletividade) e os benefícios que ele percebe por viver em sociedade. Além disso, ainda que seja visualizado caso a caso, é inconteste que, quando os sacrifícios são de pequena monta (não são, portanto, anormais), não há falar em indenização:

Os pequenos sacrifícios, oneradores de alguns cidadãos, constituem simples encargos sociais, compensados por vantagens de outra ordem proporcionada pela actuação da máquina estatal. Se o dano não exceder os encargos normais exigíveis como contrapartida dos benefícios emergentes da existência e funcionamento dos serviços públicos, não há lugar ao pagamento de indemnização, sob pena de insolúveis problemas financeiros, paralisadores da actividade estadual.⁶²⁹

O aspecto mais abstrato da anormalidade, pois, é a distinção dos danos de pequena extensão e de grande extensão.

Essa característica do dano, ora em estudo é, por conseguinte, o segundo requisito para a caracterização do dano indenizável, decorrente de atos estatais lícitos. É uma forma de limitar o princípio da igualdade perante os encargos públicos, sem que haja incompatibilidade entre ambas as figuras (anormalidade do dano e igualdade perante os encargos públicos)⁶³⁰.

e.2.3) Influência na Responsabilidade do Estado

O presente aspecto do princípio da igualdade exige que os encargos públicos (as finalidades públicas a serem buscadas com a interferência na propriedade privada) sejam igualmente distribuídos entre os que se beneficiarão da intervenção. Do contrário, um indivíduo (ou um grupo de indivíduos) suportará a melhoria dos demais, ou todos suportariam um benefício que seria atribuído a apenas um indivíduo:

Este princípio é um desdobramento do princípio da igualdade de todos perante a lei. A execução de qualquer plano urbanístico, a reurbanização de um bairro deteriorado, por exemplo, traz benefícios à população em geral. Porém, alguns serão direta e especialmente beneficiados com a execução de obras e serviços públicos, com a

⁶²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 272.

⁶³⁰ DELVOLVÉ, Pierre. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 275.

valorização de seus imóveis. Outros terão suas propriedades desvalorizadas pela ação do Poder Público. As valorizações diretas e específicas devem ser compensadas mediante pagamento da contribuição de melhoria por parte dos proprietários beneficiados (art. 145, III, da CF). As propriedades esvaziadas de seu conteúdo econômico devem ser indenizadas mediante regular processo expropriatório.⁶³¹

Os critérios para definir se a distribuição é equânime observam os parâmetros já citados no presente trabalho, tais quais a regra segundo a qual a cada um de acordo com o seu merecimento, ou a cada um em partes iguais às de todos, a cada um de acordo com as suas necessidades fundamentais, entre outros. Embora a opção por quaisquer destes critérios esteja relacionada ao campo dos valores, esta escolha ainda se reveste de relevância jurídica. Isso porque, no entender do presente trabalho, a eleição do parâmetro de aferição da igualdade deverá observar os ditames constitucionais sobre o assunto a ser examinado. Assim, as restrições decorrentes do tombamento deverão ser observadas sob a ótica do princípio da igualdade lido em conjunto às normas do artigo 216 da Constituição Federal (por exemplo: o princípio da preservação, o princípio da solidariedade social e a necessidade de estabelecimento de incentivos governamentais para a produção e conhecimento de bens e valores culturais). É esta leitura sistemática que impedirá a leitura do princípio da igualdade de forma arbitrária.

Sobre o caso específico do tombamento, explica Flávio de Queiroz B. Cavalcanti:

O tombamento, na maior parte das vezes, acarreta uma diminuição no valor da coisa e uma redução das faculdades inerentes à propriedade.

[...]

Em prol da coletividade, o titular sofre restrições no seu direito de propriedade e uma diminuição no seu patrimônio.

Baseada a regra de indenização pelo poder público no fracionamento dos ônus e cômodos, não vejo como escapar à conclusão de que necessário se faz o repartimento dos prejuízos sofridos. Sem isso, é de se aceitar que apenas sobre o titular do bem tombado recaia o ônus de arcar com o ônus coletivo de preservar o bem, o que se choca, frontalmente, com o princípio da solidariedade social norteador da responsabilidade civil do Estado.

Não há norma jurídica positiva ou princípio exigente de um sacrifício individual em benefício da coletividade sem correspondente compensação. Antes, ao contrário, “os princípios tutelares da propriedade não são incompatíveis com a indenização ao dano, se o ato de tombamento lhe trazer um prejuízo, desde que autorize a verificação de uma relação de causalidade entre esta atividade administrativa e o dano sofrido”.⁶³²

631 HARADA, Kiyoshi. *Direito urbanístico: Estatuto da Cidade - Plano Diretor Estratégico*. São Paulo: NJD, 2005, p. 25-26.

632 CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. Tombamento e dever do estado de indenizar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 709, nov. 1995, p. 39-40.

O princípio da igualdade perante os encargos públicos, pois, também pode ser utilizado como guia para a interpretação da configuração de responsabilidade do Poder Público em casos de tombamento, desde que esse ato tenha acarretado danos ao particular cuja propriedade foi atingida.

Maria Coeli Simões Pires também salienta que a relação entre tombamento e indenização somente pode ser verificada no caso concreto (porque depende da caracterização do dano), e também fundamenta eventual indenização no princípio da igualdade perante os encargos públicos:

Se a Constituição Federal prescreveu a desapropriação como instrumento utilizável pelo Estado para garantir a efetividade dos direitos sociais, com toda razão facultase ao Poder Público sujeitar o interesse de particulares a institutos mais brandos, que não extingam a propriedade, mas apenas estabeleçam limites ou sacrifícios parciais. [...]

Nessa ordem de idéias, é necessário refletir sobre a seguinte indagação: Se a desapropriação enseja sempre direito à indenização por parte do proprietário atingido pelo *jus imperium*, por que institutos congêneres não o ensejariam, na hipótese de verificar-se real prejuízo para o titular do direito individual cerceado e nos limites daquele?

O princípio da função social não pode converter-se em expressão que sirva de panacéia, abrigando toda sorte de interesses em detrimento do direito igualmente constitucional de propriedade e justificando até o confisco.

Ora, a limitação da propriedade é que é excepcional. [...]

A função social justifica a servidão do tombamento ou até a desapropriação; não pode fazer desaparecer, porém, o direito à indenização, no primeiro caso, se se reconhecer prejuízo real, e, no segundo, de qualquer modo, porque se negou a própria essência da propriedade. Em ambas as situações, a indenização corresponde à distribuição equânime do ônus da preservação cultural, dentro do princípio da solidariedade social.⁶³³

O princípio em questão, desta forma, orienta grande parte dos casos de danos decorrentes do tombamento de bens privados, já que, em tais situações, será necessário examinar os prejuízos sofridos em face do benefício coletivo decorrente da proteção ao patrimônio cultural. Dos três aspectos do princípio da igualdade ora expostos, esse é o principal norte do tema do presente trabalho.

e.3) Igualdade de Oportunidades

633 PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 261. Grifos no original.

A igualdade de oportunidades está profundamente relacionada à igualdade material (e às correspondentes desigualdades materiais), e demanda sejam eliminadas as desigualdades existentes no mundo dos fatos para garantir a isonomia jurídica:

A igualdade perante a lei e através da lei, controlável apenas no seu momento inequivocadamente patológico - o arbítrio legislativo -, despreza a função social da igualdade. Noutros termos, porventura mais correctos: a igualdade da lei, executada ou completada pela igual aplicação da lei, revela-se mais apropriada para conservar juridicamente as desigualdades fácticas do que para as alterar. Isto quer dizer que a *Chancengerechtigkeit* - a igualdade como “justiça de oportunidades” - não é a mesma coisa que *Chancengleichheit* - “igualdade de oportunidades”. Esta pressupõe que se eliminem as desigualdades fácticas (sociais, económicas, culturais) para se assegurar a igualdade jurídica.⁶³⁴

A igualdade de oportunidades, nos moldes expostos no presente trabalho, é abordada em especial pelo direito alemão e pelo direito português, mas fora do contexto da responsabilidade estatal por atos lícitos (anteriormente estudada em tópico próprio). No entanto, pode ser observável esta ótica para tal matéria, tendo em vista que a responsabilização do Estado recomporá o prejudicado, sanando desigualdade material:

O princípio da igualdade, mesmo quando encarado sob o ponto de vista jurídico, não legitima o entendimento da função das leis estaduais num sentido exclusivamente normativo (*função normativa*): igual tratamento do igual. *A função de impulso e a natureza dirigente do princípio da igualdade* aponta para as leis como um *meio de aperfeiçoamento da igualdade* através da eliminação das desigualdades fácticas. Poderá dizer-se que quando a constituição se limita a consagrar, sem mais, o princípio da igualdade, o legislador dispõe de completa liberdade de conformação quanto ao processo, ritmo e forma de aperfeiçoamento de igualdade, estando apenas negativamente vinculado pela proibição do arbítrio (*função normativa do princípio*). [...] Sobre a forma de assegurar a igualdade de “chances” ou eliminar a desigualdade social decide politicamente o legislador, sem que a isso possa ser normativamente obrigado. Essa argumentação deixa, porém, de ser correcta, nos casos em que a “igualdade jurídico-constitucional” aparece conexas não só com imposições constitucionais dirigidas à efectivação legislativa da igualdade de oportunidades, mas também com determinantes constitucionais materiais, positivamente vinculantes do legislador.⁶³⁵

O contexto em questão relaciona-se a uma política de justiça social, por propiciar igualdade de condições de vida e de dignidade social:

Como já atrás se referiu (cf. *supra*), o princípio da igualdade é não apenas um

634 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Almedina, 2001, p. 382. Grifos no original.

635 *Ibidem*, p. 383-384. Grifos no original.

princípio de Estado social. Independentemente do problema da distinção entre “igualdade fática” e “igualdade jurídica” [...], o princípio da igualdade pode e deve considerar-se um **princípio de justiça social**. Assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades (*Equality of opportunity*) e de condições reais de vida. [...]

Esta igualdade conexas-se, por um lado, com uma política de “justiça social” e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais. Por outro, ela é inerente à própria ideia de *igual dignidade social* (e de igual dignidade da pessoa humana) consagrada no artigo 13.º/2 que, deste modo, funciona não apenas com fundamento atropológico-axiológico contra *discriminações*, objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão).⁶³⁶

Refere-se, portanto, à necessidade de a legislação e o Poder Público de garantirem igualdade de condições de partida e de corrigir as desigualdades de fato entre os particulares⁶³⁷. Assim, se o Legislador prevê diferenças de tratamento entre particulares (efetuando diferenciações, por exemplo, entre áreas de interesse de preservação cultural em um plano diretor), ou a Administração Pública as propicia (por exemplo, através da expedição de um “habite-se”), os particulares atingidos por tais atos não estarão em igualdade de condições (que é uma desigualdade fática), de maneira que, caso a caso, deverão ser verificadas a intensidade e a gravidade da intervenção, para fins de constatar a existência, no caso concreto, de dano aos administrados.

