

ano 25 – n. 101 | julho/setembro – 2025
Belo Horizonte | p. 1-282 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v25i101
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM
CONHECIMENTO

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)-. – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Thaynara Faleiro Malta

Assistente editorial: Luisa Freitas

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Revisão: Aline Almeida

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- LatIndex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Servidões administrativas revisitadas: proposta de uma reelaboração conceitual

Administrative Easements Revisited: A Proposal for a Conceptual Reframing

Ricardo Marcondes Martins*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)
rmmartins@pucsp.br
<https://orcid.org/0000-0002-4161-9390>

Recebido/Received: 28.02.2025 / 28 February 2025

Aprovado/Approved: 19.08.2025 / 19 August 2025

Resumo: Este estudo teve por objeto a revisão do conceito doutrinário de servidão administrativa tendo em vista duas premissas teóricas: o conceito elaborado no direito privado quando aplicado ao direito público sofre uma mutação de significado; conceitos jurídico-positivos só são úteis quando sintetizam um regime jurídico específico. A exigência de dois prédios viola o primeiro pressuposto. A admissibilidade de servidões não indenizáveis viola o segundo. Adotado o método analítico, concluiu-se que as servidões administrativas são sacrifícios do direito de propriedade mediante a compressão anormal das faculdades do proprietário, previamente indenizáveis. Não se confundem com a desapropriação, sacrifícios que extinguem o direito de propriedade, nem como a requisição, sacrifício indenizável ulteriormente.

Palavras-chave: Direito fundamental de propriedade. Servidão administrativa. Requisição administrativa. Sacrifícios e limitações do direito de propriedade. Desapropriação.

Abstract: This study aims to revise the doctrinal concept of 'servidão administrativa' (administrative easement) based on two theoretical premises: first, that a concept developed within private law undergoes a change in meaning when transposed into public law; and second, that legal-positivist concepts are only useful insofar as they synthesize a specific legal regime. The requirement of two distinct properties violates the first premise. The admissibility of non-compensable easements contradicts the second. Applying the analytical method, the study concludes that administrative easements are sacrifices imposed on property rights through the abnormal restriction of the owner's faculties, with prior compensation. They are not to be confused with expropriation, which extinguishes ownership rights, nor with requisition, which constitutes a compensable sacrifice, albeit subject to subsequent indemnification.

Como citar este artigo/How to cite this article: MARTINS, Ricardo Marcondes. Servidões administrativas revisitadas: proposta de uma reelaboração conceitual. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 25, n. 101, p. 89-117, jul./set. 2025. DOI: 10.21056/aec.v25i101.2137

* Professor de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil). Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Keywords: Fundamental right to property. Administrative easement. Administrative requisition. Sacrifices and limitations of the right to property. Expropriation.

Sumário: Introdução — **1** Direito fundamental de propriedade — **2** Conceito privado de servidão — **3** Conceitos de direito público x conceitos de direito privado — **4** Servidão administrativa na doutrina brasileira — **5** Conceitos jurídico-positivos e regime jurídico — **6** Nova teoria das servidões administrativas — Conclusões — Referências

Introdução

Pretende-se neste estudo realizar uma releitura das servidões administrativas, tendo em vista duas premissas fundamentais. Primeira: os conceitos jurídicos, no direito público, possuem certa autonomia em relação aos conceitos de direito privado. Isso porque o regime jurídico administrativo impõe uma releitura dos conceitos elaborados pelos privatistas. Segunda: os conceitos jurídico-positivos¹ só são pertinentes na seara jurídica caso sintetizem um regime jurídico incidente.² Ao invés de o jurista afirmar a incidência da norma “A”, “B”, “C” etc., ele faz referência ao conceito “X”, e, ao fazê-lo, reporta-se à incidência das referidas normas. Assim, o conceito jurídico-positivo se presta a ser uma síntese de certo regime jurídico específico. As elaborações doutrinárias brasileiras sobre as servidões administrativas, nos termos a seguir explicados, regra geral, desconsideram essas duas premissas. Faz-se necessário, portanto, rever a elaboração conceitual do instituto. Dito isso, eis a pretensão deste estudo: apresentar uma nova teoria sobre as servidões administrativas afinada às referidas premissas. Para tanto, o ponto de partida é a apresentação das bases teóricas do direito fundamental de propriedade.

1 Direito fundamental de propriedade

Apesar de a propriedade ser comumente estudada na seara do direito civil, há quem a considere um típico instituto de direito público.³ Leon Duguit, em suas

¹ Existem dois tipos de conceitos na Ciência do Direito: lógico-jurídicos e jurídico-positivos: os primeiros independem da positividade, do direito posto, valem independentemente do sistema normativo vigente; os segundos são decorrência direta da positividade, são extraídos das normas vigentes; os primeiros independem do espaço e do tempo, ao contrário dos segundos, que estão vinculados ao direito vigente em determinado lugar e em determinada época. Cf. MANUEL TERÁN, Juan. *Filosofía del derecho*. 19. ed. México: Porrúa, 2007. p. 81-83.

² Conceitos jurídicos, explica Celso Antônio Bandeira de Mello, são “termos relacionadores de normas, pontos de aglutinação de efeitos de direito” (*Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 3).

³ Por todos, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura — RDAI*, São Paulo, ano 3, n. 08, p. 409, jan./mar. 2019.

célebres conferências pronunciadas na Faculdade de Direito de Buenos Aires, em agosto e setembro de 1911, publicadas em 1912 na França, defendeu a inexistência de direitos subjetivos, que, para ele, eram artificiais e metafísicos:⁴ a pessoa não teria direitos, mas uma função a cumprir, uma tarefa a executar. Coerentemente — sustentou Duguit — a propriedade não seria um “direito”, mas uma “função social”.⁵ A doutrina do notável jurista, pioneira e anacrônica, repercutiu em vários ordenamentos: quase um século depois, tornou-se corrente o tema da “função social da propriedade”. Em dois dispositivos, a Constituição brasileira (CF/88) consagra-a: no inciso XXIII do art. 5º. e no inciso III do art. 170.

O direito brasileiro, porém, não acolheu a proposta tal como inicialmente formulada por Duguit: a propriedade não é uma função social. A CF/88 consagra, no inciso XXII do art. 5º., o “direito de propriedade” e, *a contrario sensu* do inciso III do §4º do art. 182 e do *caput* do art. 184, garante esse direito mesmo quando haja descumprimento de sua “função social”. Os dispositivos estabelecem, como sanção a esse descumprimento, a desapropriação em títulos da dívida pública, para a propriedade urbana, e agrária, para a propriedade rural, e não em pecúnia.⁶ Por conseguinte, se o direito de propriedade não subsistisse quando descumprida sua função social, não haveria direito à indenização, ainda que em títulos da dívida pública ou agrária.⁷ Pontua-se: no ordenamento jurídico brasileiro, a propriedade não é uma função, mas verdadeiro direito.

Trata-se de um direito fundamental, pois expressamente previsto no texto constitucional (art. 5º., XXII). Ademais, a CF/88 expressamente imuniza os direitos individuais, nela consagrados, à reforma constitucional: proíbe qualquer emenda que “tenda a abolir os direitos e garantias individuais” (art. 60, §4º, IV). Assim, a propriedade é, no direito brasileiro, um direito fundamental petrificado, ou seja, imunizado à reforma constitucional.

⁴ *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Traducción de Carlos G. Posada. 2. ed. Madrid: Francisco Beltran, 1920. p. 25-35.

⁵ Nas palavras dele: “Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino”. (*Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, *op. cit.*, p. 37).

⁶ Sobre o tema, *vide*: MARTINS, Ricardo Marcondes. Temas polêmicos da desapropriação municipal. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura — RDAI*, São Paulo, ano 2, v. 4, p. 135-168, jan./mar. 2018.

⁷ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público, *op. cit.*, p. 413.

1.1 Conformação do direito de propriedade

Diferenciam-se os direitos fundamentais “institucionais”, que dependem de uma definição jurídica para serem protegidos, dos direitos fundamentais “não institucionais”, cuja tutela independe de definição jurídica.⁸ A liberdade, por exemplo, — típico direito não institucional — ao contrário da herança⁹ — típico direito institucional —, não precisa ser juridicamente definida para ser protegida.¹⁰ Com efeito: a tutela da liberdade não necessita de qualquer texto normativo que estabeleça o significado da liberdade, de modo que a garantia do direito à liberdade (CF/88, art. 5º, *caput*) não pressupõe sua definição jurídica. Ao revés, não é possível proteger a propriedade ou a herança sem que se estabeleça o significado jurídico da propriedade ou da herança. Propriedade, portanto, é um direito institucional que exige uma definição jurídica. Essa definição consiste na “conformação do direito fundamental”.

Raramente o texto constitucional estabelece uma definição. Regra geral, não há no Texto Maior a delimitação significativa da palavra nele empregada. Isso porque o Constituinte, ao elaborar a Constituição, deve observar uma importante diretriz: os textos constitucionais devem ser o máximo possível sintéticos.¹¹ Diante disso, as conformações dos direitos fundamentais são realizadas pelo Legislador. Sobre o tema, há três correntes. Para a primeira, não apenas é possível a conformação legislativa do direito fundamental, mas o Legislador possui ampla competência para realizá-la.¹² Para a segunda, toda conformação legislativa é uma verdadeira restrição (tema retomado adiante), de modo que a conformação não se configura como

⁸ Sobre os direitos institucionais *vide*, por todos: MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 693.

⁹ Sobre o direito fundamental à herança, v., por todos: DELGADO, Mário Luiz. *Direito fundamental de herança sob a ótica do titular do domínio*. Indaiatuba: FOCO, 2023.

