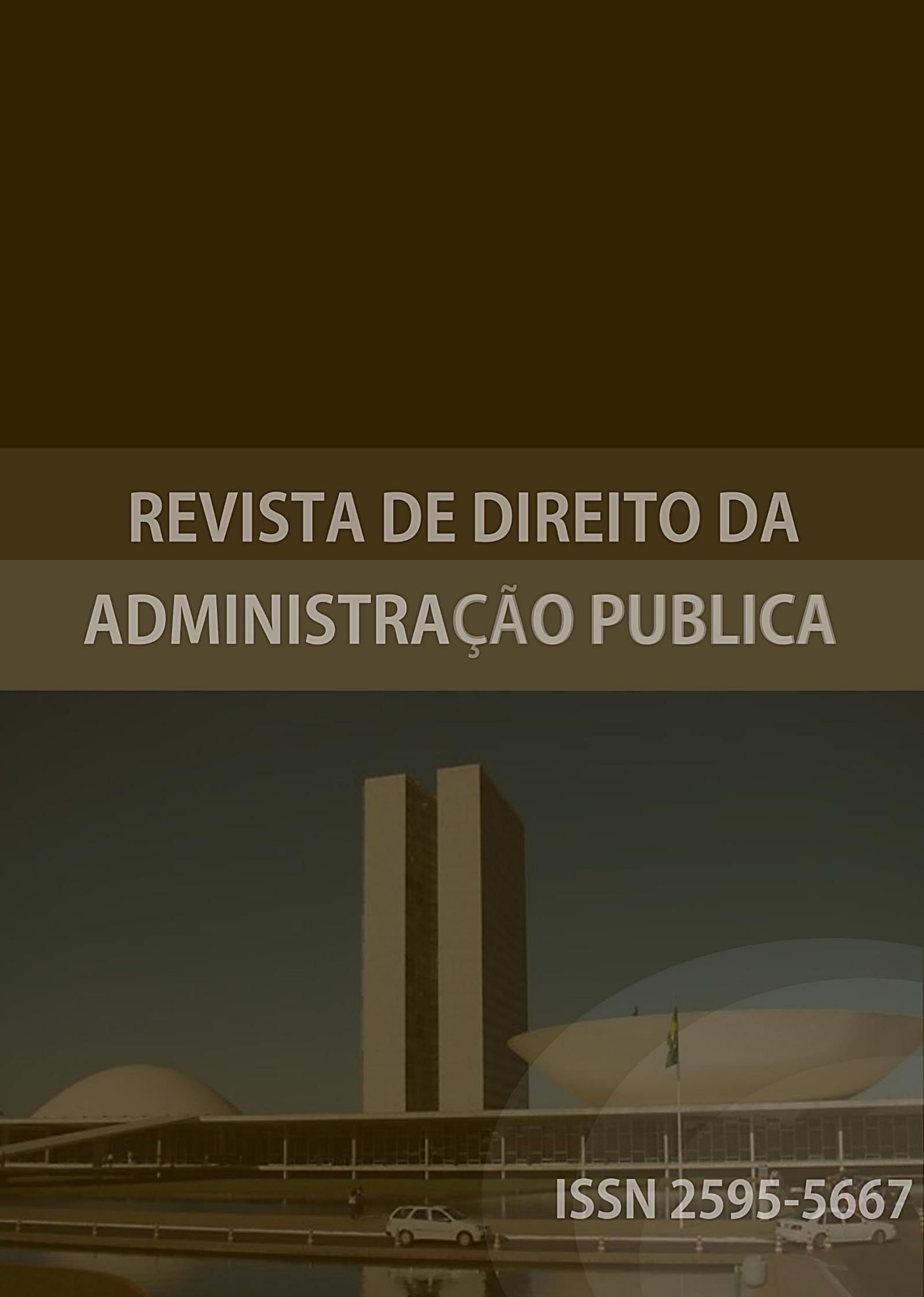


REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is characterized by its modern architecture, featuring two prominent, tall, rectangular towers and a large, curved, white structure. The scene is captured during the day, with a clear sky and some vehicles visible in the foreground. The text is overlaid on a semi-transparent dark brown band across the top and bottom of the image.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 02 – VOLUME Nº 02 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/DEZ 2017

ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro

2017

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.
Sr. Carlos Ari Sunfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho.

Avaliadores desta Edição:

- | | |
|---|--|
| Prof Dr. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidade de Barcelona. | Prof. Ms. Isabela Ferrari, UERJ. |
| Prof. Ms. Ariane Sherman Vieira, UFMG. | Prof. Dr. Jamir Calili Ribeiro, UFJF. |
| Prof. Ms. Carina de Castro, UFRJ. | Prof. Ms. João Paulo Sporn, USP. |
| Prof. Ms. Daniel Capecchi Nunes, UFJF. | Prof. Ms. Jairo Boechat Jr., FUMEC |
| Prof. Dr. Eduardo Manuel Val, UFF. | Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ. |
| Prof. Dr. Emerson Moura, UFFRJ. | Prof. Dr. José Vicente de Mendonça, UERJ. |
| | Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ. |

Diagramação e Layout:

- Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>Publicidade administrativa como princípio e prática: apontamentos para uma teoria do controle pelo Judiciário</i>	007
Veruska Sayonara de Góis	
<i>A recondução dos servidores públicos e autonomia dos entes federados</i>	030
Alex Cavalcante Alves	
<i>Regulações expropriatórias à luz da constitucionalização do direito administrativo</i>	048
Maíra Valentim da Rocha	
<i>As controvérsias doutrinárias quanto à natureza da CFEM, a decisão proferida pelo STF e respectivos reflexos na gestão dos recursos</i>	099
Cleber Lucio Santos Junior	
<i>Discricionabilidade administrativa: alguns elementos e possível controle judicial</i>	117
Phillip Gil França	
<i>As agências reguladoras e captura: um ensaio sobre os desvios regulatórios na agência nacional de energia elétrica</i>	126
Sophia Félix Medeiros	
<i>O controle de constitucionalidade nos procedimentos administrativos fiscais: limites e possibilidades</i>	148
Rodrigo Pacheco Pinto	
<i>Limitação administrativa e desapropriação indireta: a linha tênue dos institutos na criação de espaços de proteção ambiental</i>	168
Daniel capecchi nunes e Ana Luíza Fernandes Calil	
<i>Cidades inteligentes e sustentáveis: desafios conceituais e regulatórios</i>	189
José Renato Nalini e Wilson Levy	
<i>La asociación para la innovación": su incorporación en la directiva europea sobre contratación pública y en el proyecto español de ley de contratos del sector público</i>	208
María de Los Ángeles Fernández Scagliusi	

REGULAÇÕES EXPROPRIATÓRIAS À LUZ DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

EXPROPRIATORY REGULATIONS IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE LAW

MAÍRA VALENTIM DA ROCHA

*Graduada em Direito pela Universidade Federal
Fluminense. Advogada.*

RESUMO: Este trabalho visa a analisar, à luz da constitucionalização do Direito Administrativo, as regulações expropriatórias, ou seja, a atividade reguladora do Estado que acaba por esvaziar a propriedade de sua utilidade ou valor econômico. A partir de breve exame sobre as características e efeitos da constitucionalização no Direito Administrativo, bem como sobre a proteção conferida, pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao direito de propriedade, será tratada a atividade regulatória do Estado, dando ênfase à necessidade de uma renovação no tratamento jurídico-normativo da atividade expropriatória. Depois, serão investigadas as teses já elaboradas pela doutrina acerca das regulações expropriatórias. Serão ainda abordadas as contribuições da vasta doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos sobre expropriações regulatórias. Será, então, examinada a evolução do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre as regulações expropriatórias, demonstrando-se que o tema ainda é controvertido na jurisprudência nacional e internacional. Em que pese não ter ainda a doutrina identificado critérios seguros para a identificação da caracterização de uma regulação como expropriatória, e nem mecanismos de limitação da atuação estatal nesses casos, constata-se que é possível a configuração de expropriação através de regulações, caso em que a regulação caracterizará desapropriação indireta, devendo receber o tratamento adequado.