De acordo com Fernando Alves Correia, uma violação ao princípio da igualdade de oportunidades, no âmbito da realização de um plano urbanístico, não enseja a invalidade do ato, em face de ser próprio do plano a imposição de desigualdades de oportunidades. Ao reverso, defende que:

... o significado jurídico do princípio da igualdade em relação ao tipo de prescrições do plano que estamos a considerar terá de ser necessariamente diferente dos referidos anteriormente. Não confere aos particulares desfavorecidos pelas determinações do plano um direito de impugnar judicialmente a sua invalidade, nem de exigir o pagamento de uma indemnização, apenas impõe ao legislador que consagre *mecanismos* ou *instrumentos* adjacentes ao plano que visem corrigir as desigualdades de tratamento. A sua força jurídica traduz-se numa *directiva* ao legislador ou numa *imposição legiferante* para que lance mão de medidas de *perequação* dos beneficiários e danos decorrentes do plano entre os vários proprietários por ele abrangidos. O princípio da igualdade deve constituir para o legislador uma preocupação fundamental em repartir o mais possível igualmente os benefícios e danos emergentes do plano entre os diferentes proprietários.

636 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 430-431. Grifos no original.

637 CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 463.

[...] Se o legislador não criar as medidas indispensáveis para tornar efectivo um sistema de *repartição igual* dos benefícios e encargos derivados do plano urbanístico pelos vários proprietários dos imóveis, poderá incorrer numa inconstitucionalidade por omissão (art. 283º da Constituição).⁶³⁸

Assim, a violação do princípio da igualdade, no que tange à igualdade de oportunidades, se não corrigida pelo próprio legislador, poderá incorrer em inconstitucionalidade por omissão, não gerando pretensão indenizatória (exceto se também violados outros aspectos da igualdade). Isso porque a regulação da propriedade, que inclui não apenas o plano diretor, mas também, por exemplo, a regulamentação genérica do tombamento ou do zoneamento, já pressupõe e trabalha com a ideia de desigualdade no campo dos fatos (ressalvada a questão já exposta acerca da responsabilidade pelo custeio da restauração de imóveis protegidos). Perspectiva contrária impediria qualquer restrição legal à propriedade, o que vai de encontro ao princípio da função social da propriedade, prevista no artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal. Caberia ao legislador propiciar outros instrumentos legais para compensar estas desigualdades, como, por exemplo, a Lei de Incentivo à Cultura (“Lei Rouanet”, Lei nº 8.313/1991), que permite desconto no Imposto de Renda das pessoas físicas e jurídicas para investimentos em projetos culturais (embora não resolva a situação dos imóveis particulares tombados que não são abertos ao público, tais quais aqueles com fins de moradia). Este também é o posicionamento do presente trabalho, tendo em vista o princípio da função social da propriedade e a autorização constitucional para a regulamentação da propriedade.

É neste sentido, ainda, que pode ser interpretado o seguinte ensinamento de Bruno Miragem:

No caso do direito à indenização, é fora de dúvida que a garantia do proprietário de, na hipótese de lhe ser retirado o conteúdo econômico do seu direito, fazer jus à respectiva compensação deve ser interpretada em conformidade com o significado da propriedade que indica o Código Civil. E, nesse caso, vai exigir do intérprete uma postura científica própria para identificar, entre os condicionamentos impostos pela Constituição e pela legislação ordinária que lhe fundamenta, o que representará restrição ao direito – indenizável na forma da lei – e o que consistirá em simples imposição de dever jurídico, à luz do disposto no artigo 1.228, §1o, do Código Civil. Nesse último caso, uma vez que se tratam de deveres inerentes ao exercício do direito de propriedade, não destacam/afetam seu conteúdo e, portanto, serão

638 CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 465-466. Grifos no original.

insuscetíveis de indenização.⁶³⁹

Ressalva-se, entretanto, que, se visualizado desrespeito aos demais aspectos do princípio da igualdade (a proibição ao tratamento arbitrário e a igualdade perante os encargos públicos), poderá surgir a pretensão indenizatória, pois o exame do mencionado princípio é efetuado em *camadas*:

Em conclusão, poderemos afirmar que o princípio da igualdade apresenta em relação ao plano urbanístico uma relevância jurídica *tridimensional*. A sua força vinculativa, não é, porém, uniforme nas três dimensões: descrece à medida que caminhamos do *núcleo* de sentido para a sua periferia ou para as suas ramificações. A sua densidade vinculativa é especialmente elevada no domínio da *proibição do arbítrio*, já que atribui ao particular um direito de impugnação contenciosa da validade das disposições do plano. É ainda acentuada no âmbito das medidas expropriativas, dado que fundamenta um direito de indemnização. E esbate-se no contexto das medidas não expropriativas do plano, uma vez que não constitui fundamento directo de pretensões accionáveis perante os tribunais. O princípio da igualdade apresenta nos dois primeiros domínios uma *dimensão* ou um *conteúdo subjectivos*, pois está na forma de impugnação contenciosa da validade das disposições do plano, quer na forma de exigência de uma indemnização pelos *sacrifícios patrimoniais* especialmente gravosos. No terceiro domínio, porém, a sua relevância jurídica é sobretudo *objectivo-programática*, cujo significado principal é o de impor ao legislador a criação de instrumentos, mecanismos ou técnicas correctoras das desigualdades de tratamento do plano urbanístico, não legitimando qualquer recurso tendente à declaração de invalidade das disposições do plano ou acção jurisdicional de indemnização.⁶⁴⁰

O posicionamento em questão baseia-se no exame do *conteúdo essencial* do direito de propriedade, tal qual o procedimento previsto na doutrina alemã, e impõe o exame das gradações da interferência à propriedade: do mais gravoso (tratamento desigual arbitrário), passando ao de média gravidade (violação à igualdade perante os encargos públicos) para chegar ao mais brando (desrespeito à igualdade de oportunidades). A protecção de um conteúdo dos direitos fundamentais (dentre eles, a igualdade de tratamento) é uma parte da máxima da proporcionalidade (que também já foi mencionada no presente trabalho), segundo a Teoria Absoluta, conforme exposto por Robert Alexy:

Já, segundo a teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma.
[...] [A] garantia de conteúdo essencial, prevista no art. 19, § 2º, da Constituição alemã, não cria, em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite

639 MIRAGEM, Bruno. O artigo 1.228 do Código Civil e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 168, out./dez. 2005, p. 114.

640 CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 467-468. Grifos no original.

adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais. Visto que ela é equivalente a uma parte da proporcionalidade, fornece a ela mais uma razão a favor da vigência dessa máxima.⁶⁴¹

A proporcionalidade, portanto, deve ser observada para fins de estabelecer a gradação da intervenção do Estado na propriedade privada, em relação ao princípio da igualdade. Essa teoria pode ser adotada no Direito brasileiro, já que, no caso de conflito entre previsões constitucionais, o núcleo essencial dos direitos pode ser identificado com as próprias cláusulas pétreas, conforme o artigo 60, §4º, da Constituição Federal:

Artigo 60. [...] §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.⁶⁴²

Tecidos tais comentários de caráter amplo, passa-se ao exame das peculiaridades e problemas atinentes ao tombamento.

f) O Princípio da Igualdade e o Tombamento

Ulrich Scheuner explicita que o princípio da igualdade possui relação direta com a desapropriação clássica:

A relação entre propriedade e princípio da igualdade é de importância capital. Veremos ainda que o conceito de desapropriação só pode ser desenvolvido a partir da ideia da igualdade dos cidadãos, de sua participação igual nos encargos do Estado. No entanto, a partir do princípio da igualdade também resultam parâmetros para a interpretação do conceito de “bem-estar coletivo” no artigo 14, parágrafo 3. Consta no artigo 3, parágrafo 3, a proibição a toda e qualquer discriminação a diferentes grupos sociais, políticos ou nacionalidades. Portanto, deve ser considerado inadmissível diferenciar a proteção à propriedade segundo as formas de propriedade ou os titulares dos direitos. [...] Da igualdade também emana uma luz – e aí reside principalmente seu significado para o conceito de desapropriação, para o qual Stödter já dela se utilizou e a jurisprudência mais recente já a emprega novamente – sobre a delimitação entre a restrição admissível à propriedade e a

641 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. Trad. Luís Afonso Heck, p. 298-301.

642 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

intervenção isolada de desapropriação. Do princípio da igualdade também resulta o princípio de compensação devido à intervenção isolada no âmbito individual. Pois nele está contido o conceito ainda não compreendido e desenvolvido em todo o seu verdadeiro significado no direito alemão da igualdade de responsabilidade dos cidadãos, do qual resulta a transferência para a coletividade do ônus do sacrifício especial imposto ao indivíduo pela ação do governo.⁶⁴³

Maria Coeli Simões Pires explica de forma similar, mas acrescenta que há restrições que não possuem cunho desapropriatório:

A desapropriação, importando na ampliação da propriedade pública, deve ser assumida como encargo de todos, mediante indenização sustentada pelo princípio da solidariedade social. Se a situação for de restrição a direito com afetação significativa do equilíbrio dominial, a eventual compensação ao proprietário por perda efetiva parcial decorrente de gravame direto do conteúdo patrimonial, conquanto hoje enquadrável no sistema de indenização geral, haverá de ser pensada como ônus do conjunto das propriedades, e não dos contribuintes em geral, afastando-se a antiga e falsa noção de que a todos eles cabe assumir os encargos. Ora, nem todos são proprietários.⁶⁴⁴

Ainda assim, Joaquim de Almeida Baptista distingue entre limitações a serem suportadas por todos os indivíduos em igual medida (que seriam gratuitas) e restrições que atingem somente um grupo ou um indivíduo de forma grave e especial (que podem ser indenizadas)⁶⁴⁵. Não é necessário, pois, que as medidas estatais possuam natureza expropriativa para indicarem a existência de um sacrifício especial para acarretarem responsabilidade do Estado. Os princípios próprios da desapropriação são mais restritivos em relação aos danos sofridos pelos particulares, especialmente por pressupor a perda do direito de propriedade. O princípio da igualdade, no campo da responsabilidade da Administração

643 Tradução livre de: “Von großer Wichtigkeit ist die Verbindung des Eigentums mit dem *Gleichheitssatz*. Wir werden noch sehen, daß der Begriff der Enteignung nur vom Gedanken der Gleichheit der Staatsbürger, ihrer gleichmäßigen Beteiligung an den Lasten des Staates her entwickelt werden kann. Aus dem Gleichheitssatz ergeben sich aber auch Anhaltspunkte für die Auslegung des Begriffes “Allgemeinwohl” in Art. 14 Abs. 3. In Art. 3 Abs. 3 ist jede Diskriminierung bestimmter sozialer, politischer oder nationaler Gruppen untersagt. Es ist daher als unzulässig anzusehen, den Schutz des Eigentums nach den Formen des Eigentums oder den Trägern der Rechte zu differenzieren. [...] Von der Gleichheit fällt auch ein Licht - darin besteht vor allem ihre Bedeutung für den Enteignungsbegriff, für den sie schon *Stödter* herangezogen hat und die neuere Rechtsprechung sie wieder verwertet - auf die Abgrenzung zwischen der zulässigen Eigentumsbeschränkung und dem enteignenden Sondereingriff. Aus dem Gleichheitssatz ergibt sich auch das Prinzip des Ausgleichs für den besonderen Eingriff in den individuellen Rechtskreis. Denn in ihm ist der im deutschen Recht noch nicht in seiner wirklichen Bedeutung erkannte und entfaltete Begriff der *Lastengleichheit der Staatsbürger* enthalten aus dem die Überbürdung des dem einzelnen durch staatliche Handlung auferlegten Sonderopfers auf die Allgemeinheit sich ergibt.”, em SCHEUNER, Ulrich. *Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung*. In REINHARDT, Rudolf; SCHEUNER, Ulrich. *Verfassungsschutz des Eigentums*. Tübingen: Mohr, 1954. p. 72-74. Grifos no original.