¹⁰ Sobre a definição da liberdade, *vide*: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2023. p. 51 et seq.

¹¹ É lição pacífica na doutrina. Por todos: MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira* — v. I. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954. p. 128, §69; MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio, *Curso de direito constitucional*, *op. cit.*, p. 266.

¹² Por todos: MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 215. Nas palavras dele: “É a ordem jurídica que converte o simples ter em propriedade, institui o direito de herança e transforma a coabitação entre homem e mulher em casamento. Tal como referido, a proteção constitucional do direito de propriedade e do direito de herança não teria, assim, qualquer sentido sem as normas legais relativas ao direito de propriedade e ao direito de sucessão. Como essa categoria de direito fundamental confia ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do direito regulado, fala-se, nesses casos, de regulação ou de conformação (*Regelung oder Ausgestaltung*) em lugar de restrição (*Beschränkung*). É que as normas legais relativas a esses institutos não se destinam, precipuamente, a estabelecer restrições. Elas cumprem antes relevante e indispensável função como normas de concretização ou de conformação desses direitos”. (*Idem, ibidem*).

conceito autônomo.¹³ Para a terceira posição, apesar de haver autonomia conceitual entre conformação e restrição, a competência legislativa é bem restrita: cabe ao Legislador explicitar a conformação implícita na Constituição.

Para entender a última corrente, aqui adotada, deve-se lembrar que as palavras constitucionais são signos, e não ruídos, e, portanto, significam algo, de modo que seu significado se constitucionaliza junto ao uso da palavra.¹⁴ O significado da palavra constitucional deve ser buscado, primeiro, no próprio Texto constitucional (*postulado da prioridade do texto*). A Constituição, porém, conforme já antecipado, não costuma definir as palavras utilizadas em seu texto. Diante disso, se, na data da promulgação da Constituição, a palavra possui um significado técnico, e o texto não indica o contrário, deve-se presumir que o Constituinte utilizou a palavra no sentido técnico (*postulado da prioridade do sentido técnico*). Quando, após a promulgação da Constituição, configurou-se na área jurídica um novo significado técnico para a palavra, deve-se presumir que o Constituinte a utilizou no sentido técnico pretérito, em voga quando de sua promulgação (*postulado da prioridade do sentido pretérito*). Quando na data da promulgação da Constituição, houver mais de um sentido técnico, deve o intérprete valer-se das fontes históricas para apurar em qual sentido a palavra foi utilizada. Se a palavra, quando da promulgação da Constituição, não possuía significado técnico, deve-se presumir que o Constituinte a utilizou no sentido então corrente (*postulado da inteligibilidade da linguagem jurídica*). Com esses parâmetros, é possível encontrar a *conformação implícita* na CF/88 da propriedade.

Por evidente, ao garantir o “direito de propriedade”, o Constituinte não garantiu uma expressão oca, vazia, passível de abarcar qualquer significado. Ele garantiu o que se entendia na época por “direito de propriedade”. Daí a pergunta: o que se entendia em outubro de 1988, data da promulgação da Constituição brasileira, por “direito de propriedade”? O direito brasileiro definia-a no art. 524 do Código Civil então vigente (Lei Federal nº 3.071, de 01.01.1916) como o direito de usar, gozar e dispor dos bens que se tem o domínio e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.¹⁵ Essa definição constitucionalizou-se junto à palavra; trata-se de uma conformação implícita do direito de propriedade, conformação essa que deve ser respeitada pelo Legislador.

¹³ Por todos: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 100-101 e 180-181. O autor prefere denominar a aqui chamada “conformação” de “regulação”.

¹⁴ Sobre o tema: MARTINS, Ricardo Marcondes. Hermenêutica constitucional. *Revista de direito administrativo e infraestrutura — RDAI*, São Paulo, ano 07, n. 27, p. 83-142, out./dez. 2023. p. 112 et seq.

¹⁵ Sobre as faculdades do proprietário vide: TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil* — v. 14: direito das coisas (arts. 1196 a 1276). São Paulo: Saraiva, 2011. p. 234-235; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro* — vol. XI — tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 255-256.

1.2 Restrição e sacrifício do direito de propriedade

Fixada a conformação implícita do direito de propriedade, impõe-se examinar sua restrição. Para tanto, é mister fixar algumas premissas em relação aos direitos fundamentais, a partir de dois conjuntos de teorias. O primeiro conjunto diz respeito às teorias do suporte fático. Existem, basicamente, duas terias: a do *suporte fático amplo* e a do *suporte fático restrito*. Para os partidários da primeira, tudo que for abrangido pelo texto em que o direito fundamental está positivado diz respeito ao suporte fático do respectivo direito. Ao revés, para os partidários da segunda, nem tudo que é abrangido pelo texto integra o respectivo suporte fático.¹⁶ Um bom exemplo é a liberdade de manifestação de pensamento (CF/88, art. 5º, IV): para os partidários da teoria ampla, toda manifestação estaria *prima facie* garantida, podendo essa manifestação ser restringida/limitada por outras normas; para os partidários da teoria restrita, certas manifestações, como a calúnia ou a injúria, não estariam abrangidas pela norma do direito fundamental, independentemente de outras normas. Adota-se, aqui, a teoria ampla: o suporte fático do direito fundamental abrange tudo que for subsumido ao texto em que ele está positivado. É bastante problemático aceitar que o intérprete tem a prerrogativa de excluir do âmbito de incidência da norma certas condutas que estariam abrangidas pelo texto constitucional.

O segundo conjunto diz respeito às *teorias interna e externa* dos direitos fundamentais.¹⁷ Para os partidários da teoria interna, a configuração do direito fundamental é uma atividade conjunta do Constituinte e do Legislador. Este, ao estabelecer “limites” ao direito fundamental, está, na verdade, definindo os contornos do direito. A norma extraída do texto constitucional seria uma norma incompleta: somente a partir da leitura global do ordenamento, das normas constitucionais e legislativas, seria possível estabelecer a norma do direito fundamental. Para a teoria interna há, portanto, *limites* constitucionais e legislativos ao direito fundamental, os quais definem os contornos do respectivo direito.¹⁸

¹⁶ Sobre ambas, vide: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 307-332; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 79 et seq.

¹⁷ Sobre ambas, vide: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 277 et seq.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 127 et seq.

¹⁸ Os partidários da teoria interna negam a possibilidade de restrição de direitos, os direitos seriam sempre conformados. Para eles, as normas abstratas são razões definitivas e, por isso, não há direito no plano constitucional, o direito só surgiria depois da conformação legislativa. Para essa corrente, o que há são limitações ao direito de propriedade e não restrições, limitações essas consideradas iminentes. Dentre os constitucionalistas alemães, um dos mais famosos partidários da teoria interna é Peter Häberle: “Por buenas razones no se habla de ‘barreras’ (Schranken) iminentes, sino de ‘límites’ (Grenzen, fronteras) iminentes

Para os partidários da teoria externa, há que se distinguir a norma constitucional que estabelece *prima facie* a proteção do direito fundamental, e as normas constitucionais e legislativas que o restringem. Dessarte: são normas autônomas, a que estabelece o direito e a que o restringe. Para a teoria externa há, portanto, autênticas *restrições* constitucionais e legislativas ao direito fundamental.¹⁹ Adota-se nesta exposição a teoria externa: dissociam-se a norma constitucional que garante o direito de propriedade, extraída do inciso XXII do art. 5º da CF/88, e as normas constitucionais e legislativas que restringem o direito de propriedade. A teoria externa é mais apropriada para o controle da função legislativa e mais respeitosa dos direitos dos cidadãos. Pela interna — percebe-se — o direito fundamental só se configura perfeitamente após a atividade do Legislador.

O dever de respeitar à função social da propriedade (CF/88, art. 5º, XXIII; 170, III; 182 e 184) é típica restrição constitucional.²⁰ Além das restrições constitucionais, o Legislador tem a prerrogativa de restringir (ou limitar, para quem adota a teoria interna) o direito de propriedade, sem que a restrição (ou limitação) legislativa acarrete direito à indenização ao proprietário. As restrições legislativas, porém, para serem válidas, devem respeitar: (1) o núcleo essencial do direito de propriedade; (2) a proporcionalidade. Por força da última exigência, Robert Alexy propôs a “lei da ponderação”: “quanto maior for o grau de não satisfação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.²¹ Noutras palavras: as restrições legislativas à propriedade não podem ser arbitrárias, devem ser proporcionais à concretização de outro valor constitucional.²²

A teoria do núcleo essencial é repleta de controvérsias. Dentre elas, destacam-se as teorias absoluta e relativa. Para a primeira, há um núcleo duro, intangível, que, independentemente das circunstâncias fáticas, não pode ser restringido pelo Legislador. Para a segunda, os contornos do núcleo essencial dependem da

de los derechos fundamentales: debe apartarse toda reminiscencia a la idea de que los límites admisibles lleguen al derecho fundamental ‘desde fuera’. En la literatura y en la jurisprudencia se habla, evidentemente en relación con los límites immanentes a los derechos fundamentales, no sólo de ‘barreras’, sino también, incluso, de ‘restricciones’ o ‘constricciones’”. (*La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Traducción: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. p. 56-57).

¹⁹ Robert Alexy é partidário da teoria externa: “Si se parte del modelo de los principios, entonces se restringe no sólo un bien protegido de las normas de derecho fundamental sino un derecho *prima facie* garantizado por normas iusfundamentales”. (*Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 1. ed., 3. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002. p. 271).