PALAVRAS-CHAVES Regulações expropriatórias; Constitucionalização do Direito Administrativo; Atividade regulatória; Direito de propriedade; Desapropriação indireta.

ABSTRACT: This essay aims to analyze, considering the constitutionalization of Administrative Law, the regulatory expropriations, in other words, the regulatory activity of the State that ends up deflating property's utility or economic value. From a brief review over the particulars and effects of the constitutionalization of Administrative Law, as well as over the protection granted by the Brazilian law to the property right, it will be studied the State's regulatory activity, focusing on the need of a renewal of the legal and normative handling of the taking activity. Afterwards, the theses already formulated by the scholars will be investigated. The contribution of the vast literature and jurisprudence of the United States will be also studied. Then, it will be examined the evolution of the understanding of the Brazilian Superior Court and the Federal Court of Justice over the regulatory expropriations, evidencing that the subject is still controversial in national and international jurisprudence. Although there have not been established safe criteria to identifying the configuration of a regulation as expropriatory, nor mechanisms for limiting State acting in these cases, this study endorses that it is indeed possible the setting of expropriation through regulatory activity, and, in this case, regulation will mean indirect taking, requiring the appropriate treatment.

KEYWORDS: Regulatory expropriations. Constitutionalization of Administrative Law. Regulatory activity. Property right. Indirect taking.

I. INTRODUÇÃO

A ideia de soberania é inerente ao Estado tal como o conhecemos hoje e está intimamente ligada à noção de poder político do Estado. Segundo Clóvis Beviláqua, “a soberania é noção de Direito Público Interno. É esse o Direito que nos diz como o Estado se constitui, que princípios estabelece para regular a sua ação, e que direitos assegura aos indivíduos [...]” (BEVILÁQUA, 1939, p. 56-57).

Ao mesmo tempo em que abrange a noção de potestade estatal, a soberania se legitima no poder do povo constituído em uma nação, na medida em que se constituem as bases políticas e jurídicas de um Estado.

Nesse sentido, De Plácido e Silva (2014) conclui: “Soberania nacional e soberania do povo, assim, são expressões equivalentes, a qual se exerce pelos órgãos políticos, a que se comete a autoridade suprema de dirigir e governar a Nação”.

Tendo em vista a soberania do povo como elemento legitimador e constitutivo da potestade estatal, não se pode nunca perder de vista a razão de ser dessa potestade, qual seja, servir aos objetivos coletivos que embasaram a sua constituição. O exercício da potestade estatal, portanto, só se justifica na medida em que garante o bem estar da coletividade que a constitui, devendo ser evitados os excessos que fujam a esse propósito.

A esse respeito, André Rodrigues Cyrino afirma:

A limitação da potestade estatal — em suas variadas manifestações — sempre esteve no centro dos objetivos do direito, e deve fazer parte da agenda de investigação de todos os seus estudiosos. É preciso ser hábil para impor limites ao Estado diante de suas inovadoras e criativas manifestações de força. (CYRINO, 2014, p. 200 e p. 201).

A necessidade de atenção do direito à limitação da potestade estatal, conforme aponta o supracitado autor, se dá em razão da constante criação, pelo Estado, de novas manifestações de força capazes de atingir o núcleo de determinados direitos fundamentais do indivíduo.

Dentre os mecanismos de manifestação de força do Estado está o poder de regular, considerado uma das faces mais atuais do poder estatal (CYRINO, 2014, p. 201).

André Rodrigues Cyrino ressalta que a função regulatória “é um dos principais meios de revelação da potestade estatal contemporânea, e talvez uma das que mais demande imposição de renovados limites” (CYRINO, 2014, p. 201).

Conforme leciona Gustavo Binbenbom (2010), a função regulatória do Estado, que tem previsão genérica no art. 174 da Constituição Federal, “consiste no conjunto de estratégias de intervenção na economia voltadas à conformação ou à indução do comportamento dos agentes econômicos para a consecução de fins socialmente desejáveis”.

E, como mecanismo de manifestação da potestade estatal, há situações em que a regulação é utilizada pelo Poder Público de forma a não apenas condicionar o exercício de um direito ou delimitar a sua abrangência. Há casos em que a pretensão regulatória ultrapassa esses limites a que se deveria propor, e acaba por atingir o conteúdo essencial do direito de propriedade (BINENBOJM, 2010).

Gustavo Binbenbom (2010) já havia tratado dessas situações em que a regulação adquire caráter expropriatório, em seu artigo intitulado “Regulações Expropriatórias”, publicado em 2010. Nessa ocasião, o autor propôs como critério para a identificação de uma regulação expropriatória a intensidade do sacrifício imposto, a partir de uma análise de proporcionalidade.

Em seu artigo “Regulações Expropriatórias: apontamentos para uma teoria”, publicado em 2014, André Rodrigues Cyrino retoma o tema e indica a necessidade de novos critérios, além da aplicação do dever de proporcionalidade, ponderação de interesses, concordância prática, limites imanentes, etc., para que se identifiquem as “exorbitâncias materiais da regulação” (CYRINO, 2014, p. 199-235).

Neste artigo, será dada atenção especial a esses casos que a doutrina atual tem chamado de regulações expropriatórias, quais sejam, aqueles casos em que o Poder Público, utilizando-se do mecanismo da regulação, acaba por expropriar, ou seja, acaba por atingir o núcleo do direito à propriedade em suas diversas manifestações.

Em seu artigo supracitado, André Cyrino aponta para a necessidade de desenvolvimento de “uma teoria apta a encarar o sacrifício de direitos por meio da regulação, tendo-se em consideração a vedação ao confisco e os limites constitucionais à tomada de bens” (CYRINO, 2014, p. 205).

Longe de pretender desenvolver a complexa teoria para a qual aponta o ilustre autor, este artigo almeja compilar algumas observações feitas por autores que trataram das regulações expropriatórias, bem como apresentar o tratamento dado ao tema pela jurisprudência.