644 PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Urbanístico, meio ambiente e patrimônio cultural. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 151, jul./set. 2001, p. 219.

645 BAPTISTA, Joaquim de Almeida. *Das servidões administrativas*: comentários, legislação, jurisprudência. São Paulo: Iglu, 2002, p. 53.

Pública, possui caráter mais amplo:

... a violação do princípio da igualdade de tratamento não é exclusiva das medidas de índole expropriativa do plano, manifesta-se também nas prescrições que afectam desigualmente os proprietários e que estão compreendidas no âmbito da função, obrigação ou vinculação social da propriedade do solo.⁶⁴⁶

O pagamento de indenização por parte do Estado pode propiciar a equiparação entre os particulares e a coletividade, pela recomposição dos danos sofridos. Além disso, é uma forma de incentivo à preservação do patrimônio cultural, pois propicia ao proprietário de bem (alvo da preservação) compartilhar com toda a sociedade (que é a destinatária de tal proteção) os custos de sua manutenção ou os relacionados à redução de seu valor de venda, dependendo do caso concreto:

... o Urbanismo é feito de limitações de ordem pública ao *uso* da propriedade particular e ao *exercício* de atividades individuais, que afetam a coexistência social. Para a ordenação da vida em sociedade, cada componente do agregado humano deve ceder parcela mínima de seus direitos, recebendo em retribuição segurança, higiene, conforto e bem-estar coletivos. Mas, como o egoísmo é da natureza humana, necessário se torna que um poder superior aos indivíduos - o Poder Público - intervenha imparcialmente na repartição dos encargos, impondo a todos, indistintamente, as restrições reclamadas pelo interesse da comunidade. Esta repartição de encargos só o Direito pode realizar, com igualdade, coercitividade e justiça. Eis o fundamento e a razão de ser das imposições de ordem urbanística. Imposições que se estendem *a todos e a tudo* que possa propiciar *o maior bem para o maior número*.⁶⁴⁷

Joaquim de Almeida Baptista também explana acerca da possibilidade ou impossibilidade de indenização nos casos de servidões administrativas, o que pode ser adotado como parâmetro inicial para aferição da possibilidade de indenizar restrições à propriedade nos casos de tombamento de bens:

Num esforço para melhor delimitar os campos de indenizabilidade, da inindenizabilidade, e da ausência de prejuízo, embora indenizável, temos que: na limitação administrativa, é gênero da restrição, de caráter gera e há uma compensação entre o bem jurídico e a sua utilização, ainda que parcial; não gera um prejuízo real ao bem jurídico atingido e não objetiva atender a obra pública ou a um bem jurídico determinado. O benefício é da comunidade e, ao mesmo tempo, privilegia-se o titular do bem. São, entre muitos exemplos, pinçando-se ao acaso, sem se esgotar a pesquisa, os recuos da frente e as laterais, decorrentes das posturas municipais (trazem um benefício patrimonial, estético de aformoseamento da

646 CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 462.

647 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 524. Grifos no original.

propriedade particular e um benefício de ordem geral para a coletividade que tem a cidade melhor arejada e ensolarada). Todos têm de suportar essa restrição de uso.

O raciocínio pode resultar de uma exata inteligência, sobre a própria natureza da limitação administrativa, com o corolário de se extrair a razão de sua indenizabilidade ou de negá-la. Com efeito, a limitação administrativa deve ter um caráter geral, no sentido de que é dirigida às posições indeterminadas do domínio (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo brasileiro*, p. 140).

Dai é que decorre a razão de sua gratuidade. Um fundamento jurídico-filosófico de solidariedade estabelece-se através da idéia de que todos os que compõem o grupo social têm o dever de suportar um sacrifício gratuito, em favor da coletividade, compensando-se que o componente deste (grupo social), por seu lado, tem um benefício direto. Se esse sacrifício deixa de ser geral para ser particular, por transgressão a um direito subjetivo, dá-se a servidão administrativa, que é indenizável (conforme Ernest Forsthoff, *Tratado de derecho administrativo*, p. 451).⁶⁴⁸

Assim, será a intensidade da intervenção, quando da realização do tombamento de um bem particular, que definirá a existência de um dano especial e anormal.

Por exemplo, o dever do Estado de vigilância sobre o bem (e o correspondente dever do proprietário ou posseiro de permitir ao Estado que ingresse em seu imóvel tombado ou inspecione seu bem móvel tombado) em nada interfere, em princípio, nos poderes próprios da propriedade, nem diminui o valor econômico do bem. Não haveria falar, em face de tais situações, de indenização. É um caso em que se pode visualizar a influência do princípio da igualdade sob a ótica da igualdade de oportunidades, pois faz parte do poder genérico do Estado de vistoriar um bem integrante do patrimônio cultural (são contornos da propriedade), o que se amolda, inclusive, à definição de “encargos” de Carlos Ari Sundfeld anteriormente exposta neste trabalho. Esse tipo de restrição deve, quando cabível, ser equacionado pela via legislativa.

Por outro lado, o dever de conservar o bem tombado está presente no artigo 19 do Decreto-Lei 25/1937, já mencionado neste trabalho:

Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

§ 1º Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.

§ 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.

§ 3º Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou

648 BAPTISTA, Joaquim de Almeida. *Das servidões administrativas*: comentários, legislação, jurisprudência. São Paulo: Iglu, 2002, p. 53. Grifos no original.

reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário.⁶⁴⁹

Assim, caso o proprietário não dispuser de meios para conservar e restaurar o seu bem tombado, pode requerer ao Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (atualmente Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN) que execute tais obras, sob as expensas da União, no prazo de seis meses. Se, dentro de tal prazo, a conservação ou restauração não forem executadas ou o bem não for desapropriado, o proprietário pode pedir seja cancelado o respectivo tombamento.

Acerca da matéria, em primeiro lugar, ainda que se admitisse que tal dispositivo legal está em acordo com a Constituição Federal de 1988, é de se destacar que, em casos concretos, podem caracterizar-se prejuízos especiais e anormais em virtude dos deveres de conservação e restauração do bem tombado, em virtude da necessidade de contratação de mão-de-obra especializada e materiais específicos⁶⁵⁰. Nessas hipóteses, se não houvesse tombamento da coisa (que impõe que esta sirva a toda a coletividade), sua manutenção e restauração seriam menos onerosas; no entanto, como o bem serve a todos, sua conservação, se mais custosa, igualmente cabe a todos (pelo menos parcialmente, tendo em vista que o imóvel é de propriedade particular). Pensamento contrário acarretaria a imposição de sacrifício anormal para o particular.

Para as situações acima mencionadas, é indiferente que o particular possua ou não possua meios para realizar as reformas e reparos, pois, em nome do princípio da igualdade, não seria possível distinguir entre pessoas apenas em razão de sua renda para estes fins, já que seu dano em comparação ao ganho da coletividade é essencialmente o mesmo. Há violação, no caso, à proibição de tratamento arbitrário.

Essa indenização, sob esta ótica, deveria ser consubstanciada não em uma indenização

649 BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 06 dez. 1937. Seção 1, p. 24056.

650 Neste sentido, exemplificativamente, é a necessidade de contratação de técnico especializado: “Face à recuperação, reforma ou obras de um imóvel ou conjunto arquitetônico antigo a ser preservado, a função do técnico especializado (engenheiro e/ou arquiteto) é extremamente importante, aproximando-se ao papel do médico”, em INSTITUTO MUNICIPAL DE ARTE E CULTURA. *Corredor cultural: como recuperar, reformar ou construir seu imóvel*. 3. ed. Rio de Janeiro: RIOARTE, 1995, p. 28.

fixa verificada no momento do tombamento⁶⁵¹, mas em um dever de repartir com o particular os ônus de cada reparo a ser realizado no imóvel. É o que ensina Hely Lopes Meirelles: “O tombamento, em princípio, não obriga a *indenização*, salvo se as condições impostas para a conservação do bem acarretam despesas extraordinárias para o proprietário”⁶⁵².

Em razão, pois, do princípio da igualdade, aliado ao princípio da proteção⁶⁵³ (previsto no §1º do artigo 216 da Constituição Federal, que deve ser observado, inclusive, pelo Poder Público), pode-se concluir que o artigo 19 do Decreto-Lei 25/1937 não foi recepcionado pela ordem constitucional de 1988, no que se refere à distinção entre proprietários com e sem condições de reparar ou reformar o bem, devendo-se, pois, verificar as ferramentas possíveis para garantir que este bem seja conservado (e, entre estas, a indenização consubstanciada na divisão entre o particular e o Poder Público das expensas de manutenção do imóvel tombado), delineando-se novas obrigações de fazer que incumbem ao proprietário e ao Poder Público.

Assim, se for comprovado pelo proprietário de bem tombado que esse ato estatal (tombamento) impôs despesas de conservação superiores àquelas as quais todos os proprietários privados (de bens não tombados) devem suportar⁶⁵⁴, o direito à reparação equivalente a essa diferença surge com base no princípio da igualdade (dimensão da igualdade perante os encargos públicos). Não obstante, esse não é o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se observa pelo Recurso Especial 97.852/PR⁶⁵⁵. No caso, citando o dispositivo legal anteriormente mencionado (artigo 19, §1º, do Decreto-Lei

651 Conforme expõe GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 63.

652 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 587. Grifos no original.

653 O princípio da proteção, por fim, é um dos cânones do direito ambiental, e pode ser aplicado ao caso da prevenção do patrimônio cultural. A referida norma pode ser delineada nestes termos: “A proteção do patrimônio cultural é uma obrigação imposta ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, por força do que dispõe a Constituição Federal em seus arts. 216, §1º, e 23, III e IV.

Dessa forma, a ação protetiva em prol do patrimônio público não se trata de mera opção ou de faculdade discricionária do Poder Público, mas sim de imposição cogente, que obriga juridicamente todos os entes federativos.”, de acordo com MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro – Doutrina – Jurisprudência – Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 24.

654 O dever de todo o proprietário de conservar seu bem imóvel pode ser depreendido do artigo 937 do Código Civil: “O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta”.

655 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. TOMBAMENTO - OBRIGAÇÃO DE REALIZAR OBRAS DE CONSERVAÇÃO - PODER PÚBLICO - PROPRIETÁRIO. Recurso Especial n. 97.852/PR. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Oca Engenharia e Empreendimentos LTDA. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 07 de abril de 1998. DJ. 08.06.1998, p. 15.