²⁰ Sobre ela, v.: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 532 et seq.; *Teoría jurídica da liberdade*, op. cit., p. 96-102.

²¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., Cap. III, p. 167.

²² Sobre o postulado da proporcionalidade, vide: CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

aplicação do postulado da proporcionalidade e, pois, das circunstâncias fáticas e jurídicas.²³ Adota-se a teoria relativa em razão de uma premissa filosófica: a teoria absoluta vai de encontro à relatividade dos valores.²⁴ O fato de os contornos dependerem das circunstâncias não implica a inexistência de um núcleo, o qual deve ser respeitado pelo agente normativo quando do estabelecimento de restrições infraconstitucionais. A intervenção na propriedade que afeta o núcleo essencial não é restrição, mas sacrifício do direito de propriedade.

Em relação a quase todos os direitos fundamentais, a afetação do núcleo essencial é proibida constitucionalmente. Viola o Direito toda restrição que viole o núcleo essencial e, pois, configure sacrifício do direito fundamental. O direito de propriedade é a única exceção. Com efeito: a CF/88 expressamente admite, em decorrência da supremacia do interesse público sobre o privado,²⁵ o sacrifício do direito de propriedade (CF/88, art. 5º, incisos XXIV e XXV; 182 e 184). O núcleo essencial é, pois, o conceito chave para diferenciar a *restrição* do *sacrifício* do direito de propriedade, diferenciação de implicações dogmáticas importantíssimas: enquanto a restrição ao direito de propriedade independe de indenização, o sacrifício exige, como regra, indenização em pecúnia. Daí a pergunta: qual é o núcleo essencial do direito de propriedade?

Para o Tribunal Constitucional Alemão ele consiste no uso privativo e na disponibilidade sobre o objeto do domínio.²⁶ A doutrina brasileira, contudo, chegou a uma maior precisão teórica. Com efeito: o núcleo essencial da propriedade é dado pela reunião de duas propostas teóricas, a de Celso Antônio Bandeira de Mello e a de Carlos Ari Sundfeld. O primeiro, em 1982, observou que o núcleo essencial não se refere à significação patrimonial ou econômica da coisa, mas à sua

²³ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 297-301.

²⁴ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 302-303.

²⁵ É a supremacia do interesse público sobre o privado que justifica a possibilidade de sacrifício da propriedade. Sobre a supremacia, vide, por todos: HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. O fundamento, na verdade, assenta-se no princípio formal especial da supremacia, e não na regra da supremacia. Sobre ambos, v: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*, op. cit., p. 153-163. Em sentido contrário, Clovis Beznos considera que o sacrifício decorre do próprio conceito constitucional de propriedade, e não da supremacia (*Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 34-35). *Concessa venia* não está com a razão: ainda que inexistisse regra expressa na Constituição autorizando a desapropriação, esta seria, sim, possível, em decorrência, justamente, da referida supremacia.

²⁶ BVERFGE 31, 229 (SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 740).

funcionalidade.²⁷ Nas palavras do ínclito administrativista: “entende-se por funcionalidade a aptidão natural do bem em conjugação com a destinação social que cumpre, segundo o contexto em que está inserido”.²⁸ Carlos Ari, em 1987, sustentou que o núcleo essencial está indissociavelmente ligado à ideia de exclusividade. Nas palavras dele: “a relação de propriedade tem o condão de afastar terceiros da mesma relação, à qual só poderão ser admitidos por vontade do titular”.²⁹ Ser proprietário, diz Carlos Ari, é poder utilizar um bem com exclusividade e utilizar um bem é destiná-lo a uma finalidade.³⁰ A utilização compreende os poderes de uso, gozo e disposição: usar é retirar as utilidades que a coisa pode oferecer; gozar é perceber os rendimentos que o bem pode proporcionar; dispor é poder alienar o bem, consumi-lo ou gravá-lo de ônus real.³¹ Da combinação de ambas as propostas, estabelecem-se os contornos do núcleo essencial do direito de propriedade: trata-se da *utilização exclusiva e funcional* do bem que se tem o domínio. A utilização funcional, diz Celso Antônio, é aquela compassada “tanto com suas aptidões naturais, como com suas destinações comuns ou preponderantes”.³²

Fixados esses conceitos, é possível adentrar no tema das servidões administrativas. O Legislador, nos termos expostos, desde que respeite o núcleo essencial e a proporcionalidade, pode estabelecer restrições ao direito de propriedade. Ao fazê-lo, o Estado não precisa pagar indenização ao proprietário. É inerente ao direito fundamental de propriedade a possibilidade de ser restringido pelo Legislador. No exercício da ordenação administrativa — no passado, compreendida como exercício de poder de polícia —, o Legislador e a Administração Pública estabelecem uma série de restrições à propriedade: proíbe-se, por exemplo, o proprietário de edificar acima de determinada altura (gabarito de edificação); de edificar a certa distância do logradouro (recoo urbanístico). Dessarte: os índices urbanísticos em sentido amplo são restrições à propriedade,³³ não indenizáveis.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Natureza jurídica do zoneamento — efeitos. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* — RDAI, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 391, jul./set. 2019.

²⁸ *Idem, ibidem*.

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* — RDAI Público, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 416, jul./set. 2019.

³⁰ *Idem*, p. 417.

³¹ *Idem, ibidem*.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Natureza jurídica do zoneamento — efeitos, *op. cit.*, p. 392.

³³ Sobre eles: SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 254-260; CASTILHO, José Roberto Fernandes. *Disciplina urbanística da propriedade: o lote e seu destino*. 3. ed. São Paulo: Pillares, 2010. p. 157 et seq.

Este estudo diz respeito à atuação estatal que afeta o núcleo essencial do direito de propriedade — os sacrifícios. No passado, os administrativistas estudaram o sacrifício mais evidente: a extinção do direito de propriedade pela desapropriação. É óbvio que quando o Estado extingue o direito de propriedade, desapropriando o bem, afeta o núcleo essencial. A desapropriação é típico sacrifício do direito de propriedade. Contemporaneamente, a doutrina reconhece que o Estado pode afetar o núcleo essencial sem extinguir o direito, eis o tema das servidões administrativas. Antes de examiná-las, porém, é mister examinar, ainda que a voos de águia, a evolução do tema na doutrina brasileira.

2 Conceito privado de servidão

No direito privado, as servidões estão disciplinadas no Título V do Livro III (do direito das coisas) do Código Civil vigente (Lei Federal n. 10.406/02), mais especificamente nos artigos 1378 a 1389. Lafayette Rodrigues Pereira conceitua o instituto nestes termos: “tomada no sentido legal e científico, servidão é o direito real constituído em favor de um prédio (o dominante) sobre outro prédio pertencente a dono diverso (o serviente)”.³⁴ Em coro uníssono, servidões, na abalizada doutrina de Pontes de Miranda, “são direitos reais que conferem ao dono do prédio dominante o exercício de algum dos direitos oriundos do domínio, ou o retiram ao proprietário do prédio serviente”.³⁵ São, pois, “direitos reais de gozo, restritos e imediatos”.³⁶ Perceba-se que o conceito privado de servidão exige a existência de dois prédios que se conectam: o dominante e o serviente.³⁷ Essa exigência é pacífica na doutrina. Segundo Orlando Gomes, três são os “elementos constitutivos da servidão”: “1º) a existência de um ônus ou encargo; 2º.) a incidência num prédio em proveito de outro; 3º.) o fato de pertencerem os prédios a diferentes donos”.³⁸

A conceituação se mantém na doutrina mais recente. Por todos, doutrinam Gustavo Tepedino, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Pablo Renteria: “a servidão amplia o aproveitamento do prédio dominante, tornando-o mais útil ou agradável, mediante a obtenção do prédio serviente de uma vantagem, que pode consistir, por exemplo, no acesso a determinada riqueza natural, como uma fonte

³⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas* — Tomo I. Campinas: Russell, 2003. (reedição da obra editada em 1877), p. 309.

³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* — Tomo XVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. §2.194, p. 311.

³⁶ *Idem, ibidem*.

³⁷ *Idem*, p. 312.

³⁸ GOMES, Orlando. *Direito reais*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. §204, p. 281.

d'água, ou ainda no compromisso, assumido pelo dono do prédio serviente, de não erguer construção que possa embaraçar a vista ou a iluminação do prédio dominante".³⁹ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald reconhecem: "a pluralidade de imóveis é essencial para configurar esse direito real".⁴⁰ E concluem: "a existência de um só prédio pode estruturar um direito real de usufruto, uso ou qualquer outra vantagem de ordem obrigacional, porém jamais uma servidão".⁴¹

No direito privado, portanto, servidão é um direito real de restrição do uso ou gozo da propriedade de um imóvel serviente em proveito de um imóvel dominante. Exige, pois, a existência de dois prédios, dominante e serviente. Assentado o conceito privado de servidão, é possível examinar a primeira premissa referida na introdução deste estudo: a autonomia dos conceitos de direito público em relação aos conceitos de direito privado.