Primeiramente, será feita uma análise do atual contexto de constitucionalização do Direito Administrativo, sendo certo que um fenômeno ou instituto não pode ser estudado sem que se leve em consideração o contexto em que se desenvolve. Nesse ponto, serão abordados

os ensinamentos de autores como Luís Roberto Barroso e Gustavo Binbenbujm acerca do processo de constitucionalização pelo qual vem passando o Direito, com foco na caracterização da constitucionalização do Direito Administrativo, notadamente no que concerne ao questionamento dos paradigmas tradicionais desse ramo do Direito e na centralidade que passam a ocupar a dignidade da pessoa humana e a preservação dos direitos fundamentais à luz da forte incidência dos princípios constitucionais.

Em seguida, será tratada a atividade regulatória do Estado, partindo de uma abordagem sobre o surgimento das agências reguladoras no Brasil e sobre as características dessas entidades, para então tratar da importância de haver um controle sobre a atividade regulatória do Estado.

Nos tópicos seguintes, será desenvolvida a ideia de regulação expropriatória, com enfoque na configuração do caráter expropriatório de uma regulação. Para isso, será primeiramente estudada a proteção conferida, pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao direito à propriedade, consagrado na Constituição Federal como direito fundamental. A partir dessa compreensão, será tratada a necessidade de se dar novo tratamento à atividade expropriatória do Estado nas suas diversas formas, à luz da nova relação que se coloca entre Administração Pública e administrado e do contexto de maior proteção aos direitos fundamentais, ensejado notadamente pela constitucionalização do Direito Administrativo.

Por fim, será estudada a doutrina sobre regulações expropriatórias, com o objetivo de delinear um entendimento sobre o tema, sendo esse estudo cotejado com a análise da jurisprudência pertinente, visando à obtenção de uma noção do tratamento atual do assunto a partir da evolução do entendimento dos tribunais.

No que concerne à doutrina brasileira sobre regulações expropriatórias, serão abordados notadamente os entendimentos Gustavo Binbenbujm e André Cyrino, que trataram de forma aprofundada sobre o tema seus respectivos artigos.³ Serão ainda abordadas a doutrina e jurisprudência sobre expropriações regulatórias nos Estados Unidos, tendo em vista a contribuição que a grande experiência sobre o assunto naquele país pode trazer para o aperfeiçoamento dos estudos sobre as regulações expropriatórias no Brasil.

³ Os artigos referidos nessa passagem são, respectivamente: BINENBUJM, Gustavo. **Regulações Expropriatórias**. Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010 e CYRINO, André Rodrigues. **Regulações Expropriatórias**: apontamentos para uma teoria. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014.

II. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo é ramo altamente dinâmico do Direito, e isso se deve à necessidade de que os seus conceitos e institutos acompanhem as constantes transformações pelas quais passam a sociedade, o Estado, e as relações entre o Poder Público e os administrados. Segundo Egon Bockmann e Berardo Strobel Guimarães:

Estudar o Direito Administrativo é estudar o Direito Constitucional em ação; é estudar o “estatuto jurídico do político” (Gomes Canotilho) quando de sua aplicação dinâmica aos fatos da vida. Aqui se exige do jurista uma compreensão que leve em conta não só aquilo que foi tornado célebre em decorrência de sua alta qualidade científica, mas também a tentativa de construção do novo. (MOREIRA; GUIMARÃES, 2008, p. 594).

A evolução pela qual vem passando o Direito como um todo e inclusive o Direito Administrativo vem sendo recentemente chamada pela doutrina de “constitucionalização”.

Segundo Luís Roberto Barroso (2008, p. 32), a constitucionalização do direito “está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. Como resultado desse processo, ressalta o i. autor que “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”.

Ao tratar da constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil, Luís Roberto Barroso (2008, p. 47) aponta como circunstâncias que contribuíram para esse processo: a existência de grande quantidade de normas constitucionais destinadas a disciplinar a Administração Pública; as transformações pelas quais passou o Estado brasileiro nos últimos anos; e a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do Direito Administrativo. O autor destaca como o elemento mais decisivo para a constitucionalização do Direito Administrativo a incidência dos princípios constitucionais, sobretudo os de caráter geral, no Direito Administrativo (BARROSO, 2008, p. 49).

De fato, no âmbito do Direito Administrativo, esse processo evolutivo tem trazido repercussões peculiarmente perceptíveis, sendo certo, para boa parte da doutrina⁴, que alguns dos conceitos basilares clássicos do Direito Administrativo têm sido questionados.

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a dignidade da pessoa humana e a preservação dos direitos fundamentais tomaram papel central nesse ramo do Direito, o que transformou as relações entre a Administração Pública e o administrado, com a reformulação de paradigmas tradicionais (BARROSO, 2008, p. 49).

Nesse sentido, ao tratar da “crise dos paradigmas do direito administrativo”, Gustavo Binenbojm (2008, p. 6-7) lista “quatro paradigmas clássicos do direito administrativo que fizeram carreira no Brasil e que se encontram em xeque na atualidade, diante de transformações decorrentes da nova configuração do Estado democrático de direito”: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; a intangibilidade do mérito administrativo; e a ideia de um poder Executivo unitário.

Segundo Gustavo Binenbojm (2008, p. 7), o agente condutor básico da superação dessas noções acima listadas é a constitucionalização do direito administrativo, através da adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como vetores axiológicos a pautar a atuação da Administração Pública.

O processo de constitucionalização, portanto, está diretamente ligado a essa evolução do Direito Administrativo que tem dado ensejo ao questionamento sobre vários dos seus institutos e noções clássicas. Na verdade, a constitucionalização é a principal causa do que Gustavo Binenbojm chama de “crise dos paradigmas do direito administrativo”, na medida em que determina que a atuação da Administração Pública passe a estar vinculada não mais estritamente à lei, mas essencialmente à Constituição, notadamente às suas normas sobre o sistema democrático e os direitos fundamentais. Cria-se, com isso, uma nova axiologia, colocando elementos como direitos fundamentais e democracia acima de noções como supremacia do interesse público sobre o interesse privado e legalidade estrita.

Tratando do tema, Gustavo Binenbojm aponta algumas consequências do processo de constitucionalização do Direito Administrativo e da crise dos paradigmas do direito administrativo. Aqui, cabe ressaltar duas das consequências apontadas pelo autor, quais sejam:

⁴ Nesse sentido: Gustavo Binenbojm; Patrícia Ferreira Baptista; Luís Roberto Barroso.

(ii) a definição do que é o interesse público, e de sua proclamada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados;

(...)

(iv) a noção de um Poder Executivo unitário cede espaço a uma miríade de autoridades administrativas independentes, denominadas entre nós, à moda anglo-saxônica, agências reguladoras independentes, que não se situam na linha hierárquica direta do Presidente da República e dos seus Ministros. A pedra de toque dessa independência (ou autonomia reforçada) das agências reguladoras em relação ao governo é a independência política dos seus dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, e investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Isto acarreta a impossibilidade de sua exoneração ad nutum pelo Presidente – tanto aquele responsável pela nomeação, como seu eventual sucessor, eleito pelo povo. À autonomia reforçada das agências, todavia, corresponderá um conjunto de controles jurídicos, políticos e sociais, de modo a reconduzi-las aos marcos constitucionais do Estado democrático de direito. (BINENBOJM, 2008, p. 7).