25/1937), ponderou o tribunal, na ocasião, que somente quando o proprietário do bem tombado não dispuser de recursos para efetuar as obras necessárias para a conservação do imóvel é que esta obrigação passa a ser do Poder Público, o que entendeu que não era a hipótese, pois a autora da ação era uma grande empresa de engenharia e empreendimentos, bem como por as despesas não serem elevadas.

Não houve, pois, análise da questão referente à igualdade, o que poderia conduzir a conclusão diversa quanto à responsabilidade do Poder Público. No entanto, como sequer houve ponderação no caso acerca do mencionado princípio, não há meios de auferir se, nestes, as despesas seriam elevadas em comparação ao que seria despendido se não pendesse tombamento sobre o imóvel.

Por fim, também se pode visualizar um dever de indenizar quando o tombamento acarretar diminuição no valor econômico do bem (ou seja, redução do seu valor de venda no mercado). Isso porque o ato estatal acarretou um dano ao proprietário particular (desvalorização da coisa) e um benefício à coletividade (manutenção da memória que o bem tombado evoca). Essa repartição de ônus, portanto, deve ser realizada. Essa argumentação não foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao tombamento, mas já foi empregada para justificar indenização aos particulares em razão de outras desvalorizações de seus bens em razão de uma atividade pública, como é o caso do Recurso Extraordinário 113.587-5/SP, que se refere a uma ação ordinária de indenização contra o Município de São Paulo, em virtude da construção de um viaduto que provocou poluição sonora, visual e ambiental no bem de propriedade dos autores, com a desvalorização do respectivo imóvel residencial. No caso, ponderou o Ministro Relator que é irrelevante o fato de o dano sofrido pelos autores ter sido decorrente de bom ou mau funcionamento do serviço público, em face da igualdade perante os encargos públicos (com citação, inclusive, da obra de Pierre Delvolvé, amplamente mencionada no presente estudo), e concluiu:

Parece-me indubitoso que o viaduto, cuja construção se fez por exigência do interesse público, afetou o grupo de pessoas ou o grupo de imóveis situados em frente ao mesmo viaduto. E, conforme sustentam, com propriedade os recorrentes, “mesmo que tivesse, a título de argumentação, afetado todo o bairro, não deixaria de ter afetado apenas um grupo de pessoas.” E, parece-me indubitoso, outrossim, que o

dano foi anormal, mesmo considerado o grande centro urbano onde ocorreu.⁶⁵⁶

O pensamento acima exposto, portanto, também pode ser aplicado para as desvalorizações de bens tombados (diminuição do valor este diretamente oriundo do tombamento) que não acarretem desapropriação indireta, em nome do princípio da igualdade, em especial sob o aspecto da igualdade perante os encargos públicos:

Tombamento não é confisco. É preservação de bens de interesse da coletividade imposta pelo Poder Público em benefício de todos; e, assim sendo, não podem um ou alguns particulares ser sacrificados no seu direito de propriedade sem a correspondente indenização reparatória do prejuízo ocasionado pelo tombamento.⁶⁵⁷

O mencionado doutrinador também menciona que a indenização é devida em nome do princípio da solidariedade social, “segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos em favor de todos. Se o bem-estar social exige o sacrifício de um ou de alguns, aquele ou estes devem ser indenizados pelo Estado, ou seja, pelo erário comum do povo”⁶⁵⁸.

Tendo em mente, pois, que o objetivo primordial do tombamento é a preservação do bem constricto, a oneração exclusiva do proprietário particular, quando há sacrifício de direitos, não apenas atinge o princípio da igualdade, como do mesmo modo impede a sua própria proteção, por incentivar o abandono e a destruição da coisa, como é amplamente vivenciado atualmente no Brasil⁶⁵⁹.

656 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F., 1967, art. 107. C.F./88, art. 37, par-6.. I. Recurso Extraordinário n. 113.587-5/SP. Recorrentes: José Carlos Deluca Magalhães e sua mulher. Recorrido: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 18 de fevereiro de 1992. DJ. 03.04.1992, p. 04292.

657 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 587.

658 MEIRELLES, Hely Lopes. Tombamento e indenização. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 600, p. 15-18, out. 1985, p. 17.

659 É o caso, por exemplo, do Solar de Dom Diogo de Souza, na Rua Voluntários da Pátria, em Porto Alegre, que foi demolido para evitar o tombamento, conforme explicado em MEIRA, Ana Lúcia Goelzer. *O patrimônio histórico e artístico nacional no Rio Grande do Sul no Século XXI: atribuição de valores e critérios de intervenção*. 2008. 483 f. Tese (Doutorado em Planejamento Urbano Regional) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/14319>>. Acesso em 16.07.2012, p. 240. Isso também ocorreu com a casa branca do Morro Santana, na cidade de Porto Alegre, ponto de encontro de líderes farroupilhas. O prédio foi demolido em 18 de abril de 1972, após o proprietário tomar conhecimento de decreto declaratório de utilidade pública do local, conforme CORRÊA, João Alexandre Fontoura. *Memória em ruínas: a casa branca do Morro Santana*. Porto Alegre: Dacasa, 2005, p. 57.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal, no seu artigo 216, expressou a relevância da proteção aos bens culturais. Em razão dessa necessidade de preservação, o parágrafo primeiro do mencionado artigo previu uma série de instrumentos a serem empregados pelo Poder Público: inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e outros meios de acautelamento e preservação. Embora o presente trabalho tenha focado o tombamento, foi necessário o estudo de todos esses institutos, para delimitar a intensidade das intervenções estatais na propriedade privada, em nome da proteção ao patrimônio cultural.

Os inventários objetivam a identificação e o registro dos bens culturais, sendo mais apropriados para proteger o patrimônio cultural imaterial, já que, sobre estes, não é cabível a instituição de tombamento. Não há, por ora, regulamentação infraconstitucional na esfera federal, razão pela qual os efeitos do seu descumprimento ainda não foram fixados. A doutrina, no entanto, aponta a impossibilidade de destruição, danificação ou modificação de bens inventariados. A intensidade da intervenção, pois, com base em normas legais é leve (sobretudo por não haver previsão de consequências civis para o seu desrespeito), não se visualizando, em princípio, a existência de danos específicos a um particular.

Já os registros encontram previsão no Decreto 3.551/2000, destinado à proteção de bens imateriais, e que cria o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial e o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. Os seguintes bens são inscritos em registro: os conhecimentos e práticas consolidadas no cotidiano das comunidades; os rituais e festas que marcam o trabalho, a religiosidade, o entretenimento e outras práticas da vida social, as manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas e as mercados, feiras, santuários, praças e outros espaços em que se ocorram práticas culturais coletivas. Outros bens imateriais ainda podem ser inscritos. Destarte, por estarem relacionados a bens imateriais, novamente se conclui que a interferência estatal é leve, e é difícil a visualização de danos a um particular.

A vigilância é a manifestação um dos poderes estatais quando do tombamento de bens, tendo em vista que a legislação estabelece uma permissão ao Poder Público de inspecionar a

coisa tombada. Por esse motivo, eventuais danos decorrentes da vigilância teriam a sua razão de ser, em verdade, no tombamento.

Através da desapropriação, o Estado, para alcançar a utilidade pública, priva coercitivamente um proprietário do respectivo bem, conforme procedimento legal com justa, integral e (em via de regra) prévia indenização. É, pois, a intervenção mais intensa na propriedade privada, e é manifestação do poder de império (soberania estatal) sobre todos os bens que estão no território nacional. Pode ser empregada não apenas para proteger o patrimônio cultural, mas também em casos gerais de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social. Quando o particular for privado de seus poderes da propriedade sobre o seu bem, mas o procedimento estatal não preenche os requisitos legais, restará caracterizada a desapropriação indireta, que é o apossamento ilegal de uma propriedade privada, integrando-a no patrimônio público. Alguns atos do Estado denominados formalmente de tombamento podem ser, em verdade, tecnicamente caracterizados como uma desapropriação indireta (casos em que não há discussão acerca do cabimento de indenização ao particular proprietário).

As “outras formas de acautelamento e preservação” de bens culturais são, por exemplo, o zoneamento (que é a destinação da terra por procedimento urbanístico) e o direito de preempção (que é o direito de preferência do Poder Público na aquisição de bem tombado). Essas interferências podem ser variáveis, já que a Constituição permitiu figuras abertas para a proteção do patrimônio cultural, podendo ser criadas por norma infraconstitucional.

A maior parte dos instrumentos possui pouca interferência na propriedade privada (como são as já mencionadas hipóteses de inventários e registros), não caracterizando, a princípio, danos individuais. Em outras situações (desapropriação e desapropriação indireta), a intervenção é máxima, retirando a propriedade do particular, sendo indiscutível o direito à indenização. Os efeitos das figuras acima mencionadas estão consolidados na doutrina e jurisprudência, de modo que estes não foram estudados sob a ótica do princípio da igualdade.

Contudo, o tombamento é figura intermediária, podendo ser entendido como tal o ato administrativo que reconhece o valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens. Os seus efeitos na propriedade particular nem são tão suaves a ponto de serem imperceptíveis, nem tão intensos a ponto de retirarem o domínio do proprietário. E é em face disso que diverge a doutrina sobre a sua natureza jurídica e sobre a possibilidade de o Estado indenizar o particular.

Parte da doutrina entende que o tombamento é limitação administrativa (como exposto por Sonia Rabello de Castro, por exemplo), pois sustenta que este é geral, gratuito e de ordem pública, que condiciona o exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social. Por ser gratuito, não seria passível de ser indenizado. No entanto, objeta-se que o tombamento é ato mais complexo e intenso, e sequer pode ser considerado genérico, já que é direcionado a um bem ou conjunto de bens em especial, diferentes dos demais bens públicos ou particulares, mesmo que o instituto atingisse, por exemplo, todo um bairro ou uma cidade inteira, pois, ainda assim, haveria uma delimitação do que seria tombado, em relação ao que não o é.

Outra parte da doutrina classifica o tombamento como servidão administrativa (o que é sustentado, por exemplo, Diogenes Gasparini, Celso Antônio Bandeira de Mello e Ruy Cirne Lima). A servidão administrativa, por sua vez, é uma prerrogativa da Administração Pública de onerar a propriedade privada com um direito real de natureza pública, com fundamento no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Esse ato pode ou não gerar indenização (já que pode ou não acarretar danos), razão pela qual, de acordo com alguns autores, o cabimento de indenização no tombamento somente poderia ser verificado no caso concreto. O entendimento adotado no presente trabalho é o de que o tombamento se encaixa nesta figura jurídica.

Além disso, há quem atribua ao tombamento uma índole autônoma (como é o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro), que não poderia ser moldada nem como limitação administrativa, nem como servidão administrativa. Essa classificação, no entanto, em nada indica sobre a natureza ou efeitos do tombamento, de modo que não resolve o problema da divergência anteriormente exposta.