3 Conceitos de direito público x conceitos de direito privado

Em sua tese de livre-docência, defendida na Universidade de São Paulo — USP em 1988, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao examinar a relação entre o direito privado e o direito administrativo, afirmou a existência de três métodos principais: (1) o *método da transposição*, pelo qual são utilizadas matrizes do direito civil para o enquadramento de institutos do direito público; (2) o método da *autonomia total*, pelo qual se nega que os institutos desenvolvidos pelos privatistas refiram-se a noções gerais, próprias da teoria geral do direito; (3) e o método das *categorias jurídicas*, pelo qual existem categorias próprias da teoria geral do direito, igualmente pertinentes ao direito público e ao direito privado.⁴² Concluiu que a última é a orientação correta: "pode-se concluir, portanto, que o superconceito ou noção categorial dos vários institutos jurídicos, comuns nas diferentes ramificações, deve ser colocado na teoria geral do direito e não no Código Civil, sob pena de produzir-se o erro de método, ainda hoje bastante comum, de considerar-se como exclusivas do direito civil determinadas figuras, como o contrato, a propriedade e os demais direitos reais, as fundações, submetendo-se ao direito civil, figuras que podem ter regime jurídico de direito público, quando criadas pela Administração".⁴³

³⁹ TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do direito civil* — v. 5: direitos reais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 297.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 558.

⁴¹ *Idem, ibidem*.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do direito privado na administração pública*. São Paulo: Altas, 1989. p. 79-88.

⁴³ *Idem*, p. 88.

Muitos anos depois, em 2012, a Professora voltou ao tema, ao oferecer disciplina no curso de pós-graduação da USP, como revelou em estudo introdutório à publicação dos trabalhos dos alunos da disciplina, e manteve sua posição: continuou a repudiar os métodos da transposição e da autonomia total e a defender a existência de “categorias jurídicas” ou de “superconceitos”.⁴⁴ Em sua conclusão, ela faz expressa referência ao tema deste estudo: “os autores que negam que o contrato administrativo seja verdadeiramente um contato, que a propriedade pública seja verdadeiramente propriedade, que a servidão administrativa seja verdadeira servidão ou que a fundação pública seja verdadeira fundação incidem no erro de somente considerar esses institutos à luz do direito civil, como se os conceitos nele formulados fossem compreensivos de toda a realidade que constitui objeto de estudo do direito”.⁴⁵

Com todo respeito ao seu entendimento, discorda-se. O apego dos administrativistas ao direito privado gera dois *vícios de pressupostos metodológicos*, vícios de *premissas teóricas*, decorrentes desse apego. O primeiro deles é identificado muito claramente na doutrina de Otto Mayer: para o memorável jurista, a Administração Pública pode assumir dois papéis distintos, desenvolver uma atividade voltada à satisfação de interesses públicos ou assumir a “situação de um empresário privado” e procurar seus “interesses econômicos”.⁴⁶ Em relação ao segundo papel, Otto Mayer é enfático: “afirma-se que a administração pública não busca neste caso interesses públicos, mas seus interesses privados”.⁴⁷ Chama o Estado de “Administração Pública” quando exerce o primeiro papel e de “Administração Fiscal” quando exerce o segundo; a primeira está submetida presumidamente ao direito público, a segunda está submetida presumidamente ao direito privado.⁴⁸

A doutrina de Otto Mayer sintetiza o primeiro vício metodológico: supor que o Estado possa assumir a situação jurídica de um particular e, pois, submeter-se ao regime de direito privado. O regime privado é baseado na liberdade individual e na autonomia da vontade, na assegurada possibilidade de busca de interesses

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do direito privado na administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1-20. Nas palavras dela: “Na posição intermeditária ficaram aqueles que entendem possível o estudo do direito administrativo a partir de categorias jurídicas ou de superconceitos, não comprometidos com qualquer das duas grandes ramificações do direito em público e privado. Parte-se do instituto tal como tratado pela teoria geral do direito e não pelo direito civil. A noção categorial ou superconceito não se localiza no direito civil nem no direito público: ela encontra-se na teoria geral do direito”. (*Idem*, p. 3).

⁴⁵ *Idem*, p. 4.

⁴⁶ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán* — tomo I. Tradução de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 188.

⁴⁷ *Idem*, *ibidem*, tradução nossa.

⁴⁸ *Idem*, p. 189-190.

egoísticos, na prerrogativa de decidir pelo livre-arbítrio. Esse regime é incompatível com a natureza do Estado.⁴⁹ Por definição, o Estado é um ente instrumental, existe para o cumprimento de uma *função*, vale dizer, para a busca do *bem comum*, para a concretização do interesse público. O Estado jamais — e não há exceção a essa assertiva — pode buscar a realização de *interesses privados*, só pode buscar o interesse público. Mesmo quando se submete às regras de direito privado, mesmo quando se aproxima da situação de proprietário, de empresário, de comerciante, o Estado não se apresenta como “Administração Fiscal”, mas como “Administração Pública”. Logo, jamais se afasta do regime de direito público, mesmo quando se submete às regras de direito privado. Submeter-se a um regime consiste em se sujeitar a determinados princípios fundamentais. É possível se sujeitar a regras de direito civil, trabalhista, comercial sem se afastar do regime de direito administrativo. Administração Pública e regime de direito privado são, portanto, expressões inconciliáveis.

O *segundo vício metodológico* é mais grave que o primeiro. A maioria dos juristas pensa o direito público a partir do direito privado e considera a teoria geral do direito privado uma verdadeira teoria geral do direito. Apenas para dar alguns exemplos: é comum buscar o conceito de ato administrativo no conceito de ato jurídico privado, ou, pior, no de negócio jurídico; examinar a relação jurídica administrativa à luz da relação jurídica obrigacional do direito privado; perscrutar os vícios de vontade a partir da teoria dos vícios de vontade positivada no Código Civil; estudar a responsabilidade pelas infrações administrativas à luz da responsabilidade obrigacional positivada no Código Civil; entender a aquisição e a perda de propriedade pela Administração Pública à luz da aquisição e perda da propriedade privada. Trata-se de um vício metodológico: os juristas pensam o direito administrativo a partir do direito privado e, assim, estendem ao direito público conceitos sintetizadores de um regime absolutamente estranho a ele. Os conceitos desenvolvidos pelos privatistas foram-no tendo em vista o regime de direito privado e, por isso, nem sempre são adequados para o direito público.

Os métodos da transposição e dos superconceitos, referidos por Di Pietro, decorrem desse vício metodológico, de premissa teórica: são fruto do apego dos doutrinadores ao direito civil gerado pela indiscutível antecedência histórica do direito privado em relação ao direito público. Como se sabe, o direito administrativo foi erigido após a Revolução Francesa, sobretudo pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês. O apego, sem dúvida, é maior na primeira corrente que na

⁴⁹ Sobre o tema *vide*: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*, *op. cit.*, p. 133 et seq.

terceira, mas esta, ainda que em menor medida, também incide no referido vício. Os supostos conceitos gerais ou superconceitos, ao contrário do que sustenta a doutrina majoritária, não foram elaborados tendo em vista a teoria geral do direito, foram-no por privatistas, tendo em vista as premissas do direito privado. O contrato é um bom exemplo: é instituto que pressupõe a autonomia da vontade e, pois, a liberdade.⁵⁰ Não se trata de uma “categoria” inicialmente pensada para as hipóteses em que inexistente liberdade.

Posto isso, o conceito elaborado pelos privatistas quando empregado no direito público exige uma *mudança de significado*, uma *reconstrução*, tendo em vista o regime de direito administrativo que preside a atuação estatal. É exatamente o que ocorre com a “servidão”: trata-se de um conceito privado que necessita ser reelaborado quando aplicável ao direito administrativo.

4 Servidão administrativa na doutrina brasileira

A doutrina brasileira, regra geral, ao examinar as servidões administrativas apega-se ao conceito privado de servidão. Incide no vício de pressuposto metodológico aqui referido: considera-se vinculada ao conceito privado como se esse, necessariamente, fosse impositivo à compreensão da função administrativa. Esse apego é evidente na principal monografia sobre o tema na doutrina brasileira. Trata-se da dissertação de mestrado da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, defendida na USP em 1973 e publicada em 1978. Nela, a autora, seguindo a premissa que adotara sobre a existência de superconceitos ou de categorias gerais, propôs aplicar ao direito administrativo o conceito privado de servidão: “a partir dessas fórmulas genéricas e abstratas é que se constrói o conceito publicístico de servidão”.⁵¹

Fiel a essa premissa, a ilustre administrativista considera que as servidões, sejam civis ou administrativas, possuem três elementos comuns:

(1) O primeiro, “presente em qualquer tipo de servidão, é a sua natureza de direito real sobre coisa alheia, *jus in re aliena*, no qual alguns dos poderes do conteúdo do domínio se destacam e se transferem a terceiros”;⁵²

⁵⁰ Sobre a incompatibilidade do conceito de “contrato administrativo” com o conceito privado de “contrato”, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, op. cit., p. 360 et seq. Sobre a incompatibilidade do conceito de “empresa estatal” com o conceito privado de “empresa”, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria constitucional das empresas estatais — 1ª parte. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* — RDAI, São Paulo, ano 4, n.14, p. 211-262, jul./set. 2020.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidão administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 44.

⁵² *Idem, ibidem*.

(2) “A servidão apresenta, ainda, em qualquer de suas modalidades, pública ou privada, pessoal ou real, outro elemento comum, que é a situação de sujeição em que se encontra a *res serviens* em relação à *res dominans* ou a uma pessoa”;⁵³

(3) “O conteúdo da servidão, também em toda as modalidades, é sempre uma utilidade inerente à *res serviens* e que dá ao titular do direito real o poder de usar, o de gozar ou, ainda, o de extrair determinados produtos, como a água”.⁵⁴

Perceba-se: fiel ao conceito privado de servidão, a professora Di Pietro exige, para sua configuração no direito administrativo, a existência de dois prédios, o dominante e serviente. Num ponto, porém, afasta-se do conceito privado: a sujeição pode ser a uma pessoa.