A primeira das consequências acima destacadas, qual seja, a submissão da noção de supremacia do interesse público sobre o privado a um juízo de ponderação proporcional no caso concreto, levando em consideração os direitos e valores constitucionalmente tutelados, será utilizada adiante, na construção do raciocínio sobre a caracterização das regulações expropriatórias.

Por ora, será tratada a segunda consequência supramencionada, ou seja, a substituição da noção de um Poder Executivo unitário pela de um complexo de autoridades administrativas, com o surgimento das agências reguladoras.

III. ATIVIDADE REGULATÓRIA DO ESTADO

III.I. ENTIDADES REGULADORAS NO BRASIL – HISTÓRICO E NOÇÕES DE AGÊNCIAS REGULADORAS

O modelo das Agências Reguladoras ingressou no cenário nacional brasileiro com o processo de desestatização ocorrido na década de 1990, que foi consequência da crise do modelo do Estado do Bem-Estar Social no Brasil, verificada na década de 1980. A esse respeito, Patrícia Baptista leciona:

No início dos anos oitenta do século XX, o modelo do Estado do Bem-Estar Social no Brasil já dava claros sinais de crise: perda da capacidade de investimento do Estado, deterioração dos serviços públicos prestados à população, elevado endividamento público, inflação descontrolada, recessão etc. Ao longo da “década perdida”, esse cenário aprofundou-se de tal forma que, no começo dos anos noventa, não parecia haver outra saída ao país que não promover uma mudança no modelo de Estado até ali existente, à semelhança do que já se passava então na maior parte da Europa. (BAPTISTA, 2015, p. 59).

Assim, a transição do Estado Social brasileiro - um Estado prestador de quase todos os serviços públicos e executor direto de diversas atividades econômicas - para um Estado Regulador deu-se no início dos anos 90 em razão do contexto vivido pelo país na década anterior.

Tratando desse processo, Luís Roberto Barroso (2008, p. 48) aponta que “a diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial”.

Com essa mudança na forma de atuação do Estado, tornou-se necessária uma reconfiguração da Administração Pública no sentido do exercício do papel de regular (BAPTISTA, 2015, p. 59-60). Ao tratar do tema, Patrícia Baptista traz o conceito dessa atividade regulatória:

Regular — não parece excessivo recordar aqui — é muito mais do que apenas disciplinar por meio de normas (regulamentar), é também fiscalizar, ordenar, sancionar, incentivar. Enfim, é um conjunto de ações tipicamente estatais que devem ser coordenadas de modo que se permita o exercício de uma dada atividade econômica — seja ela essencialmente privada ou um serviço público — em consonância com os interesses da coletividade. (BAPTISTA, 2015, p. 59).

Para desempenhar esse papel, foram criadas as agências reguladoras independentes, inspiradas no modelo regulatório norte-americano (BAPTISTA, 2015, p. 59). Conforme destaca Luís Roberto Barroso (2008, p. 48), as agências reguladoras foram a “via institucional pela qual se consumou a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica”.

Além de serem entes capacitados técnica e economicamente para a regulação de determinada atividade econômica, as agências reguladoras independentes representavam autonomia em relação ao poder central, o que garantiria maior estabilidade para atrair o

investidor privado. A ideia era a de que o processo de desestatização fosse acompanhado da introdução de um ambiente institucional estável para a celebração de negócios, imune a interferências políticas (BAPTISTA, 2015, p. 59).

Foi, portanto, introduzido um modelo jurídico de entidades blindadas de interferências políticas, entidades atuantes com base em critérios técnicos, que atuariam de forma ágil e eficiente na estabilização da economia.

Para garantir essa blindagem, foi preciso um desenho institucional de autonomia reforçada dessas entidades. A ideia era a de que o modelo tradicional das autarquias não seria suficiente para garantir a atração de investimentos e a atuação essencialmente pautada em critérios técnicos. Surgiram, então, as agências reguladoras, dotadas de maior autonomia (autonomia reforçada), caracterizada essencialmente pela independência política dos dirigentes dessas entidades, os quais têm, conforme citado acima, estabilidade durante o mandato, com a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo chefe do Poder Executivo.

A atividade reguladora do Estado tem assento constitucional no art. 174 da Constituição Federal:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (BRASIL, Constituição, 1988).

A Constituição Federal trouxe ainda a previsão de dois entes reguladores: para o setor de telecomunicações (art. 21, XI) – ANATEL, instituída pela Lei 9472/96; e na área de petróleo e gás (art. 177, § 2º, III) – ANP, instituída pela Lei 9478/97.

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95](#)). (BRASIL, Constituição, 1988).

Art. 177. Constituem monopólio da União:

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995](#)). (BRASIL, Constituição, 1988).

Ressalte-se, no entanto, que não é necessária previsão constitucional para criação de agência reguladora. Tanto é que, a despeito de previsão constitucional, foram criadas dezenas de agências reguladoras no plano federal e no plano estadual principalmente.

É importante frisar, ainda, que as agências não são um fenômeno exclusivamente federal, embora sejam essencialmente federais. Na federação brasileira, essa preponderância do Estado regulador, de uma atuação regulatória é mais focada na União.

Assim, a atividade regulatória do Estado, exercida pelas agências reguladoras, foi implementada com o objetivo de “sanar o déficit advindo da retirada do Estado da exploração direta de diversas atividades” (RHEIN SCHIRATO, 2008. p. 475) – retirada essa que decorreu dos processos de privatização, assim como da outorga de concessões e permissões de serviços públicos, através das quais se transferiram atividades para o setor privado (RHEIN SCHIRATO, 2008. p. 475).

Os campos de atuação das agências reguladoras independentes são, portanto, basicamente os serviços públicos concedidos e as chamadas atividades econômicas de relevante interesse coletivo. Essas atividades, por sua vez, são atividades submetidas à livre iniciativa, mas que, por força da sua relevância coletiva, demandam disciplina e normatização por parte do Poder Público. Exemplo disso é a regulamentação e normatização de seguros. Nesse sentido, Vitor Rhein Schirato afirma:

Vale dizer, as agências reguladoras independentes surgem no Direito Administrativo brasileiro – assim como em diversos outros ordenamentos jurídicos – como o instrumento de atuação estatal nos setores em que tal atuação seja necessária para o alcance das finalidades públicas impostas ao Estado pelo ordenamento jurídico, em decorrência de sua retirada da exploração direta de determinadas atividades e serviços. Pode-se até mesmo afirmar que o advento das agências reguladoras independentes é um pressuposto para os processos de privatização e desestatização. (RHEIN SCHIRATO, 2008. p. 475).

Quanto ao seu regime jurídico, as agências reguladoras são autarquias em regime especial tanto formal⁵ quanto material. O caráter de autarquias em regime especial material se deve ao fato de lhes serem asseguradas diversas prerrogativas, dentre as quais a sua independência, assegurada essencialmente pela nomeação dos seus dirigentes por prazo

⁵ Alexandre dos Santos Aragão afirma que as agências reguladoras independentes são autarquias em regime especial formal, já que as respectivas leis que as instituem dão a elas expressamente essa denominação. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 258.

determinado, com aprovação prévia pelo Senado Federal, sendo vedada a livre exoneração (autonomia orgânica) e pela inexistência de ingerência hierárquica da Administração Central sobre os seus atos decisórios (autonomia funcional) (ARAGÃO, 2013, p. 258 e p. 423).