A doutrina estuda a possibilidade de indenizar o ato de tomar bens de acordo com a natureza jurídica atribuída ao referido ato. Alguns autores não admitem em qualquer hipótese a indenização, ao passo que outros a defendem. Há, ainda, posicionamentos doutrinários intermediários, como o de Celso Antônio Bandeira de Mello, que sustenta que, se o tombamento for genérico (sobre toda uma cidade, por exemplo), não haverá indenização, ao passo que esta será possível se recair sobre apenas um bem individualizado. No presente trabalho, no entanto, sustenta-se que a questão não deveria ser analisada sob a ótica da natureza jurídica do instituto, nem pela caracterização da desapropriação indireta (já que, nesse último caso, um ato formalmente descrito como tombamento não o seria em um sentido

técnico; o ato sequer seria lícito), mas sim pela ótica da responsabilidade do Estado (no caso, decorrente de ato lícito: o tombamento), aliada ao princípio da igualdade.

A responsabilidade do Estado por ato lícito, lida em conjunto com o princípio da igualdade, já foi analisada pela doutrina estrangeira. Isso foi exposto pelo presente trabalho, ao examinar teorias de três ordenamentos jurídicos diversos: a teoria do Sacrifício Especial (tratada na Alemanha), a teoria da Igualdade Perante os Encargos Públicos (desenvolvida na França) e a teoria do Sacrifício de Direitos (estudada na Itália), tomando-se, em especial, os ensinamentos de Hartmut Maurer, Pierre Delvolvé e Renato Alessi.

Na Alemanha, a Teoria do Sacrifício Especial evoluiu a partir da ideia de desapropriação, reconhecendo-se que, em alguns casos de intervenção estatal, há um sacrifício especial. O Tribunal de Justiça Federal da Alemanha desenvolveu, inicialmente, cinco figuras distintas nascidas da intervenção do Estado na propriedade privada: a desapropriação clássica (retirada da propriedade mediante justa e prévia indenização), a desapropriação obrigada à indenização (proprietário do bem alvo da restrição é afetado de modo especial, o que impõe o pagamento de indenização), a intervenção igual à desapropriação (violação à propriedade de forma ilícita, causando danos), e a intervenção desapropriadora (efeitos inesperados da desapropriação, interferências secundárias na propriedade). Contudo, no ano de 1981, o Tribunal Constitucional Federal modificou esse entendimento, ao decidir que não há falar em deferimento de indenização pela via judicial se essa possibilidade não foi prevista na norma desapropriadora (em nome da separação de Poderes e reserva legal), de maneira que eventuais intervenções ilícitas na propriedade privada deverão ser anuladas (caso da resolução de abolição de saibro que afeta a água subterrânea). Em face dessa circunstância, o Tribunal de Justiça Federal passou a diferenciar entre determinação de conteúdo obrigada à compensação (limitações à propriedade resultantes da sua própria regulamentação; indenização devida apenas quando prevista em lei), intervenção igual à desapropriação (posteriormente a 1981 somente de forma excepcional, quando houver omissão qualificada da Administração Pública) e intervenção desapropriadora (residual, referente a danos causais ou decorrentes de acidentes). Esse entendimento, atualmente restritivo quanto às indenizações decorrentes de atos lícitos, refletiu-se no caso eleito para estudo (*BVerfGE* 100, 226), o que termina por não promover adequadamente a proteção do patrimônio cultural. Mas seu estudo é relevante, para fins de compreender as razões pelas quais a teoria alemã não poderia ser totalmente importada à realidade brasileira.

Por outro lado, na França, a Teoria da Igualdade Perante os Encargos Públicos é fruto de criação jurisprudencial, desenvolvida em razão da insuficiência da Teoria do Risco para explicar a responsabilidade estatal por danos lícitos causados a particulares. A teoria parte do princípio da igualdade perante os encargos públicos, que tem valor jurídico de princípio geral do direito (e, portanto, não precisa ser expressamente positivado), e exige que a alocação de encargos aos indivíduos seja igualitária. Isso se verifica a partir do exame do dano, que deve ser anormal (de gravidade considerável) e especial (pessoa ou pessoas atingidas devem ser identificáveis). São “encargos públicos” todas as contribuições e imposições que a coletividade impõe aos particulares, para os fins de angariar recursos para sustentar a comunidade (como, por exemplo, os impostos e, no campo da responsabilidade do Estado, os danos oriundos voluntária ou involuntariamente dos atos da Administração Pública). Para o exame do conteúdo da igualdade (a que os encargos públicos estão submetidos), estudam a doutrina e jurisprudência francesas e alocação e a intensidade da imposição; a proporcionalidade (princípio da proporcionalidade) da intervenção; e a particularidade e a generalidade da intervenção. A partir dessa teoria, é possível a responsabilização do Estado em razão de atos legislativos (em casos excepcionais), convenções internacionais, atos administrativos regulares e pela inexecução (lícita) de decisões judiciais. É uma ideia que abrange, portanto, todos os Poderes do Estado. O caso escolhido para análise (C.E. Nº 79367 90410, de 20 de janeiro de 1989) evidencia essa tendência, tendo em vista que foi deferida indenização pela privação de uso de bem que fora temporariamente ocupado para a execução de escavação de vestígios arqueológicos protegidos por lei, em nome do princípio da igualdade. Ao reverso do entendimento alemão, a jurisprudência francesa orienta-se no sentido de que a indenização (para compensar danos decorrentes de atividade estatal lícita) não necessita de previsão na norma que limita a propriedade privada; é suficiente que não exista vedação legal para sua concessão. É a teoria que melhor se adapta à realidade brasileira, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal não possui entendimento similar ao do Tribunal Constitucional alemão (relativo à indenização precisar estar prevista em lei), bem como em razão de a igualdade perante os encargos públicos já ter sido citada (e entendida como aplicável) pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

A teoria desenvolvida na Itália (Sacrifício de Direitos), que lá coexiste com outras ideias (como, por exemplo, a Teoria dos Interesses Legítimos), afasta-se da responsabilidade do Estado por atos ilícitos (em analogia à responsabilidade civil) por não pressupor a conduta

estatal dolosa ou culposa, e se propõe a conciliar a supremacia do interesse público (que impõe a limitação de direitos privados) e a existência de direitos subjetivos privados, equilibrando-os. É similar à teoria estudada na Alemanha, de modo que o sacrifício pressupõe uma restrição a um direito individualmente identificável, e não abstratamente considerado (o que seria mera limitação não indenizável, pois geral). Ele pode ser total (como na desapropriação ou na destruição de bens) ou parcial (em razão de duração temporal ou de extensão). O caso eleito para análise (CC, Sentença 179/1999) é relevante para fins de apurar os limites de restrições que a propriedade privada pode sofrer, sem que tal se caracterize como sacrifício (pois o sacrifício indenizável pressupõe a regularidade do ato interventor). A relevância do estudo da doutrina italiana justificou-se, em especial, em razão de três circunstâncias: em primeiro lugar, a Corte Constitucional italiana não possui entendimento similar à alemã, no sentido de que a é necessária previsão de indenização na norma limitadora de direitos (o que se coaduna com a visão brasileira do assunto); a compensação é devida em razão de princípio geral do direito (justiça distributiva) e na previsão constitucional geral de indenização na hipótese de desapropriação. Em segundo lugar, porque a diferenciação de indenização e ressarcimento nasceu e é tratada na Itália, e o seu estudo permite entender o motivo de essa diferença não existir no contexto brasileiro. Isso porque, por último, no Brasil não se diferenciam direitos subjetivos de interesses legítimos (pois, no Brasil, entende-se que o particular tem direitos frente ao Estado, e não meros “interesses”). Esse estudo é relevante, pois, para fins de contextualização e de diferenciação de conceitos.

Foi a partir das teorias estrangeiras que a doutrina e jurisprudência brasileiras explicaram a responsabilidade estatal por atos lícitos, em especial com o emprego da ideia de desapropriação. Contudo, e em especial no caso do tombamento de bens privados, raramente o estudo se foca na previsão geral de responsabilidade do Estado do artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Essa previsão, embora seja tradicionalmente associada à responsabilidade por atos ilícitos, também pode ser aplicada àquela por atos regulares, sobretudo em razão de precedentes do Supremo Tribunal Federal que se orientam nesse sentido (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 456.302-9/RR e Recurso Extraordinário 113.587-5/SP). Esses precedentes explicitam que os elementos da responsabilidade do Estado (incluindo as decorrentes de ato lícito) são: ato ou omissão estatal, dano, nexo de causalidade (entre conduta estatal e dano) e inexistência de excludentes de responsabilidade.

Quanto à conduta, o presente trabalho não contemplou as omissões do Estado, pois estas pressupõem a violação de um dever de agir, de modo que se converteriam em uma conduta ilícita. Além disso, o tombamento somente pode ser efetuado através de um ato, e não uma omissão, de modo que a conduta danosa é o próprio tombamento. Além disso, a titularidade desse ato definirá, para fins de propositura de ação judicial, quem é a pessoa jurídica a figurar no pólo passivo. No âmbito federal, os tombamentos são realizados pelo IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que é uma autarquia. Mas esse nem sempre é o caso: no Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, esse papel é desempenhado pelo IPHAE - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado do Rio Grande do Sul, e, no Município de Porto Alegre, pela Equipe do Patrimônio Histórico e Cultural - EPAH. Nesses dois casos, essas figuras não possuem personalidade jurídica própria, de modo que eventuais ações deverão ser voltadas contra o próprio Estado Membro ou Município.

O segundo elemento (dano) é o resultado de uma lesão a um interesse protegido pelo direito, sendo a medida do que será recomposto. Os bens jurídicos que podem ser protegidos pelo direito são coisas (bens que satisfazem interesses materiais de uso, gozo e disposição), prestações (ações devidas a alguém), atributos da pessoa humana (direitos da personalidade) e produtos do intelecto (relativos à propriedade intelectual ou direitos autorais). É dessa diferença de bens que nasce a distinção entre danos patrimoniais (ou materiais) e danos extrapatrimoniais (ou morais, imateriais ou não patrimoniais). No primeiro caso, são atingidos os bens econômicos integrantes do patrimônio do lesado, na forma de danos emergentes (que acarretam diminuição imediata e efetiva no patrimônio) ou lucros cessantes (que são a perda do ganho que era esperado), ao passo que, no segundo, são lesados direitos da personalidade. No presente estudo concluiu-se que os danos que podem ocorrer de um tombamento lícito são patrimoniais, seja sob a forma de danos emergentes, seja sob a forma de lucros cessantes, já que o tombamento incide sobre bens móveis ou imóveis, mas que, em princípio, não fazem parte de direitos da personalidade de um indivíduo. Esse dano, no caso da responsabilidade por atos lícitos, deve ser anormal e especial, nos termos trazidos pela doutrina francesa, e, em princípio, é reparável através de indenização.