Outros doutrinadores incidiram no referido vício de pressuposto metodológico menos intensamente, e se afastaram, ainda que parcialmente, do conceito privado de servidão. Joaquim de Almeida Baptista, em monografia de folego sobre as servidões administrativas, chega a negar que elas tenham necessariamente natureza real: “como forma categorial, define-se a servidão como o direito real ou pessoal de gozo sobre a coisa alheia, instituído em benefício de entidade diversa da sacrificada”.⁵⁵

A maioria da doutrina, porém, nega a natureza pessoal, mas não exige a duplicidade de imóveis. A título de exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao conceituar a servidão administrativa, não exige dois prédios: “servidão administrativa é o direito real que assujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso ou gozo”.⁵⁶ Do mesmo modo, eis o conceito proposto por Hely Lopes Meirelles: “servidão administrativa ou pública é ônus real de uso, imposto pela Administração à propriedade particular, para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário”.⁵⁷ Perceba-se: ambos os conceitos não pressupõem um prédio dominante e um serviente. Trata-se de uma sujeição do proprietário a uma utilidade pública.

Gustavo Tepedino, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Pablo Renteria, apesar de privatistas, perceberam, mais que os próprios administrativistas, a

⁵³ *Idem, ibidem.*

⁵⁴ *Idem*, p. 45.

⁵⁵ BAPTISTA, Joaquim de Almeida. *Das servidões administrativas*. São Paulo: Iglu, 2002. p. 31.

⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. Cap. XVI- 69, p. 936 (última edição atualizada pelo próprio autor).

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 521 (última edição atualizada pelo próprio autor).

dissociação conceitual entre a servidão administrativa e a servidão privada: “não se trata [a servidão administrativa], a rigor, de direito real de servidão, pois a restrição ao domínio não se estabelece em benefício de um imóvel vizinho, sendo instituída, em vez disso, no interesse do serviço público”.⁵⁸ *Concessa venia*, não é que não se trata de direito real, mas sim que o conceito administrativo de servidão não exige a existência de dois prédios.

Um passo importante em prol da compreensão correta do instituto foi dado por Carlos Ari Sundfeld, em sua tese de doutoramento, defendida na PUC-SP, em 1991. O ínclito administrativista sistematizou para o direito brasileiro a doutrina da ordenação administrativa, pioneiramente enunciada por Wolff,⁵⁹ e posteriormente adotada por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández.⁶⁰ Sundfeld diferencia quatro técnicas de ordenação: (1) constituição de direitos privados por atos administrativos; (2) condicionamentos administrativos de direitos; (3) sacrifícios de direitos; 4) imposição de deveres autônomos.⁶¹

A terminologia utilizada pelo Professor paulista gera ambiguidades com a terminologia da teoria dos direitos fundamentais, aqui acolhida. Ao sistematizar os condicionamentos, Sundfeld observa que eles podem traduzir deveres de não fazer, fazer e suportar, que ele chama, respectivamente, de “limites”, “encargos” e “sujeições”.⁶² Os condicionamentos, ao contrário dos sacrifícios, não geram direito

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do direito civil* — v. 5: direitos reais, *op. cit.*, p. 299, esclarecimento nosso.

⁵⁹ Nas palavras de Hans Julius Wolff: “A Administração de ordenação cuida da boa ordem na coletividade, ao limitar — regulamentando — a prossecução de interesses dos subordinados ao poder. A Administração de ordenação é especialmente *Administração de ingerência*, que, com o auxílio de reservas de autorização, de ordens e, se necessário, de coação, interfere no livre-arbítrio das pessoas”. (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito administrativo* — v. I. Tradução Antônio F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 55-56).

⁶⁰ Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández: “Se habla ahora como concepto general para la actividad interventora de la Administración de una *Ordnungsverwaltung u ordnenden Verwaltung*, esto es, Administración ordenadora, no en el sentido del orden público, sino en el genérico de la ordenación de las actividades privadas, concepto que se contrapone a *Leistungsverwaltung o leistenden Verwaltung*, Administración prestacional, que realiza servicios o prestaciones en favor de los administrados”. (*Curso de Derecho Administrativo* — v. II. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 105). A teoria da ordenação administrativa, em grande medida, substituiu a teoria do poder de política: trata-se de toda restrição administrativa, alicerçada na lei, à liberdade e à propriedade privada em decorrência do interesse público. Considera-se, assim que a teoria do poder de polícia, no atual Estado de Direito, restringe-se à toda restrição à liberdade e à propriedade fundamentada diretamente na Constituição, ou seja, na ponderação concreta de princípios constitucionais, não fundamentada, portanto, em prévia ponderação legislativa. Sobre o tema, *vide*: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, *op. cit.*, p. 480 et seq.

⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 26-27. Para um panorama mais resumido da teoria, com algumas alterações, v.: SUNDFELD, Carlos Ari. Administração ordenadora. *Revista de direito administrativo e infraestrutura* — *RDAl*, São Paulo, ano 08, n. 30, p. 379-414, jul./set. 2024.

⁶² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, *op. cit.*, p. 54; SUNDFELD, Carlos Ari. Administração ordenadora, *op. cit.*, p. 391-397.

à indenização: “a diferença entre as duas situações está em que o condicionamento, mesmo quando gerado por ato específico, corresponde a gravame normal, tido por indispensável e coerente com os graus de exigência da vida social, ou que não provoca prejuízo, ou o provoca por breve tempo ou em reduzida extensão”.⁶³ O sacrifício, ao revés, “é constrangimento extraordinário, excedente dos padrões de normalidade habitualmente aceitos”.⁶⁴ Feita a distinção, Sundfeld estabelece a regra para os sacrifícios: exigem o pagamento de indenização, ao contrário do que ocorre com os condicionamentos, não indenizáveis.⁶⁵ A proposta de Sundfeld fez avançar, mas viola o segundo pressuposto mencionado na introdução deste estudo: conceitos jurídico-positivos só têm préstimo no direito se fazem referência a um regime jurídico específico.

5 Conceitos jurídico-positivos e regime jurídico

Em texto originariamente publicado em 1979, Celso Antônio Bandeira de Mello enunciou as bases de sua teoria sobre os conceitos jurídicos: o conceito corresponde a uma sistematização, a uma organização, a uma classificação de efeitos jurídicos.⁶⁶ Toda conceituação importa em uma prévia classificação:⁶⁷ conceituar é estabelecer um conjunto a partir de um critério de inclusão e de exclusão.⁶⁸ Nesse sentido, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “conceito é a operação lógica pela qual se fixam pontos de referência convencionais, que servem como indicadores de realidades parificadas pelos pontos de afinidade previamente selecionados por quem o formulou”.⁶⁹ E complementa: “é uma delimitação de objetos de pensamento sintetizados sob um signo breve adotado para nomeá-los”.⁷⁰ Conceituar é, pois, estabelecer uma síntese.

⁶³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, op. cit., p. 94.

⁶⁴ *Idem*, *ibidem*.

⁶⁵ *Idem*, p. 95.

⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Do ato administrativo e suas características. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura — RDAI*, São Paulo, ano 8, n. 28, p. 424-425, jan./mar. 2024. O autor retomou e aprofundou a teoria, inicialmente publicada em jul.-dez. de 1979: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direito dos administrados*, op. cit., p. 01-06. Posteriormente em: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, op. cit., Cap. VII-§§6-12, p. 387-394. Sobre o tema, v. também: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A&C Revista de direito administrativo & constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016.

⁶⁷ Afirma Agustín Gordillo: “la definición sólo puede resultar de una clasificación previa de objetos”. (*Tratado de Derecho Administrativo*: parte general. 1. ed. colombiana. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké; Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. I-14).

⁶⁸ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, op. cit., p. 3.

⁶⁹ *Idem*, p. 5; *Curso de direito administrativo*, op. cit., Cap. VII-8, p. 390.

⁷⁰ *Idem*, *ibidem*.

O conceito jurídico, porém, possui uma particularidade: a síntese só é relevante quando se presta a identificar um regime jurídico. Com efeito: conceitos jurídicos, explica Celso Antônio, são “termos relacionadores de normas, pontos de aglutinação de efeitos de direito”.⁷¹ O Direito imputa consequências a certas hipóteses, de modo que ao jurista interessa apurar quais são as consequências normativas imputadas a dada situação. Para facilitar, numa sistematização, ao invés de afirmar a incidência das normas X, Y, Z, o jurista as reúne sob um signo, e, ao se referir a ele, reporta-se ao referido conjunto normativo. Esse “nome”, essa “síntese”, é o conceito jurídico.⁷² No mesmo sentido, Agustín Gordillo, ao indagar qual é o critério para estabelecer uma definição jurídica — para efetuar a inclusão na classe respectiva —, responde ser a identificação do “regime jurídico imperante e aplicável”.⁷³ Logo, conceitos jurídicos só são úteis no Direito se identificam um regime jurídico aplicável, se sintetizam um conjunto normativo que incide em bloco.

Compreendida a função dos conceitos jurídicos, é intuitivo perceber que é inútil a formulação de dois conceitos diferentes que se reportem ao mesmo regime jurídico. Se o conceito “X” se reporta ao regime jurídico “A”, não faz sentido ser formulado o conceito “Y” para se reportar ao mesmo regime “A”. Também não faz sentido formular um conceito que não se preste a indicar um regime jurídico específico. Vale dizer, não faz sentido que um conceito “X” se reporte tanto ao regime “A” como ao regime “B”. Os administrativistas brasileiros, em sua maioria, não se atentam a essa premissa teórica ao teorizarem sobre a servidão administrativa. O conceito de servidão ou é equivalente ao conceito de condicionamento — na terminologia proposta por Carlos Ari — ou ao conceito de limitação ou restrição — na terminologia das teorias interna e externa dos direitos fundamentais — ou é equivalente ao conceito de sacrifício, ou, pior, é equivalente a ambos os conceitos.