As agências reguladoras independentes, portanto, são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, submetidas a um regime jurídico que lhes confere um grau de autonomia reforçada em relação ao ente instituidor. Essa autonomia reforçada, como visto acima, é destinada a evitar interferências políticas na atuação dessas entidades, sendo a criação dessas entidades baseada na ideia de atuação pautada no primado da técnica.⁶

III.II. DA NECESSIDADE DE CONTROLE DA ATIVIDADE REGULATÓRIA

Conforme aponta André Cyrino (2014, p. 201), desse processo de propagação de entidades reguladoras independentes resultou um incremento da regulação brasileira em quantidade e em intensidade. O autor ressalta que “a vida econômica no país é, hoje, enormemente regulada não apenas pelo legislador, como também por agências independentes, conselhos, órgãos administrativos etc.”.⁷

No entanto, diante desse contexto de forte regulação, exige-se maior controle do Direito no sentido de evitar excessos regulatórios do Estado. Conforme destacou Gustavo Binenbojm (2008, p. 8) em trecho supratranscrito, à autonomia reforçada das agências reguladoras deverá corresponder um conjunto de controles jurídicos, políticos e sociais, de modo a compatibilizá-las aos direitos e valores constitucionalmente tutelados no Estado democrático de direito.

⁶ Segundo Aragão, portanto, as agências reguladoras independentes consagram uma noção de descentralização material. Descentralização material é aquela que vem acompanhada de mecanismos que garantem efetiva autonomia da entidade. Se a entidade não tem autonomia de fato, para o Aragão, se tem uma descentralização meramente formal, simplesmente a criação da entidade dotada de personalidade jurídica própria. Já quando a instituição da entidade é acompanhada de um desenho institucional que lhe garanta autonomia, tem-se descentralização em sentido material. Para o Aragão, a ideia de descentralização tem um conteúdo. Vide ARAGÃO, op. cit., Capítulo IX.8.

⁷ Apenas no âmbito federal, ver, por exemplo: a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel, Lei no 9427/1996); Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP, Lei no 9.478/1997); a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel, Lei no 9.742/1997); a Agência Nacional de Águas (ANA, Lei no 9.984/2000); a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa, Lei no 9.782/1999); a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS, Lei no 9.961/2000); a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT, ambas criadas pela Lei no 10.233/2001); a Agência Nacional do Cinema (Ancine, MP no 2.228/2001); a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac, Lei no 11.182/2005), dentre tantos outros órgãos reguladores, como o Banco Central do Brasil, inclusive por meio do Comitê de Política Monetária (Circular no 2.698/1996) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM, Lei no 6.385/1976).

André Cyrino (2014, p. 203) alerta para o fato de que faltam estudos específicos sobre os limites e controles ao conteúdo da regulação, especialmente no que concerne aos excessos dessa regulação.

Passam-se, então, a verificar os primeiros esforços da doutrina no sentido de identificar os limites dessa regulação e as formas de controlá-la. Nos tópicos seguintes, serão apresentados os entendimentos de alguns autores sobre o tema, bem como a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

IV. REGULAÇÕES EXPROPRIATÓRIAS

IV.I. DA NOÇÃO DE REGULAÇÃO EXPROPRIATÓRIA

Segundo Gustavo Binembojm (2010), haverá regulação estatal “quando moralmente justificável, juridicamente possível e pragmaticamente defensável”. O autor ressalta que a definição da abrangência e da intensidade da atuação estatal no domínio econômico é constitucionalmente limitada pelo dever de proporcionalidade, conduzindo para um modelo de “intervenção sensata” (BINENBOJM, 2010).

Nesse contexto de regulação, surge a possibilidade de abusos do regulador, que a doutrina tem chamado de regulações expropriatórias. André Rodrigues Cyrino traz definição das regulações expropriatórias. Segundo ele:

Trata-se de medidas regulatórias permeadas de aparente legitimidade e editadas dentro dos parâmetros de competência instituídos pela lei, as quais, todavia, se revelam demonstrações de desmesurado poder estatal. Regulações cujo feitiço de legítimas normas limitadoras da atividade econômica encobre um ato de inconstitucional esvaziamento da propriedade privada, entendida em seu sentido amplo, enquanto garantia de proteção de bens e direitos contra o confisco. (CYRINO, 2014, p. 203).

Segundo Cyrino (2014, p. 203), as regulações expropriatórias configuram aquelas situações em que, “por meio do caminho mais fácil da regulação”, o ente público passa a suprimir atividades empresariais, inviabilizar economicamente empreendimentos industriais, ou mesmo eliminar a utilidade econômica de bens privados corpóreos, incorpóreos, móveis e imóveis.

O que caracterizaria o caráter expropriatório de uma regulação, portanto, seria o esvaziamento da propriedade privada em sentido amplo, através de medida aparentemente legítima.

Nesses casos em que a regulação acaba por esvaziar o conteúdo econômico da propriedade privada, estar-se-ia diante de verdadeira expropriação, o que leva à necessidade de se dar a essas situações tratamento equivalente ao das desapropriações. André Cyrino (2014, p. 206) afirma que, quando uma medida do Poder Público vier a banir atividades econômicas, a primeira opção do administrador deve ser a desapropriação, a qual exige rigoroso procedimento que não pode ser afastado para se aplicar tão somente a via menos exigente da regulação. Conforme bem destaca André Cyrino (2014, p. 207), “o sacrifício de direitos por meio da regulação deve ser enfrentado considerando-se a vedação ao confisco e os limites constitucionais do procedimento de desapropriação”.

Com o objetivo de traçar a proteção a ser assegurada ao direito de propriedade diante das regulações expropriatórias, será tratado no próximo tópico o sistema de proteção à propriedade privada, abrangendo o devido processo para a tomada de bens (art. 5º, LIV, CRFB).

V.II. DA PROTEÇÃO À PROPRIEDADE PRIVADA

A Constituição de 1988 traz o direito de propriedade como um direito fundamental em dois dispositivos do art. 5º, quais sejam, o caput e o inciso XXIV (MOREIRA e GUIMARÃES, 2008, p. 603):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade; (BRASIL. Constituição, 1988).

Contudo, a Constituição impôs ao direito de propriedade condicionamentos em razão do cumprimento da função social, ao afirmar, no próprio art. 5º, que: “XXIII – a propriedade atenderá a sua função social” (MOREIRA e GUIMARÃES, 2008, p. 603).