Concluiu-se, ainda, que no Brasil não há espaço para a diferenciação entre indenização e ressarcimento (exposta, principalmente, pela doutrina italiana), já que esta residiria na juridicidade da atuação estatal: a indenização repara danos causados lícitamente e o

ressarcimento, os ocasionados de modo ilícito. Isso porque não se pode acolher a discriminação entre sacrifício de interesses (decorrentes de atos estatais lícitos) e danos que acarretam responsabilidade (oriundos de atos ilícitos por parte do Estado), pois a primeira parte do pressuposto de que, em face do Poder Público, o particular não detém direitos, mas sim “interesses legítimos”. Entende-se que esse posicionamento não está em consonância com a ordem constitucional brasileira, que reconhece uma série de direitos (e não interesses) no corpo da Carta Magna (em especial no seu Título II, intitulado “Direitos e Garantias Fundamentais”), que, se não observados, devem ser reparados.

O terceiro elemento da responsabilidade do Estado é o nexos causal entre a ação estatal e o dano sofrido pelo particular. É ele que permite saber o causador do dano. É um elemento referencial entre a conduta e o resultado, e não se relaciona à culpabilidade da ação. Há diversas teorias para explicar o nexos causal: a Teoria da Equivalência das Condições (ou da *Condictio Sine Qua Non* ou da Causalidade Naturalística), a Teoria Causa Próxima (ou da Causa Direta ou da Proximidade da Causa), a Teoria da Causalidade Eficiente e a Teoria da Causalidade Adequada. É esta última que é majoritariamente acolhida pela doutrina e jurisprudência, pois procura a condição mais adequada para a produção do dano, de modo que a adequação existirá quando for possível dizer que o dano sofrido é consequência normalmente previsível do fato em análise. Essa teoria utiliza dois critérios para verificação de qual o fato produziu o resultado danoso: um subjetivo (verificação de como o causador agiria no caso concreto) e outro objetivo (qual o comportamento que se pode esperar de um homem médio). Pode-se realizar, ainda, uma prognose retrospectiva, com base nos efeitos abstratos do fato, em comparação aos concretos, havendo duas formulações fundamentais acerca de qual a causa é adequada: a positiva (um fato é causa adequada de um evento posterior quando favoreça a produção deste) e a negativa (dizer-se o que é causa inadequada; a causalidade só fica excluída quando se trate de consequências indiferentes ao fato, estranhas ou extraordinárias). Esta última formulação é a atualmente prevalecente.

Por último, há o elemento da inexistência de excludentes de responsabilidade. Esses excludentes, em geral, acarretam a quebra do nexos causal, e são os seguintes: o caso fortuito e a força maior; o fato exclusivo da vítima; e o fato de terceiro. O caso fortuito relaciona-se à imprevisibilidade do evento danoso, ao passo que a força maior, à previsibilidade do dano. O fato exclusivo da vítima ocorre quando o evento danoso decorreu, em todo ou em parte, da atuação do próprio lesado. E o fato de terceiro é o fato antijurídico praticado por alguém

diverso do lesado e daquele de cuja responsabilização se esteja cogitando, equiparável ao caso fortuito e à força maior. No entanto, como não há tombamento decorrente de caso fortuito, força maior ou de fato de terceiro, estas figuras têm pouca aplicabilidade aos casos de responsabilidade do Estado por tombamento de bens, cingindo-se apenas à verificação de qual foi a fonte causadora do dano. Por outro lado, o fato exclusivo da vítima pode ser configurado no caso de tombamento voluntário, caso em que o ente que tombou o bem não pode ser responsabilizado por danos decorrentes apenas desse ato.

Examinados os elementos da responsabilidade, estes devem ser lidos em conjunto com o princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, sobretudo para superar a dificuldade da ausência de figura jurídica específica, diversa da desapropriação, que enseje de forma incontroversa o direito à indenização. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotlho, a responsabilidade por atos lícitos funda-se na quebra do princípio da igualdade perante os encargos públicos.

A igualdade, de um modo geral, nasce do regime democrático e se identifica com a ideia de justiça e de dignidade humana. Guarda um conceito descritivo (comparação) que é verificado no cotejo de certas características pertencentes a indivíduos ou grupos, a partir de um critério eleito. A fórmula mais conhecida é a propagada por Aristóteles, segundo a qual é necessário tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais. E, para saber quem são os iguais e os desiguais, é necessária a eleição de certos valores. Norberto Bobbio cita os seguintes critérios: “partes iguais para todos”; “partes iguais aos iguais”; “partes iguais a um grupo relativamente grande”; “igualdade proporcional”; “a cada um segundo o próprio merecimento”; “distribuições desiguais correspondentes a diferenças relevantes”; “distribuições desiguais justas”; “igualdade processual”; “regras de nivelamento”; “nivelamento da riqueza” “igualdade de oportunidades”; “igual satisfação das necessidades fundamentais”; e “a cada um segundo a capacidade”. Celso Antônio Bandeira de Mello ainda prevê a aplicação da proporcionalidade para a verificação da observância da igualdade nos casos concretos.

A previsão constitucional da igualdade (artigo 5º, *caput*, da atual Constituição) existe desde a Constituição Imperial de 1824, e, modernamente, veda tanto a interpretação em contrariedade à igualdade (igualdade *perante a lei*) quanto a realização de leis que estabeleçam desigualdade proibida (igualdade *na lei*), e tem todos os Poderes da República como destinatários. Desse texto se extrai tanto a igualdade formal quanto a igualdade

material, cuja compreensão é crucial para o entendimento da influência do mencionado princípio na responsabilização do Estado por atos lícitos, pois está presente nos estudos tradicionais sobre o assunto.

A igualdade formal (ou “perante a lei”, “de direitos”, “jurídica” ou “princípio da isonomia”) impõe o tratamento igual por parte das normas e suas interpretações, sem diferenciar grupos, igualmente exigindo ou beneficiando todos os iguais. Já a igualdade material (ou “de fato”) é a concretização da igualdade formal, ocorrendo no mundo dos fatos. Essas duas estão coordenadas entre si de forma similar à relação existente entre teoria e prática, e pode ocorrer de um ato (no caso do presente trabalho, tombamento) ocasionar diferenças materiais entre cidadãos (desigualdade material), ainda que abstratamente não seja dirigido a alguém em especial (igualdade formal). Situações similares a essa não podem ficar à margem do direito, considerando que a Constituição Federal também se orienta a diminuir as desigualdades materiais entre os indivíduos.

A igualdade material possui uma visão tripartida, considerando os graus de interferência na propriedade do patrimônio do particular, conforme Fernando Alves Correia: a proibição do tratamento arbitrário, a igualdade perante os encargos públicos e a igualdade de chances. Essa visão foi utilizada para estabelecer os fundamentos do dever de indenizar do Estado nos casos de tombamento.

A proibição do tratamento arbitrário proíbe favoritismos e perseguições, de modo que o sujeito da norma seja indeterminado e indeterminável e o traço diferenciador seja intrínseco às pessoas, coisas ou situações a sofrerem discriminação. Além disso, a regra desigualadora deve estar fundada em fatores que guardem pertinência com a desigualdade efetuada, de acordo com os valores vigentes à época. Para que uma norma ou ato não sejam considerados arbitrários, ainda, é necessário que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, apenas um indivíduo, bem como que as situações, coisas ou pessoas tratadas de forma diferente sejam efetivamente distintas entre si. Deve existir, em abstrato, uma relação lógica entre os fatores de *discrimen* e a distinção de regime jurídico em função deles. E, por fim, no caso concreto, deve existir uma razão valiosa para a existência do tratamento desigual. Essa visão do princípio da igualdade, portanto, segue a máxima da proporcionalidade, entendida como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No caso do direito brasileiro, em que pese a discussão acerca dos efeitos da constitucionalidade de normas, conclui-se, pela legislação a respeito (artigo 27 da Lei 9.868/1999), que ato ou norma

inconstitucional (inclusive decorrente de violação do princípio da igualdade) são nulos, embora os efeitos da declaração possam ser modulados.

O segundo aspecto da igualdade material é a igualdade perante os encargos públicos, estudada no direito francês. Sua ruptura pressupõe que o particular sofra um dano especial e anormal decorrente de uma ação estatal.

Para o dano ser considerado especial, este deve atingir somente alguns membros da coletividade. Diversas teorias podem explicar essa especialidade. As teorias que utilizam critérios formais são a do ato individual (*Einzelakttheorie*) e a da intervenção individual (*Einzeleingriffstheorie*), ao passo que aquelas que utilizam critérios materiais são a da dignidade da proteção (*Schutzwürdigkeitstheorie*), a da exigibilidade (*Zumutbarkeitstheorie*), a da diminuição substancial (*Substanzminderungstheorie*), a da alienação do escopo (*Zweckentfremdungstheorie*), a da utilização privada (*Privatnützlichkeitsstheorie*) e a do gozo *standard*. A teoria mais utilizada atualmente é a da intervenção individual (que define a especificidade com base no resultado, e não na forma do ato), com o auxílio daquelas que se baseiam em critérios materiais, sob uma forma de “teoria mista”.

O dano anormal, por sua vez, é aquele que possui grau de importância, ou seja, acarreta uma redução do patrimônio diversa dos inconvenientes normais da vida em sociedade. É uma qualidade a ser apreciada no caso concreto, não podendo ser encarada em modos absolutos. O traço identificador é o que incumbe normalmente ser suportado pelo particular, assim como a comparação entre a proporção entre os encargos do particular (em favor da coletividade) e os benefícios de que ele aproveita por viver em sociedade. Danos de pequena extensão não são indenizáveis, pois não podem ser considerados anormais.

A importância da igualdade perante os encargos públicos para a responsabilização do Estado é crucial, tendo em vista que, a partir dessa visão do princípio da igualdade, a indenização torna-se forma de socialização do dano. Como há vários critérios para a verificação da observância da igualdade, concluiu-se que, no caso do tombamento, as restrições deverão observar os ditames constitucionais sobre o assunto a ser examinado, ou seja, lido em conjunto com as normas do artigo 216 da Constituição Federal (por exemplo: o princípio da preservação, o princípio da solidariedade social e a necessidade de estabelecimento de incentivos governamentais para a produção e conhecimento de bens e valores culturais). É esta leitura sistemática que impedirá a leitura do princípio da igualdade de forma arbitrária. Assim, a igualdade perante os encargos públicos é guia para a

interpretação da configuração da responsabilidade do Estado no tombamento, contanto que este tenha acarretado danos ao particular proprietário.

A terceira (e última) visão da igualdade material é a igualdade de oportunidades, que se traduz na necessidade de a legislação e o Poder Público garantirem igualdade de condições de partida e de corrigir as desigualdades de fato entre os particulares. Assim, se o Legislador prevê diferenças de tratamento entre particulares, ou a Administração Pública as propicia, os particulares atingidos por tais atos não estarão em igualdade de condições (que é uma desigualdade fática), de maneira que, caso a caso, deverão ser verificadas a intensidade e a gravidade da intervenção, para fins de constatar a existência, no caso concreto, de dano aos administrados.