⁷¹ *Ato administrativo e direito dos administrados*, op. cit., p. 2; *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 388.

⁷² Nas palavras de Bandeira de Mello: “Como o Direito resume-se a imputar certas consequências a determinados antecedentes, o trabalho do jurista consiste em conhecer a disciplina aplicável às diversas situações. Ora, o procedimento lógico requerido para organizar tal conhecimento e torná-lo produtivo, eficiente, supõe a identificação das situações aparentadas entre si quanto ao regime a que se submetem”. (*Curso de direito administrativo*, op. cit., Cap. VII-7, p. 388-389). E, logo em seguida, explica: “Cada bloco ou grupo de situações parificadas pela unidade de tratamento legal recebe — para fins de organização do pensamento — um nome, que é a rotulação de um conceito; vale dizer: o simples enunciado da palavra evoca no espírito uma noção complexa, formada pelos diversos elementos agregados em uma unidade, que deram margem ao conceito jurídico. Este, portanto, nada mais é que a sistematização, a organização, a classificação, pois, mediante a qual foram agrupados mentalmente, em um todo unitário, determinados acontecimentos qualificados pelo Direito”. (*Idem*, p. 389).

⁷³ Nas palavras dele: “deberá analizarse cuál es el régimen jurídico imperante y aplicable a esa realidad, a fin de investigar qué cosas reciben un mismo tratamiento jurídico, y cuáles reciben un tratamiento distinto. Si un grupo de cuestiones reciben sustancialmente igual régimen jurídico, entonces será conveniente agruparlas en una misma definición”. (*Tratado de Derecho Administrativo*: parte general, op. cit., Cap. I-13-14).

Para comprovar a assertiva, é mister indagar sobre a principal consequência jurídica que envolve o conceito: servidão administrativa gera direito de indenização ao administrado? Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro há servidões administrativas indenizáveis e há servidões administrativas não indenizáveis.⁷⁴ Em assonância às premissas do legalismo, a íncлита administrativista afirma que haverá direito à indenização, primeiro, quando a lei previr, vale dizer quando o Legislador quiser que ela seja indenizável.⁷⁵ Na falta de previsão legal, será indenizável quando incidir sobre prédio determinado, “impondo aos respectivos titulares particular sacrifício em benefício da coletividade”.⁷⁶ Da própria exposição da autora, pode-se extrair que para ela a servidão ora configura mera “limitação” ora configura “sacrifício”: no primeiro caso não indenizável, no segundo, indenizável.⁷⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello chega a resultado muito próximo: primeiro insiste em diferenciar a “servidão administrativa” da “limitação administrativa” — “enquanto, por meio das limitações, o uso da propriedade ou da liberdade é condicionado pela Administração para que se mantenha dentro da esfera correspondente ao desenho legal do direito, na servidão há um verdadeiro sacrifício, conquanto parcial, do direito”.⁷⁸ Apesar da distinção, Bandeira de Mello sustenta que há servidões — na opinião dele, que são sacrifícios e não limitações — não indenizáveis: “embora frequentemente se afirme que as servidões são sempre indenizáveis, tal assertiva é excessiva”. Logo em seguida, dá como exemplo as “placas indicativas de ruas que os particulares são obrigados a suportar que sejam apostas em suas residências, normalmente quando em esquina, sem que caiba indenização alguma”.⁷⁹ Bandeira de Mello conclui que quando a propriedade é afetada diretamente pela injunção administrativa, e não pela lei, haverá servidão, e

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidão administrativa*, op. cit., p. 69.

⁷⁵ *Idem*, p. 71. Para uma crítica à compreensão legalista, v.: MARTINS, Ricardo Marcondes. Neo-constitutional theory of administrative discretion. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 11, n. 1, e254, ene./jun. 2024.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidão administrativa*, op. cit., p. 72.

⁷⁷ Nas suas palavras: “Quando, no entanto, a limitação for apenas no sentido de regular o exercício da propriedade, mediante normas restritivas de caráter geral, impostas no interesse público, não se justifica a indenização, uma vez que não se trata de restrição imposta a indivíduos determinados mas a toda uma coletividade; nesse caso, o sacrifício, imposto a todos, é compensado por um benefício, também de ordem geral. É o que ocorre com as chamadas limitações administrativas à propriedade privada (em sentido estrito) e também com determinados tipos de servidões que se assemelham àquelas limitações, por decorrem diretamente da lei e incidirem sobre toda uma categoria de prédios, como nas servidões marginais aos rios públicos e nas servidões ao redor de aeroportos”. (*Servidão administrativa*, op. cit., p. 72). Quando, porém, o titular do prédio serviente demonstrar que sofre particular diminuição patrimonial, a servidão é indenizável: “pertencem a essa categoria as servidões para o aproveitamento das quedas d’água e produção de energia elétrica, as servidões para exploração das minas e jazidas etc.” (*Idem, ibidem*).

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, op. cit., Cap. XVI-§70, p. 936.

⁷⁹ *Idem*, §73, p. 938.

não limitação, mas ela só será indenizável caso resulte “prejuízo para o proprietário do bem alcançado”. Quando é estabelecida pela lei, será servidão se implicar uma sujeição especial do bem ao interesse coletivo, entendendo-se por sujeição especial aquela que for singularmente fruível pelos membros da coletividade ou pela própria Administração, consistindo em um dever de suportar (*pati*) e não na imposição de um *non facere*. O notável administrativista não percebeu que sua doutrina viola a própria premissa teórica de sua teoria dos conceitos: não é cientificamente adequado dois conceitos diferentes — limitação e servidão — se ambos implicam idêntico regime jurídico — não indenização.

Carlos Ari Sundfeld propôs uma sistematização mais racional, mas também violou a referida premissa teórica. Diferenciou os condicionamentos — limites, encargos e sujeições —, que definem o regular exercício do direito de propriedade, dos sacrifícios, que extinguem ou comprimem o direito de propriedade além de seu regular exercício.⁸⁰ O íncrito administrativista admite tanto a existência de “servidões-condicionamentos” como de “servidões-sacrifícios”: as primeiras não indenizáveis, as últimas indenizáveis. Pede-se vênha para transcrever sua lição:

A relevância de identificar a linha que separa as obrigações de suportar classificáveis como condicionamentos daquelas que caracterizam sacrifícios de direito é muito acentuada em nossa realidade jurídica porquanto se costuma usar a mesma expressão para referir ambas as situações. E o caso da *servidão administrativa*. A doutrina utiliza esse rótulo tanto para descrever o dever de o proprietário do prédio suportar a afixação de placa com o nome da rua (sujeição) como para o dever de suportar a passagem de fios elétricos sobre seu terreno (sacrifício). Em ambas as hipóteses, ao proprietário é imposto dever de suportar; daí o uso indistinto da palavra *servidão*. Entretanto, há diferença radical entre as duas situações. Na primeira, a servidão traduz injunção perfeitamente normal, que não provoca prejuízos. Na segunda, é manifesta a constrição anormal do direito do proprietário. Por isso, o regime jurídico de uma e outra é também diverso. A *servidão-sacrifício* só pode ser imposta em processo judicial e dá direito à indenização; a *servidão-condicionamento* decorre de ato administrativo e é gratuita.⁸¹

Por que juristas tão notáveis propuseram, com todo respeito, uma teoria imprestável de servidões administrativas? Por que um conceito que não indica

⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, op. cit., p. 56 e 86.

⁸¹ *Idem*, p. 66.

um regime específico, um conceito que ora diz respeito a condicionamento, ora diz respeito a sacrifício? A violação da segunda premissa teórica aqui estabelecida — conceitos jurídicos devem sintetizar um regime específico — decorre, muito provavelmente, do problema decorrente da primeira premissa aqui estabelecida — a dificuldade dos administrativistas em se desapegarem do conceito privado. Nos termos aqui assentados, o conceito privado de servidões não é uma camisa de força à doutrina do direito administrativo. Conforme já reconhecido, servidão administrativa nada tem a ver com servidão privada, tanto que a exigência de dois prédios não se faz presente. Afastada essa “camisa de força”, é perfeitamente possível a elaboração de uma teoria cientificamente racional e útil das servidões administrativas.

6 Nova teoria das servidões administrativas

Nos termos antecipados, faz-se necessária uma releitura da teoria das servidões administrativas com especial atenção às duas premissas aqui fixadas: os conceitos de direito privado sofrem uma releitura quando aplicados ao direito público, ganhando certa autonomia; os conceitos jurídico-positivos devem sintetizar um regime jurídico específico. Dito isso, propõe-se a referida releitura a partir das bases teóricas do direito fundamental de propriedade, aqui enunciadas.

A CF/88 estabelece que a propriedade é um direito fundamental (art. 5º, XXII): trata-se de um direito institucional que exige uma definição jurídica para ser tutelado. Existe uma conformação implícita na própria Constituição: o referido inciso XXII exige que seja protegido, na maior medida possível, o direito de usar, gozar e dispor dos bens que se tem o domínio e de reivindicá-los de quem injustamente os possua. Tratava-se do conceito técnico-jurídico consagrado no ordenamento brasileiro quando da promulgação da Constituição, que se constitucionalizou com o uso pelo Constituinte da palavra “propriedade”. Esse direito pode ser validamente restringido — adotou-se a teoria externa e, por isso, fala-se em “restrição” e não em “limitação” do direito fundamental — pelo Legislador desde que a restrição respeite o núcleo essencial da propriedade e a proporcionalidade. O núcleo essencial da propriedade consiste na utilização exclusiva e funcional da coisa que se tem o domínio. A CF/88, nos incisos XXIV e XXV, admite o sacrifício do direito de propriedade, vale dizer, a intervenção estatal que afete seu núcleo essencial. O sacrifício, porém, como regra, exige prévia e justa indenização em dinheiro. Recapitulados esses conceitos, propõe-se a seguinte sistematização.