Ao tratar do direito de propriedade e do seu caráter de direito fundamental, Egon Bockmann e Bernardo Strobel Guimarães destacam que, desde a sua afirmação como direito

fundamental, a propriedade “está condicionada pela possibilidade de o Estado sacrificar o interesse individual em nome de pressupostos coletivos, uma vez que se proceda ao pagamento prévio da respectiva indenização” (MOREIRA e GUIMARÃES, 2008, p. 597). E prosseguem os autores citando o art. 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que diz que: “Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização”.⁸

Nessa toada, ao estabelecer o direito de propriedade como direito fundamental e afirmar sua submissão à função social, a Constituição Federal trata da desapropriação:

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; (BRASIL. Constituição, 1988, art. 5º, XXIV).

Além dessa regra geral trazida no art. 5º, XXIV da Constituição, referente a casos de necessidade ou utilidade pública e interesse social, a Constituição Federal de 1988 tratou da desapropriação ainda em dois dispositivos. O art. 182, § 4º, III da Constituição traz a chamada desapropriação para fins urbanísticos, ligada ao não cumprimento da função social de imóvel urbano, que é considerada uma desapropriação sanção. Já o art. 184 da Constituição traz a desapropriação para fins de reforma agrária, que atinge imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, sendo também uma forma de desapropriação sanção.

A peculiaridade dessas desapropriações chamadas de sanção está em que elas são exceções à indenização justa, prévia e em dinheiro. Nesses casos, como se trata de sanção ao proprietário que não fez cumprir a função social da propriedade, a indenização não é em dinheiro, mas sim em títulos da dívida pública resgatáveis em até 10 anos e títulos da dívida agrária resgatáveis em até 20 anos, respectivamente (MOREIRA e GUIMARÃES, 2008, p. 605).

⁸ A respeito desse dispositivo, Egon Bockmann e Bernardo Strobel Guimarães comentam: “Ou seja, mesmo nos períodos em que a propriedade era vista como um direito ‘sagrado’ e ‘inviolável’ do cidadão já se admitia a possibilidade de o Estado levar a efeito sacrifícios sobre ela, desde que condicionados por uma evidente necessidade pública e mediante o pagamento de justa e prévia indenização”. MOREIRA e GUIMARÃES, op. cit., p. 597.

Gustavo Binenbojm (2010) ressalta também que, na Constituição de 1988, a propriedade privada é expressamente protegida contra o confisco (art. 150, IV, CF)⁹. No entanto, excepcionalmente, o confisco é admitido quando a propriedade está ligada à prática de crimes. A tomada de bens como sanção está prevista no art. 5º, XLVI, b, CF. Além disso, o art. 243 da CF¹⁰ prevê a expropriação de propriedades rurais e urbanas em que forem encontradas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei. Trata-se da chamada desapropriação confisco, que visa a sancionar o proprietário pela utilização da propriedade para fins ilícitos. Nesses casos, não haverá qualquer indenização, dado o caráter punitivo da medida em face da atuação do proprietário, que é altamente reprovável segundo o ordenamento jurídico.

Conforme aponta Gustavo Binenbojm:

A proibição do confisco, em termos gerais, é uma garantia não só da propriedade, como também da liberdade. Na melhor tradição liberal, a idéia subjacente é a de que sem propriedade inexistente liberdade. O Estado não pode se valer de sua capacidade de conformar a propriedade (tributando ou regulando) para esvaziar a liberdade. (BINENBOJM, 2010).

Verifica-se, portanto, que, nos casos de desapropriação por descumprimento da função social da propriedade, a Constituição permite o pagamento da indenização em títulos públicos a serem resgatados em determinado intervalo de tempo. Já nos casos de utilização da propriedade para fins ilícitos, admite-se a expropriação sem qualquer indenização, como forma de sanção. No entanto, essas são situações excepcionais previstas pela Constituição. No regime geral de desapropriações, previsto no art. 5º, XXIV da Constituição Federal, prevê-se a necessidade de indenização justa, prévia e em dinheiro nos casos de desapropriação.

Esse é, portanto, o regramento constitucional conferido à propriedade e à desapropriação, restando claro que a retirada da propriedade do particular importará

⁹ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco; (...)”

¹⁰ “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014\)](#)”

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014\)](#)”

necessariamente indenização justa, prévia e em dinheiro, a menos que se trate de sanção. A esse respeito, Egon Bockmann e Bernardo Strobel Guimarães apontam:

A análise da Constituição vigente e de suas disposições específicas acerca da desapropriação demonstra o expresso compromisso havido com as garantias inerentes ao sacrifício de direitos patrimoniais dos cidadãos, como decorrência do caráter fundamental do direito de propriedade.

(...)

Tal pressuposto configura verdadeira garantia do cidadão em face das competências expropriatórias do Estado – não importando como elas se manifestem – assegurando que toda vez que se extinguir um direito patrimonial por força da atuação estatal haverá a justa compensação ao prejudicado. (MOREIRA e GUIMARÃES, 2008, p. 605).

De fato, o caráter fundamental do direito de propriedade enseja a necessidade da observância de requisitos, que se configuram em verdadeiras limitações ao atingimento, pelo Estado, do direito de propriedade. Além da indenização justa e prévia, a Constituição Federal de 1988 submete qualquer manifestação expropriatória ao devido processo legal, nos termos do art. 5º, LIV e LV. Deve-se garantir ao expropriado o contraditório e a ampla defesa, o que, conforme ressaltam Egon Bockmann e Bernardo Strobel Guimarães, “garante que o manejo de competências expropriatórias será exercido nos exatos limites do interesse público (controle)” (MOREIRA e GUIMARÃES, 2008, p. 606). Nesse mesmo sentido, Gustavo Binenbojm pontua:

O cuidado do constituinte em delinear os elementos básicos da capacidade do Estado de regular a propriedade privada — notadamente as condições para o exercício do poder de expropriar — comprova a consagração deste direito como elemento central da Constituição econômica brasileira. A forma como foi delineada a propriedade privada e a maneira como foi balizada a capacidade expropriatória do Estado na Constituição de 1988 apontam para um estado de proteção que não pode ser ignorado. A regulação que pretender esquivar-se deste estado de coisas estará desvirtuando o desiderato constitucional. O Administrador Público não pode desviar-se do seu dever de indenizar previamente. Sua atuação constituirá um verdadeiro abuso de poder e desvio da finalidade constitucional, que estabeleceu os meios e os limites da capacidade expropriatória do Estado. (BINENBOJM, 2010).

Tratando dessas limitações ao sacrifício da propriedade, Egon Bockmann e Bernardo Strobel Guimarães salientam o fato de que as restrições à desapropriação fogem à lógica da

atuação da Administração Pública, o que enfatiza o caráter fundamental desse direito e a proteção a ele conferida pela Constituição Federal:

Exatamente por incidir sobre o direito de propriedade, a desapropriação sofre restrições que são estranhas à lógica ordinária da atuação administrativa. A nota mais evidente disso é que a necessidade de indenização prévia vai de encontro ao suposto de que as manifestações do Estado têm o condão de sujeitar o particular desde logo. Embora em diversos pontos da atuação administrativa reconheça-se que a vontade da Administração deve poder gerar efeitos imediatos (imperativos e auto-executáveis), no campo dos sacrifícios ao direito de propriedade tal premissa resta fragilizada, pois a ultimação do agir estatal fica condicionada a que se garanta a estabilidade do patrimônio do particular. (MOREIRA e GUIMARÃES, 2008, p. 597)

Resta evidente, portanto, que o direito de propriedade está envolvido por uma série de garantias que lhe confere a Constituição Federal em razão do seu caráter de direito fundamental. Daí a necessidade de justa compensação àquele que tiver extinto direito patrimonial seu em razão da atuação estatal, independentemente da forma de que se revista o ato expropriatório.