De acordo com Fernando Alves Correia, uma violação ao princípio da igualdade de oportunidades, no âmbito da realização de um plano urbanístico, não enseja a invalidade do ato, em face de ser próprio do plano a imposição de desigualdades de oportunidades, pois cabe ao legislador preestabelecer, na própria lei que restringe, compensações, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão. É entendimento a que também se alcançou no presente trabalho, tendo em vista que, do contrário, estariam impedidas todas as atuações do Estado sobre a propriedade privada, impossibilitando a atividade administrativa. A função social da propriedade e a autorização constitucional para a regulamentação da propriedade também justificam essa conclusão.

No entanto, se visualizado desrespeito aos demais aspectos do princípio da igualdade (a proibição ao tratamento arbitrário e a igualdade perante os encargos públicos), poderá surgir a pretensão indenizatória, pois o exame do mencionado princípio é efetuado em *camadas*, de forma a observar o *conteúdo essencial* do direito de propriedade, nos moldes da doutrina alemã, e impõe o exame das gradações da interferência à propriedade: do mais gravoso (tratamento desigual arbitrário), passando ao de média gravidade (violação à igualdade perante os encargos públicos) para chegar ao mais brando (desrespeito à igualdade de oportunidades).

No caso específico do tombamento, a indagação acerca do cunho desapropriatório somente possui relevância para fins de desapropriação indireta (de modo que, nessa hipótese, não se haveria falar tecnicamente em tombamento). Nos casos de regularidade do tombamento, não há desapropriação, tendo em vista que a propriedade do bem protegido permanece com o particular. Mas este ainda pode sofrer restrições que o atingem de modo

grave e especial, e, pela ótica restritiva da desapropriação, não seria possível a concessão indenização. Essa indenização passará a ser possível pelo emprego do princípio da igualdade e exame do grau de anormalidade e especialidade do dano.

O pagamento de indenização pelo Estado pode propiciar a equiparação entre os particulares e a coletividade, pela recomposição dos danos sofridos. Também é um modo de incentivar a preservação do patrimônio cultural, pois propicia ao proprietário de bem (alvo da preservação) compartilhar com toda a sociedade (que é a destinatária de tal proteção) os custos de sua manutenção ou os relacionados à redução de seu valor de venda, dependendo do caso concreto. O que definirá a anormalidade e a especialidade do dano será a intensidade dos efeitos do tombamento, conforme a visão tripartida da igualdade.

Quanto ao dever do Estado de vigilância sobre o bem (e o correspondente dever do proprietário ou posseiro de permitir o ingresso no imóvel ou a inspeção no móvel), este em nada interfere, em princípio, nos poderes próprios da propriedade, nem diminui o valor econômico do bem. Não haveria falar, nesse caso, de indenização, que pode ser visto sob a ótica da igualdade de oportunidades, pois faz parte do poder genérico do Estado de vistoriar um bem integrante do patrimônio cultural (são contornos da propriedade). Esse tipo de restrição deve, quando cabível, ser equacionado pela via legislativa.

Já o dever de conservar e reparar o bem tombado do artigo 19 do Decreto-Lei 25/1937 deve ser visualizado sob a atual ordem constitucional. Isso porque o proprietário somente se desincumbe desse ônus se não dispuser de meios para tanto, e notificar o Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional para que execute tais obras, sob as expensas da União, no prazo de seis meses, sob pena de possibilidade de cancelamento do respectivo tombamento. No entanto, em casos concretos, pode haver prejuízos especiais e anormais em virtude dos deveres de conservação e restauração do bem tombado, sobretudo pela necessidade de contratação de mão-de-obra especializada e materiais específicos, de modo que, se o bem não fosse tombado, sua manutenção e restauração seriam menos onerosas. Esse sacrifício ocorre independentemente da capacidade econômica do proprietário, pois, em nome do princípio da igualdade (proibição de tratamento arbitrário), não seria possível distinguir entre pessoas apenas em razão de sua renda para estes fins, já que o dano à propriedade de uma pessoa com alta renda e com baixa renda, no caso, é essencialmente o mesmo. Assim, como o bem tombado serve a todos, a todos incumbiria repartir com o particular esse dever de conservá-lo e repará-lo. Fundamentam esse dever o princípio da proteção e a igualdade

perante os encargos públicos. Conclui-se, por isso, que o artigo 19 do Decreto-Lei 25/1937 não foi recepcionado pela ordem constitucional de 1988, no que se refere à distinção entre proprietários com e sem condições de reparar ou reformar o bem. Assim, se for comprovado pelo proprietário de bem tombado que esse ato estatal (tombamento) impôs despesas de conservação superiores àquelas as quais todos os proprietários privados (de bens não tombados) devem suportar, o direito à reparação equivalente a essa diferença surge com base no princípio da igualdade.

Por fim, quando o tombamento acarretar diminuição no valor econômico do bem também se visualiza um dever de indenizar, em nome da igualdade perante os encargos públicos. Isso porque o ato estatal acarretou um dano ao proprietário particular (desvalorização da coisa) e um benefício à coletividade (manutenção da memória que o bem tombado evoca). É uma leitura similar à empregada pelo Supremo Tribunal Federal para justificar indenização aos particulares em razão de outras desvalorizações de seus bens em razão de uma atividade pública, como é o caso do Recurso Extraordinário 113.587-5/SP, no qual, inclusive, foi citado o doutrinador francês Pierre Delvolvé.

É de se levar em consideração que, como o principal objetivo do tombamento é a preservação do bem constricto, a oneração exclusiva do proprietário particular, quando há sacrifício de direitos, não somente atinge o princípio da igualdade, como do mesmo modo impede a sua própria proteção, por incentivar o abandono da coisa, como é amplamente vivenciado no Brasil. A responsabilização do Estado, nesses casos, amparada pelos artigos 5º, *caput* e 37, §6º, ambos da Constituição Federal, poderá, pois, auxiliar na busca pela preservação do patrimônio cultural, conforme imposição do artigo 216 da Lei Maior, e independentemente de previsão específica no Decreto-Lei 25/1937.

BIBLIOGRAFIA

ABERASTURY, Pedro. *Ley de la justicia administrativa alemana: análisis comparado y traducción*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2009. 206 p.

ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1955. 361 p.

ALESSI, Renato. *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*. Milano: Giuffrè, 1964. 167 p.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Trad. Luís Afonso Heck. 669 p.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. Trad. Luís Afonso Heck. 669 p.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2001. 555 p.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*. Tomo II. Campinas: Bookseller, 2001. 626 p.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005. Trad. Pietro Nassetti. 240 p.

ARISTÓTELES. *Política*. Lisboa: Vega, 1998. Trad. António Campelo Amaral e Carlos Gomes. 664 p.

ÁVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: Ponderações e Regras de Argumentação para a Interpretação Conforme a Constituição do Artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 182 p.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2009. 208 p.

BADURA, Peter. Fondamenti e sistema della responsabilità dello stato e del risarcimento pubblico nella repubblica federale di Germania. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. v. 38, fascicolo n. 2, p. 399-412.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 48 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. 1057 p.

BAPTISTA, Joaquim de Almeida. *Das servidões administrativas*: comentários, legislação, jurisprudência. São Paulo: Iglu, 2002. 1183 p.

BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos*. Obras completas de Rui Barbosa; v. 20, t. 5, 1893. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1958. 421 p.

BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos*. Obras completas de Rui Barbosa; v. 26, t. 5, 1898. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1948, 330 p.

BARTOLOMEI, Franco. *L'espropriazione nel diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1965. v. 1. 513 p.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1. Brasília: UNB, 2009. 666 p.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 96 p.

BORGES, Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um toque de direito público. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17-36.

BÜHLER, Ottmar. *La constitución alemana*: de 11 de agosto 1919. Madrid: Editorial Labor, 1931. 175 p.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 66. São Paulo: Saraiva, 2011. 1667 p.

CAMMEO, Federico. *Corso di diritto amministrativo* : ristampa con note di aggiornamento. Padova : CEDAM, 1960. 838 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 2001. 539 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*. Coimbra: Almedina, 1974. 364 p.

CARULLO, Vincenzo. *La costituzione della repubblica italiana*. Bologna: Cezare Zuffi, 1950. 530 p.

CARVALHO, Ana Luísa Soares de. Quem é o Estado na proteção do patrimônio cultural – O caso de Porto Alegre. In PRESTES, Vanêscia Buzelato (Org.). *Temas de Direito Urbano-Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. 320 p.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000. 199 p.

CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. 161 p.

CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Madrid: INAP, 1994. 381 p.

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. Tombamento e dever do estado de indenizar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 709, nov. 1995, p. 34-41.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A constituição federal comentada*. 3. ed. rev. v. 3. Rio de Janeiro : José Konfino, 1958.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 5. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2010. 588 p.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 5. ed. v. 1. Paris : Montchrestien, 1990. 971 p.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 13. ed. v. 2. Paris : Montchrestien, 1999. 775 p.

COMPARATO, Fábio Konder. Precisões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, v. 750, p. 11-19, abr. 1998.

CORRÊA, João Alexandre Fontoura. *Memória em ruínas: a casa branca do Morro Santana*. Porto Alegre: Dacasa, 2005. 100 p.

CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001. 708 p.

COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade do Estado no quadro dos problemas jurídicos resultante do planejamento. *Anais do Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*, 3, 1981, Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado e Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, 1981.

COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 202, out./dez. 1995, p. 19-42.

COUTO E SILVA, Clóvis Verissimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, v. 80, n. 667, maio 1991, p. 7-16.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980. 369 p.

CUPIS, Adriano de. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1946. 403 p.

DELAMARRE, Manuel; PARIS, Timothée. *Droit Administratif*. Paris: Ellipses, 2009. 526 p.

DELVOLVÉ, Pierre. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969. 467 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 800 p.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil - Da Responsabilidade Civil. Das Preferências e Privilégios Creditícios*. V. XIII (Arts. 927 a 965). Rio de Janeiro: Forense, 2004. 555 p.

DÖLLING, Regine (Ed.). *Conservación de monumentos en la Republica Federal de Alemania*. Munich: R. Dolling, 1982. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 127 p.

DUEZ, Paul. *Traité de droit administratif*. Paris: Dalloz, 1952. 984 p.

DUPUIS, Georges. *Droit administratif*. 9. ed. Paris: Armand Colin, 2004. 682 p.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 689 p.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. 288 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 424 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o Estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 306 p.

FLEINER, Fritz. *Les Principes Généraux de Droit Administratif Alemand*. Paris: Librairie Delagrave, 1933. 280 p.

FORGES, Jean-Michel de. *Droit administratif*. 5. ed. corr. Paris: PUF, 1998. 391 p.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. 768 p.

FRIER, Pierre-Laurent. *Précis de droit administratif*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 2004. 531 p.

GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra, Almedina, 2005. 102 p.

GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 112 p.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010. 1160 p.

GEORGIN, Charles. *Cours de droit administratif*. 17. éd. v. 2. Paris: Eyrolles, 1934. 384 p.

HARADA, Kiyoshi. *Direito urbanístico: Estatuto da Cidade - Plano Diretor Estratégico*. São Paulo: NJD, 2005. 301 p.

HUBER, Ernst Rudolf. *Wirtschaftsverwaltungsrecht*. 2. neubearb. und erweiterte Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1954. v. 2. 915 p.