Toda restrição administrativa à propriedade que respeite seu núcleo essencial configura típico condicionamento administrativo, não indenizável. Servidões administrativas, por definição, configuram sacrifícios de direito, e não restrições

(ou limitações) administrativas. O estabelecimento de obrigações de não fazer (*non facere*), de fazer (*facere*) e de suportar (*pati*) que não afete o núcleo essencial do direito de propriedade, vale dizer, a utilização exclusiva e funcional da coisa, não configura servidão administrativa. Logo, o exemplo dado de “placas indicativas de ruas” configura mera “restrição ao direito de propriedade” (limitação para quem adota a teoria interna), e não sacrifício. Não é, portanto, servidão administrativa.

Os sacrifícios, por definição, consistem em intervenções estatais que afetam o núcleo essencial da propriedade. O sacrifício mais típico é a desapropriação, que extingue o direito de propriedade.⁸² Exige, nos termos do inciso XXIV do art. 5º da CF/88, como regra, prévia e justa indenização em dinheiro. No caso de descumprimento da função social da propriedade urbana e rural, admite-se que a indenização seja, respectivamente, em títulos da dívida pública resgatáveis em até dez anos (art. 182, §4º, III) e agrária resgatáveis em até vinte anos (art. 184, *caput*).

A atuação do Estado pode, contudo, atingir faculdades do proprietário de usar, gozar e dispor do bem de modo a afetar o núcleo essencial do direito, configurando, apesar de não o extinguir, sacrifício e não restrição do direito de propriedade. Ressalvados os casos de urgência, toda intervenção estatal que imponha obrigações de fazer, não fazer ou suportar além da compostura normal do exercício do direito — vale dizer, que afete o núcleo essencial — configura *servidão administrativa*. Portanto, esta é a atuação administrativa que sacrifica, sem caráter de urgência, o direito de propriedade sem extingui-lo. A urgência, no caso, é a atuação incompatível com o pagamento prévio da indenização, ainda que se leve em consideração o instituto da imissão na posse na ação de desapropriação.⁸³ Noutras palavras, pode haver “urgência” que justifique o pedido de imissão na posse e, pois, a antecipação de tutela na ação de desapropriação/servidão, mas, ainda assim, não suficiente para descaracterizar o instituto da servidão.

Observa-se que o art. 40 do Decreto-Lei nº 3.365/41 estabelece que o Estado brasileiro pode instituir servidões mediante indenização nos termos da

⁸² Discorda-se de Carlos Ari Sundfeld quando este afirma que a desapropriação abrange todos os sacrifícios de direito: “a desapropriação é o meio adequado para a imposição de qualquer sacrifício, ainda quando não gere a aquisição de bens ou direitos pelo Estado e tenha ele o nome que tiver: tombamento, servidão, restrição, ocupação”. (*Direito administrativo ordenador*, *op. cit.*, p. 100). *Concessa venia*, a ampliação do conceito de desapropriação para abranger todo sacrifício de direito e, pois, efeitos jurídicos díspares não é cientificamente adequada. Desapropriação é o sacrifício do direito de propriedade pela extinção do direito. A desapropriação pode ser total se abrange todo o bem ou parcial se abrange parte do bem. Em ambos os casos, em relação ao objeto abrangido, há extinção do direito de propriedade do particular e aquisição da propriedade pelo Poder Público.

⁸³ Sobre a imissão na posse na desapropriação, *vide*: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, *op. cit.*, p. 506-512.

disciplina nele estabelecida. Logo, tanto o sacrifício que acarrete a extinção do direito de propriedade — desapropriação — como o sacrifício que não acarrete a extinção do direito de propriedade — servidão administrativa — seguem, no direito brasileiro, o mesmo regime jurídico. Dessarte: ambas se submetem à disciplina estabelecida no Decreto-Lei nº 3.365/41. A única diferença entre os institutos é que a desapropriação, ao contrário da servidão, acarreta a extinção do direito de propriedade para o particular. Dito isso, os critérios propostos por Carlos Ari Sundfeld para diferenciar os condicionamentos dos sacrifícios são pertinentes para diferenciar, adotada a sistematização ora proposta, as restrições das servidões:

O conceito de normalidade flutua no tempo e no espaço. Contudo, é viável e necessário delimitá-lo, até certo grau. É normal, mesmo quando atinja sujeito especificado, o gravame *de baixa intensidade* (ex.: dever de suportar a afixação, na fachada do imóvel, de placa indicativa do nome da rua), *de pequena extensão* (ex.: dever de preservar portal histórico, quando da demolição do prédio para nova edificação), *de curtíssima duração* (ex.: ocupação de terreno pela polícia, por dois dias, para acesso ao imóvel vizinho, invadido por bandidos), *que não altere a destinação do bem nem impeça ou diminua sua utilização natural* (ex.: tombamento de obra pictórica, impedindo sua destruição) ou *que provoque mínimo prejuízo* (ex.: requisição de trator pertencente a particular para remover pequena quantidade de entulho lançado na via pública).⁸⁴

Nas cinco hipóteses aventadas por Sundfeld, em que não há compressão anormal do direito de propriedade e, pois, seu sacrifício, configura-se mera *restrição* do direito de propriedade. O núcleo essencial não é afetado quando o gravame: (1) é de baixa intensidade; (2) pequena extensão; (3) curtíssima duração; (4) não altere a destinação do bem nem impeça ou diminua sua utilização natural; (5) provoque mínimo prejuízo. Logo, em nenhuma dessas hipóteses há autêntica servidão administrativa.

Há situações, excepcionais, em que a intervenção estatal comprime as prerrogativas da propriedade de modo a atingir o núcleo essencial sem extinguir o direito de propriedade, mas não há tempo hábil a propor justa indenização ao proprietário e a ajuizar ação judicial caso ele discorde da proposta. São casos de “iminente perigo público”, em que o Poder Público se vê compelido a impor

⁸⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, op. cit., p. 94-95.

obrigação de não fazer ou suportar que afete o núcleo essencial. Diante dessa “urgência” da atuação estatal, inviabiliza-se o pagamento prévio de indenização. A indenização, nesse caso, é necessariamente ulterior. Essa diferença de regime jurídico afasta o conceito de servidão administrativa. A urgente intervenção estatal na propriedade que não extingue o direito, mas afeta seu núcleo essencial e, em decorrência do iminente perigo público, é incompatível com o pagamento de prévia indenização, configura a *requisição administrativa*, fundamentada no inciso XXVI do art. 5º da CF/88.

Carlos Ari Sundfeld divide os sacrifícios do direito de propriedade, por ele chamados de desapropriação em sentido amplo, em três grupos: (1) que acarretam a extinção do direito, impondo sua ablação total e definitiva; (2) que acarretam a compressão parcial do conteúdo do direito, mediante deveres de abstenção (não fazer) ou de suportar; (3) que acarretam a suspensão temporária da fruição do direito. Para ele, as servidões administrativas dizem respeito ao segundo grupo (compressão parcial do conteúdo do direito mediante deveres de não fazer ou de suportar) e as requisições administrativas dizem respeito ao terceiro (suspensão temporária da fruição do direito). Sundfeld ainda diferencia: (1) a requisição ordinária, quando a indenização é prévia; (2) a requisição extraordinária, quando a indenização é ulterior; (3) e a ocupação temporária, quando atinge bens imóveis.⁸⁵ *Concessa venia*, a classificação embaralha os regimes jurídicos.

Dissociados os regimes jurídicos, para que os conceitos tenham pertinência científica, propõe-se classificar os sacrifícios em (1) desapropriação, (2) servidão administrativa e (3) requisição administrativa. A desapropriação extingue o direito, a servidão não extingue o direito, mas exige prévia indenização, a requisição não extingue o direito, mas admite ulterior indenização. A impropriamente chamada “requisição ordinária” não é requisição, mas típica servidão administrativa. A ocupação temporária é um conceito cientificamente impertinente, pois é equivalente: (1) à restrição (ou limitação) administrativa, se não afeta o núcleo essencial; (2) à servidão administrativa, se afeta o núcleo essencial, mas exige prévia indenização; (3) à requisição administrativa, se afeta o núcleo essencial, mas diante do iminente perigo público a indenização é ulterior.

Dito isso, é possível entender a natureza jurídica do tombamento, ato do poder público de proteção do patrimônio cultural, previsto no §1º do art. 126 da CF/88 e disciplinado no Decreto-lei 25/1937. Caso a proteção estatal impeça o proprietário de toda utilização exclusiva e funcional da coisa, impõe-se ao poder

⁸⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, op. cit., p. 112-118.

público que desaproprie o bem. O tombamento, nesse caso, configura ilícita desapropriação indireta.⁸⁶ Validamente, o tombamento pode ter uma dupla natureza: pode configurar uma típica restrição administrativa (ou limitação para quem adota a teoria interna), não ensejando direito à indenização; ou servidão administrativa, ensejando direito à indenização. Típico exemplo de tombamento-restrição é o que ocorre com o tombamento de um quadro, que, regra geral, importa na valorização econômica do bem cultural. Não faz sentido o Estado indenizar o proprietário do quadro que foi valorizado economicamente pelo ato de tombamento. Nesse caso, trata-se de tombamento-restrição. Contudo, quando o Estado impede o proprietário de imóvel urbano de alterar a edificação de seu imóvel, afeta o núcleo essencial do direito de propriedade, configurando-se típico tombamento-sacrifício, indenizável.⁸⁷

Conclusões

1. Pretendeu-se neste estudo apresentar uma nova teoria sobre as servidões administrativas tendo em vista duas premissas: os conceitos elaborados pelos privatistas sofrem uma mutação de significado quando aplicados ao direito público; conceitos jurídico-positivos no direito só são pertinentes se sintetizam um regime jurídico específico.