Tendo em vista essa proteção assegurada ao direito de propriedade pela Constituição Federal de 1988, bem como a previsão de um procedimento específico em que se garanta indenização justa, prévia e em dinheiro nos casos de desapropriação, resta claro que não pode esse sistema constitucional de proteção à propriedade privada ser transgredido pelo uso de regulações. Nesse sentido é o magistério de André Rodrigues Cyrino:

Regulações que sacrificam direitos, afetando-os a finalidades públicas sem indenização, são potencialmente confiscatórias, devendo ser examinadas diante do art. 5º, XXIV e LIV, CRFB. Normas que não observam o devido processo legal (e constitucional) para a tomada de bens (art. 5º, LIV, CRFB), o qual pressupõe, sob pena e caracterização de confisco (de parte as hipóteses expressamente ressalvadas na Constituição), a demonstração de necessidade ou utilidade pública, ou, ainda, de interesse social, com o pagamento de “justa e prévia indenização em dinheiro” (art. 5º, XXIV, CRFB). (CYRINO, 2014, p. 206 e 207)

De fato, a regulação que esvazie a utilidade e o conteúdo econômico da propriedade sem a devida indenização configura confisco, desapropriação indireta, devendo receber o tratamento compatível com o instituto.

Segundo Alexandre Aragão, há duas espécies de desapropriação indireta: o esbulho possessório do bem pelo Estado para a sua afetação a serviços públicos; e aquela desapropriação

decorrente de condicionamentos legais ou administrativos à propriedade, que o autor chama de desapropriação indireta regulatória (ARAGÃO, 2013, p. 508).

Alexandre Aragão (2013, p. 508) diz que o esbulho possessório, com a tomada física de bens pelo Estado será sempre ilícito, ao passo que a desapropriação indireta regulatória poderá ou não ser constitucional, e isso se deverá principalmente ao atendimento ou não ao princípio da proporcionalidade. No entanto, conforme ressalta o autor, ambas as hipóteses de desapropriação indireta geram direito à indenização.

Alexandre Aragão afirma ainda que, tanto no caso de esbulho possessório quanto no caso de desapropriação indireta regulatória, a indenização devida ao particular terá como fundamento não o art. 5º, XXIV, CF (justa indenização pela desapropriação), mas o art. 37, § 6º, CF, que trata da responsabilidade civil objetiva do Estado, a qual pode se dar por comportamentos estatais lícitos ou ilícitos que causem prejuízo ao administrado (ARAGÃO, 2013, p. 508).

Na desapropriação indireta, o que se verifica é o não cumprimento, pelo Estado, do devido processo legal necessário à desapropriação; é o não pagamento, pelo Estado, da indenização justa e prévia à transferência da propriedade para a sua titularidade. Na desapropriação indireta, o que se tem não é uma indenização prévia, mas uma indenização pelo prejuízo causado pelo Estado (ARAGÃO, 2013, p. 508).

Conforme destaca Alexandre Aragão (2013, p. 510), na desapropriação indireta-restrição administrativa ou desapropriação regulatória, tem-se a “instituição de uma suposta limitação administrativa à propriedade que, ao contrário do que determinaria a sua natureza, acaba por retirar o conteúdo econômico do bem”.¹¹ Diante desse resultado, que causa prejuízo ao particular sem que tenha havido prévia e justa indenização em dinheiro, será o Estado responsabilizado, na forma do art. 37, § 6º, CF, para indenizar o particular.

De fato, a atuação expropriatória do Estado, seja qual for a forma que tome, deve ser estudada tendo em vista a proteção conferida pelo ordenamento jurídico a um direito fundamental – no caso, o direito de propriedade. Tendo isso em vista, verifica-se que, assim como a Constituição não admite a desapropriação sem a justa indenização ao expropriado,

¹¹ O autor cita como exemplos: “vedação total a construções ou plantações em área de preservação ambiental, mudança do limite de altura para apenas dois andares de prédios no centro comercial de grande metrópole, transformação de uma atividade econômica em serviço público titularizado com exclusividade pelo Estado etc.”. ARAGÃO, 2013, p. 510.

também não se pode admitir que ao esvaziamento do direito de propriedade efetuado por regulação deixe de corresponder a justa compensação ao prejudicado.

Ressalte-se que, conforme demonstrado acima, notadamente pelos ensinamentos de Alexandre Aragão, além da desapropriação propriamente dita, o esvaziamento econômico da propriedade através de atuação regulatória do Poder Público também caracteriza atuação expropriatória do Estado. Isso porque não se configuram como elementos essenciais da desapropriação a sua veiculação por ato administrativo de efeitos concretos ou a transferência da propriedade ao Estado. Certamente, o que importa para a definição de atuação expropriatória do Estado é a consequência que o comportamento estatal provoca sobre a propriedade privada. Nesse sentido é o magistério de Gustavo Binbenojm:

Observe-se que o uso de norma jurídica dotada de efeitos gerais não pode modificar a natureza expropriatória do ato. Com efeito, há muito se afastou a idéia de que a caracterização da desapropriação tenha como pressuposto ato administrativo de efeitos concretos e individualizados. É possível cogitar-se de gravames singularmente impostos que não signifiquem sacrifício do direito, como também se podem vislumbrar casos em que gravames de incidência genérica tenham conteúdo de sacrifício de direitos. Também não é condição da configuração da expropriação a translação do direito de propriedade para o Estado, bastando que a medida estatal afete o conteúdo essencial do direito, aviltando-o de modo irrazoável e desproporcional. (BINENBOJM, 2010).

Assim, mesmo que o sacrifício à propriedade se dê por norma jurídica de efeitos gerais e abstratos e mesmo que dessa atuação estatal não resulte a transferência da propriedade para a esfera patrimonial do Poder Público, o atingimento da propriedade que resulte no seu esvaziamento econômico, causando evidente prejuízo ao proprietário, deverá receber tratamento equivalente ao da desapropriação, notadamente quanto à necessidade de ressarcimento pelos prejuízos. Afinal, o que o ordenamento jurídico e, notadamente, a Constituição Federal de 1988 visou tutelar foi o direito à propriedade, e não uma forma específica de atingimento a esse direito.

IV.III. DA NECESSIDADE DE UMA NOVA VISÃO DA ATIVIDADE ESTATAL EXPROPRIATÓRIA

Vista a caracterização do instituto da expropriação regulatória como forma de desapropriação indireta e a conseqüente necessidade do seu tratamento como tal, faz-se necessário à estruturação deste estudo analisar o sistema que envolve o instituto da desapropriação, notadamente quanto ao seu tratamento normativo.