INSTITUTO MUNICIPAL DE ARTE E CULTURA. *Corredor cultural: como recuperar, reformar ou construir seu imóvel*. 3. ed. Rio de Janeiro: RIOARTE, 1995. 82 p.

JEANNEAU, Benoît. *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*. Paris: Recueil Sirey, 1954. 287 p.

JELLINEK, Walter. *Verwaltungsrecht*. v. 3. Offenburg: Lehrmittel, 1948. 571 p.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. v. 3. Buenos Aires: Depalma, 1949. 556 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 226-248.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. Trad. João Baptista Machado. 149 p.

KELSEN, Hans. *O que é justiça? - A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Trad. Luís Carlos Borges. 404 p.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Trad. João Baptista Machado. 427 p.

LACHAUME, Jean-François. *Droit administratif: les grandes décisions de la jurisprudence*. 14. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007. 908 p.

LAUBADÈRE, André de. *Droit administratif spécial*. Paris: PUF, 1958. 164 p.

LEMME, Fabrizio. *Compendio di diritto dei beni culturali*. Torino: Umberto Allemandi & C., 2006.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 589 p.

LOCHAK, Danièle. *Les droits de l'homme*. Paris: Éditions La Découverte, 2002. 124 p.

LOMBARD, Martine. *Droit administratif*. 5. ed. Paris : Dalloz, 2003. 542 p.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 1092 p.

MANSO, Eduardo Vieira. Um estudo sobre a taxinomia dos danos jurídicos. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 15, n. 43, jul. 1988, p. 193-213.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 317 p.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. 1993 p.

MAURER, Hartmut. Conceito de desapropriação e garantia da propriedade. In: MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Trad. Luís Afonso Heck, p. 35-57.

MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006. Trad. Luís Afonso Heck. 955 p.

MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. t. 4. Paris: V. Giard & E. Briere, 1906.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 430 p.

MEIRA, Ana Lúcia Goelzer. *O patrimônio histórico e artístico nacional no Rio Grande do Sul no Século XXI: atribuição de valores e critérios de intervenção*. 2008. 483 f. Tese (Doutorado em Planejamento Urbano Regional) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/14319>>. Acesso em 16.07.2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 839 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 854 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. Tombamento e indenização. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 600, p. 15-18, out. 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4 ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486 p.

MENDES, Vicente de Paula. *Indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. 811 p.

MIELE, Giovanni. *Principi di diritto amministrativo*. 2. ed. v. I. Padova: CEDAM, 1960. 266 p.

MIRAGEM, Bruno. O artigo 1.228 do Código Civil e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 168, out./dez. 2005, p. 101-120.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro – Doutrina – Jurisprudência – Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 480 p.

MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003. Trad. Jean Melville. 727 p.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif: cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêt avec corrigés*. 11.éd. Paris: Montchrestien, 2009. 943 p.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif des biens*. Paris: Montchrestien, 1994. 313 p.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Le Droit Administratif Français et ses Révolutions Tranquilles. In ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito - Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35-53.

NABAIS, José Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Almedina, 2004. 148 p.

NIETO, Alejandro. Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa. *Revista de Administración Pública*, n. 38, may./ago. 1962, p. 67-124.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. 698 p.

ORLANDO, Vittorio Emanuele. *Principii di diritto amministrativo*. 2. ed. Firenze: G. Barbèra, 1903. 376 p.

PAJNO, Alessandro. Il riparto della giurisdizione. In: CASSESE, Sabino. (Org.). *Trattato di diritto amministrativo*. t. 5. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 4193-4310.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. 2. tir. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 608 p.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 722 p.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 367 p.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. 413 p.

PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Urbanístico, meio ambiente e patrimônio cultural. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 151, jul./set. 2001, p. 207-230.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1946*. v. 4. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. XXIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971

PORTANOVA, Rui. Princípio igualizador. *AJURIS*. Porto Alegre, v. 21, n. 62, nov.1994, p. 278-290.

REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da*

memória, ação e identidade do povo brasileiro. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. 179 p.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 3e. éd. Paris: Dalloz, 1965. 472 p.

RIVERO, Jean. Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français. In Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture Juridique française: 1961-1962*. Paris: Dalloz, 1965. 841 p.

ROBINEAU, Yves. *Le Conseil d'Etat*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994. 127 p.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 111, jul./set. 1991, p. 79-122.

RODRIGUES, Itiberê. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito - Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54-89.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 34. ed. atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. 354 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2003. 128 p.

SANTOS, Tânia Maria dos. *O direito à cultura na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. 143 p.

SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. Napoli: Jovene, 1966. 841 p.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 268-292.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français: civil, administratif, professionnel, procédural*. 2. ed. Paris: Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

SCHEUNER, Ulrich. Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung. In REINHARDT, Rudolf; SCHEUNER, Ulrich. *Verfassungsschutz des Eigentums*. Tübingen: Mohr, 1954. p. 63-156.

SCHMITT, Carl. *Dottrina della costituzione*. Milano: Giuffrè, 1984. Trad. Antonio Caracciolo. 537p.

SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009. 642 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. 928 p.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010. 470 p.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. ampl. atual. Curitiba: Juruá, 2008. 178 p.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993. 128 p.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.211, jan./mar.1998, p. 241-269.

TESAURO, Alfonso. *Istituzioni di diritto pubblico – II – Il Diritto Amministrativo*. Torino: UTET, 1961. 800 p.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachin. *Direito Tributário (Steuerrecht)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. I. Trad. Luiz Dória Furquim. 765 p.

TORELLY, Paulo Peretti. O princípio da isonomia (igualdade jurídica). *Direitos fundamentais & justiça*. Porto Alegre, v.2, n.3, abr./jun. 2008, p. 215-247.

VALENTE, Edoardo; RECCIA, Giovanni; DE ROCCHIS, Massimo. *La circolazione dei beni*

culturali: manuale aggiornato con i Decreti Legislativi 26 marzo 2008, nn. 62 e 63. Firenze: Polistampa, 2008. 295 p.

VITTA, Heraldo Garcia. Tombamento: uma análise crítica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 31, jul./set. 2000, p. 166-188.

WALINE, Marcel. *Manuel élémentaire de droit administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1936. 688 p.

WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. 6. ed. Paris: Recueil Sirey, 1952. 641 p.

WEIL, Prosper. *Derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1986. 188 p.

WOLFF, Hans Julius. *Verwaltungsrecht*: Band 1, ein Studienbuch. 11., neubearb. Aufl. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999. 711 p.

DECISÕES JUDICIAIS CITADAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F., 1967, art. 107. C.F./88, art. 37, par-6.. I. Recurso Extraordinário n. 113.587-5/SP. Recorrentes: José Carlos Deluca Magalhães e sua mulher. Recorrido: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 18 de fevereiro de 1992. DJ. 03.04.1992, p. 04292.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. Recurso Extraordinário n. 369.820-6/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Maria Anísia Hauschild. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 04 de novembro de 2003. DJ. 27.02.2004, p. 00038.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. I. Responsabilidade civil do Estado: reparação de danos morais e materiais decorrentes de parada cardiorrespiratória durante cirurgia realizada em hospital público. Recurso extraordinário: descabimento. Recurso Extraordinário n. 456.302-9/RR. Agravante: Estado de Roraima. Agravada: Maria da Guia Santos Lima. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 06 de fevereiro de 2007. DJ 16.03.3007, p. 00029.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMÓVEL TOMBADO PELA UNIÃO. DESAPROPRIAÇÃO DO MESMO BEM PELO MUNICÍPIO, COM IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. DESISTÊNCIA DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS. Recurso Extraordinário n. 168.917-0/RJ. Recorrente: Espólio de Giacomo Gavazzi. Recorridos: União Federal, Fundação Nacional PRO-MEMÓRIA e Município de Nova Iguaçu. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, 19 de dezembro de 1996. DJ. 06.06.1997, p. 24882 e Revista dos Tribunais, v. 744, out. 1997, p. 152-160.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. O tombamento quando importar esvaziamento do valor econômico da propriedade impõe ao Estado o dever de indenizar. Agravo de Instrumento n. 127.174/SP. Agravante: Estado de São Paulo. Agravada: Mauris Ilia Klabin Warchavchik. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 10 de maio de 1995. DJ 31.05.1995, p. 15858 e Revista de Direito Administrativo, n. 200, abr./jun. 1995, p. 158-162.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. EMENTA: Tombamento de

bem imóvel para limitar sua destinação à atividades artístico-culturais. Preservação a ser atendida por meio de desapropriação. Não pelo emprego da modalidade do chamado tombamento de uso. Recurso da Municipalidade do qual não se conhece, porquanto não configurada a alegada contrariedade, pelo acórdão recorrido, do disposto no art. 216, § 1º, da Constituição. Recurso Extraordinário n. 219.292-1/MG. Recorrente: Secretaria Municipal de Cultura De Belo Horizonte. Recorrido: Cinemas e Teatros de Minas Gerais S/A. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 07 de dezembro de 1999. DJ. 23.06.2000, p. 00031.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – TOMBAMENTO GERAL – CIDADE DE TIRADENTES – POSSIBILIDADE – DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO BEM – PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO ARQUITETÔNICO, HISTÓRICO E CULTURAL – DESRESPEITO À NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO IPHAN – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. Recurso Especial n. 1.098.640/MG. Recorrente: Vanilce Aparecida Barbosa. Recorrido: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 09 de junho de 2009. DJe. 25.06.3009.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza 179/1999. Collegio. Rel. Renato Granatta. Roma, 12 de maio de 1999. *Gazzetta Ufficiale*, 26 de maio de 1999.

FRANÇA. Conseil d'État. Décision 79367 90410. Section du Contentieux. Rel. M. Pochard. Paris, 20 de janeiro de 1989. Disponível em: <<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&text=79367+90410&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True>>. Acesso em: 14 set. 2011.

FRANÇA. Conseil d'État. Décision 69141 80451. Section du Contentieux. Rel. M. Honorat. Paris, 07 de outubro de 1987. Disponível em: <<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&text=69141+80451&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True>>. Acesso em: 14 set. 2011.

LEGISLAÇÃO CITADA

ALEMANHA. *Código civil alemão*. Trad. Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960. 396 p.

ALEMANHA. *Gesetz zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler (Denkmalschutzgesetz - DSchG)*. München: Bayerische Rechtssammlung IV, 354, 1973.

BRASIL. *Código Civil*: lei nº 3.071, de 1º-1-1916. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 1888 p.

BRASIL. Código Civil: lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Edição 08, Seção 1, p. 01.

BRASIL. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 863 p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 06 dez. 1937. Seção 1, p. 24056.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Seção 1, p. 01.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jul. 2001. Edição 133, Seção 1, p. 01.

ITÁLIA. Lei de 17 de agosto 1942, n. 1150. *Gazzetta Ufficiale*, Poder Legislativo, Roma, n. 244, 16 de outubro de 1942.

ITÁLIA. Lei de 19 de novembro de 1968, n. 1187. *Gazzetta Ufficiale*, Poder Legislativo, Roma, n. 304 de 30 de novembro de 1968.