2. Para cumprir os objetivos, apresentou-se um breve estudo do direito fundamental de propriedade. Esta, no direito brasileiro, é um direito fundamental petrificado, institucional, restringido pela função social.

⁸⁶ Sobre os efeitos da desapropriação indireta realizada com má-fé do poder público, v. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, op. cit., p. 525-526.

⁸⁷ No passado, Celso Antônio Bandeira de Mello considerou que o tombamento teria natureza de servidão, configurando, segundo ele, sempre sacrifício de direito e gerando comumente direito à indenização (Tombamento e dever de indenizar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XX, n. 81, p. 65-73, jan.-mar. 1987, p. 72-73). Posteriormente, após a 26ª edição de seu curso, publicada em 2009, passou a considerar o tombamento um instituto *sui generis*, que se diferencia da servidão: (1) a servidão seria um direito real sobre coisa alheia, e o tombamento pode afetar um bem próprio; (2) a servidão impõe um dever de suportar, e o tombamento impõe obrigações de conservar a coisa e, pois, um *facere*; (3) as servidões só atingem bens imóveis, o tombamento pode atingir bens móveis (*Curso de direito administrativo*, op. cit., Cap. XVI-§75, p. 940). *Concessa venia*, a conclusão decorre do apego ao conceito privado de servidão e embaralha regimes jurídicos. Carlos Ari Sundfeld tem razão quando afirma: “O conhecimento dessas duas categorias permitirá uma visão clara de institutos mistos, como o tombamento, que por vezes traduz mero condicionamento de direito (ex.: tombamento de obra de arte), por vezes sacrifício de direito (ex.: a maioria dos casos de tombamento de prédios)”. (*Direito administrativo ordenador*, op. cit., p. 27). No primeiro caso, trata-se de um tombamento-restrição e no segundo de um tombamento-servidão. O tombamento-desapropriação, admitido por Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 318), com extinção do direito de propriedade, é, em rigor, motivo para desapropriação do bem e não para o seu tombamento. Caso realizado, configura ilícita desapropriação indireta, ensejadora de indenização ao proprietário por danos morais (*Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, op. cit., p. 525-526).

2.1 Defendeu-se a existência de uma conformação implícita na CF/88: o conceito estabelecido no Código Civil vigente, quando da promulgação da Constituição, constitucionalizou-se com o uso da palavra pelo Constituinte.

2.2 Adotou-se a teoria ampla do suporte fático: tudo que for abrangido pelo texto em que o direito fundamental está positivado diz respeito ao suporte fático do respectivo direito. E a teoria externa, distinguindo-se a norma constitucional que estabelece *prima facie* a proteção do direito fundamental, e as normas constitucionais e legislativas que o restringem. As restrições legislativas, para serem válidas, precisam respeitar a proporcionalidade e o núcleo essencial do direito fundamental.

2.3 Concluiu-se que o núcleo essencial do direito de propriedade diz respeito à utilização exclusiva e funcional do bem que se tem o domínio. O direito de propriedade é o único que admite a afetação do núcleo essencial, vale dizer, o sacrifício do direito. A atuação estatal que não afeta o núcleo essencial do direito de propriedade configura restrição, não passível de indenização. A atuação que afeta o núcleo essencial configura sacrifício, que, regra geral, exige prévia e justa indenização em dinheiro.

3. No direito privado, servidão é um direito real de restrição do uso ou gozo da propriedade de um imóvel serviente em proveito de um imóvel dominante. Exige, pois, a existência de dois prédios: dominante e serviente. Transpor esse conceito ao direito público configura um vício de pressuposto metodológico: pensar o direito administrativo a partir do direito privado e, assim, estender ao direito público conceitos sintetizadores de um regime absolutamente estranho a ele. Concluiu-se que o conceito elaborado pelos privatistas quando empregado no direito público exige uma mutação de significado, uma reconstrução, tendo em vista o regime de direito administrativo que preside a atuação estatal.

4. Quanto mais a doutrina se afasta do referido vício, mais se afasta do conceito privado de servidão. Muitos administrativistas reconheceram que a servidão administrativa não pressupõe dois prédios. Sem embargo, sistematizações que se desprenderam significativamente do conceito privado, não atentaram para o fato de que conceitos jurídico-positivos só são úteis se sintetizam um regime específico. Observou-se que para a doutrina em geral tanto são possíveis servidões administrativas indenizáveis como servidões administrativas não indenizáveis.

5. Concluiu-se que a dificuldade da doutrina em apresentar um conceito de servidão administrativa que sintetize um regime jurídico específico dá-se pelo apego ao conceito privado de servidão. Libertando-se desse apego, é possível uma reformulação da teoria, de modo a respeitar as premissas teóricas aqui adotadas.

6. A servidão administrativa é uma intervenção sobre a propriedade que necessariamente afeta o núcleo essencial do direito: é, por definição, um sacrifício do direito de propriedade. A afetação do núcleo essencial pela extinção do direito configura “desapropriação”. Daí o conceito de servidão administrativa: é a intervenção administrativa que imponha obrigações de fazer, não fazer ou suportar além da compostura normal do exercício do direito — vale dizer, que afete o núcleo essencial — sem extinguir o direito de propriedade.

7. A servidão, como a desapropriação, nos termos do art. 40 do Decreto-lei 3.365/41, exige prévia e justa indenização em dinheiro. Em relação à extinção, essa regra é afastada nos casos constitucionalmente previstos de sanção ao descumprimento da função social a propriedade urbana e rural. Em relação a não extinção, essa regra é afastada quando a urgência na realização do interesse público exige que a indenização seja paga posteriormente.

8. A urgente intervenção estatal na propriedade que não extingue o direito, mas afeta seu núcleo essencial e, em decorrência do iminente perigo público, é incompatível com o pagamento de prévia indenização, configura a requisição administrativa, fundamentada no inciso XXVI do art. 5º da CF/88, e não servidão administrativa.

Referências

AGUSTÍN GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo: parte general*. 1. ed. colombiana. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké; Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

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

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 1. ed. 3. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro* — vol. XI — tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Tombamento e dever de indenizar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XX, n. 81, p. 65-73, jan./mar. 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. (última edição atualizada pelo próprio autor).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* — RDAI, São Paulo, ano 3, n. 08, p. 409-418, jan./mar. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Natureza jurídica do zoneamento — efeitos. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* — RDAI, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 385-401, jul./set. 2019.

- BAPTISTA, Joaquim de Almeida. *Das servidões administrativas*. São Paulo: Iglu, 2002.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- CASTILHO, José Roberto Fernandes. *Disciplina urbanística da propriedade: o lote e seu destino*. 3. ed. São Paulo: Pillares, 2010.
- CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- DELGADO, Mário Luiz. *Direito fundamental de herança sob a ótica do titular do domínio*. Indaiatuba: FOCO, 2023.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidão administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do direito privado na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1989.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do direito privado na administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1-20.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Traducción de Carlos G. Posada. 2. ed. Madrid: Francisco Beltran, 1920.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002. v. II.
- GOMES, Orlando. *Direito reais*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- HÄBERLE, Peter. *La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Traducción: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MANUEL TERÁN, Juan. *Filosofía del derecho*. 19. ed. México: Porrúa, 2007.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A&C Revista de direito administrativo & constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Temas polêmicos da desapropriação municipal. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* — RDAI. São Paulo, ano 2, v. 4, p. 135-168, jan./mar. 2018.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria constitucional das empresas estatais — 1ª parte. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* — RDAI, São Paulo, ano 4, n. 14, p. 211-262, jul./set. 2020.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Hermenêutica constitucional. *Revista de direito administrativo e infraestrutura* — RDAI. São Paulo, ano 07, n. 27, p. 83-142, out./dez. 2023.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2023.

- MARTINS, Ricardo Marcondes. Neo-constitutional theory of administrative discretion. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 11, n. 1, e254, ene./jun. 2024.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954. v. I.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tradução de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. t. I.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. (última edição atualizada pelo próprio autor).
- MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 210-241.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Campinas: Russell, 2003 (reedição da obra editada em 1877). t. I.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (reedição da obra originariamente publicada em 1954-1969). t. XVIII.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning *et al.* Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura — RDAI Público*, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 403-423, jul./set. 2019.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Administração ordenadora. *Revista de direito administrativo e infraestrutura — RDAI*, São Paulo, ano 08, n. 30, p. 379-414, jul./set. 2024.
- TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: direito das coisas* (arts. 1196 a 1276). São Paulo: Saraiva, 2011. v. 14.
- TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do direito civil: direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 5.
- WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito administrativo*. Tradução Antônio F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. I.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS, Ricardo Marcondes. Servidões administrativas revisitadas: proposta de uma reelaboração conceitual. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 25, n. 101, p. 89-117, jul./set. 2025. DOI: 10.21056/aec.v25i101.2137.