Em sua obra “O significado Constitucional da Justa Indenização”, Jessica Acocella faz uma crítica ao atual modelo de desapropriação, salientando a necessidade de uma reforma no tratamento normativo do instituto e, na ausência de tal reforma, uma releitura do instituto expropriatório à luz das normas e valores da Constituição Federal de 1988. Segundo a autora, a constitucionalização do Direito Administrativo traz inevitavelmente a necessidade da emergência de um novo regime expropriatório (ACOCELLA, 2015, p. 3).

Conforme já visto neste trabalho, a constitucionalização do Direito Administrativo trouxe a superação da leitura tradicional de paradigmas desse ramo do Direito, como a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, alterando a forma como se dão as relações entre a Administração Pública e o administrado. Por certo, não se pode dar a mecanismos como a desapropriação o mesmo tratamento dado anteriormente. O processo de constitucionalização do Direito Administrativo, marcado pela centralidade da dignidade humana e dos direitos fundamentais, demanda uma revisão de institutos como o da desapropriação, que nada mais é do que uma das manifestações da relação entre a Administração Pública e o administrado – relação essa que, conforme já se demonstrou, passou a dar-se de forma diferenciada, com forte incidência dos valores da Constituição Federal e, notadamente, dos seus princípios gerais.

Após fazer uma crítica à aplicação, até os dias de hoje, do Decreto-lei 3.365/41, tendo em vista o afastamento desse diploma em relação ao regime garantístico instaurado pela Constituição Federal de 1988, Jessica Acocella coloca:

Não obstante, enquanto for esse o entendimento prevalecente e enquanto não sobrevier um novo marco legal, a solução que, no momento, resta ao intérprete é a rejeição de uma mera leitura acrítica do texto legal, adotando, ao contrário, os valores e as normas constitucionais como filtro e parâmetro hermenêutico. Afinal, a edição da Carta de 1988 foi acompanhada por sua passagem para o centro da ordem jurídica, introduzindo, no país, uma nova ordem objetiva de

valores, em cujo centro axiológico encontram-se os direitos fundamentais, voltados, precipuamente, para a tutela da dignidade humana. (ACOCELLA, 2015, p. 4).

Diante disso, a autora aponta para o fato de que o âmbito específico da atividade expropriatória do Estado também será atingido pela influência intensa das normas e diretrizes da Constituição, o que tornará necessária a leitura dos seus institutos e conceitos à luz dos novos paradigmas que se colocam (ACOCELLA, 2015, p. 4).

Neste ponto, cumpre salientar que, em que pese a obra autora direcionar-se especificamente ao instituto da desapropriação propriamente dito, é correto afirmar que as suas considerações aplicam-se também aos casos em que se esvazia a propriedade de sua utilidade econômica por meio da atividade reguladora, ou seja, aos casos de regulações expropriatórias. Isso porque, conforme já salientado acima, a Constituição Federal de 1988 deu ao direito de propriedade o status de direito fundamental, cercando-o de diversas garantias que serão aplicáveis independentemente da forma de que se revista o ato expropriatório.

Jessica Acocella ressalta ainda o papel dúplice do instituto da desapropriação, pelo fato de se caracterizar, ao mesmo tempo, como mecanismo de sacrifício a direitos patrimoniais e sistema de garantias a esses direitos. Confira-se:

Importante destacar, nesse sentido, o caráter dúplice do instituto: ao mesmo tempo em que pressupõe o poder da Administração em sacrificar um direito patrimonial, sem chance de se lhe opor resistência, também consiste em um importante sistema de garantias individuais mínimas em face do Estado, necessárias para contrabalançar a potestade estatal e lhe retirar qualquer nota de arbitrariedade. (ACOCELLA, 2015, p. 6).

A importância de se visualizar, neste estudo, o caráter dúplice do instituto da desapropriação está na comparação desse instituto com o da regulação expropriatória, que, apesar de também sacrificar direitos patrimoniais, carece de uma regulamentação que lhe confira o caráter de um sistema de garantias mínimas em face do Estado.

Decerto, se ao instituto da desapropriação deve-se dar a devida atenção para evitar a violação às garantias e direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal de 1988, maior ainda deverá ser a cautela em relação às regulações expropriatórias, por se tratarem de atos do Poder Público que atingem a propriedade sem seguir o procedimento legal da desapropriação. Se a defasagem da legislação pertinente à desapropriação já representa ameaça ao direito de propriedade nos termos em que garante a Constituição de 1988 (ACOCELLA,

2015, p. 3), mais ainda representará uma ameaça a esse direito uma atuação expropriatória do Estado que sequer ostenta regulamentação – o que é o caso das regulações expropriatórias.

Tendo isso em vista, passa-se agora à análise dos estudos já elaborados sobre as regulações expropriatórias, com destaque para aqueles que buscaram fixar parâmetros para a identificação das regulações que ostentam esse caráter, bem como aos estudos destinados a estabelecer limitações à atuação estatal regulatória que tenha consequências expropriatórias.

IV.IV. GRADAÇÕES DAS REGULAÇÕES

O primeiro passo para estudar as limitações a serem colocadas à atuação do Estado quando da edição de regulações expropriatórias é identificar quando a regulação toma esse caráter expropriatório.

Em seu artigo “Regulações Expropriatórias”, Gustavo Binjenbojm trata da sistematização de Eduardo García de Enterría para expor as três possíveis gradações de intervenção do Estado nos direitos dos administrados, e assim coloca:

Num primeiro nível estão as limitações administrativas de direitos, as quais se relacionam com as condições de seu exercício, não interferindo com os seus elementos (e.g. o estabelecimento de certas condições para o exercício de atividade econômica, ou a exigência de qualificação técnica mínima para o exercício de uma profissão regulamentada). Num segundo nível, estão as delimitações administrativas do conteúdo normal de direitos, as quais não lidam com o exercício dos direitos, mas conformam seu conteúdo (e.g. normas urbanísticas de gabarito máximo de prédios). Finalmente, há aquelas intervenções ditas ablativas, ou de sacrifício de direitos, as quais irritam o cerne dos direitos dos administrados, esvaziando sua finalidade econômica ou funcionalidade (e.g. a desapropriação e as transferências coativas de propriedade para o Poder Público). (BINENBOJM, 2010).

Assim, há casos em que não se está diante de um simples condicionamento de atividade econômica ou profissional (primeiro nível de intervenção), nem de mera delimitação do conteúdo de direitos (segundo nível de intervenção), mas sim de uma regulação que esvazia o conteúdo econômico ou a funcionalidade de determinado direito. Nessas hipóteses, a pretensão regulatória do estado acaba por atingir o direito de propriedade na sua essência (BINENBOJM, 2010).

Segundo Gustavo Binbenjato (2010), portanto, a regulação terá caráter expropriatório de acordo com a intensidade do sacrifício que ela imponha à propriedade. Ou seja, uma vez atingido o direito de propriedade em seu núcleo, ter-se-á atuação expropriatória do Estado, ainda que tal medida se dê por norma genérica e abstrata, e ainda que não se transfira a propriedade em questão ao Estado.

Pode-se afirmar que, nesses casos em que é de grande intensidade o sacrifício imposto à propriedade do particular, esse sacrifício não seria exigível, ainda que por lei, sob pena de se violar todo o regime constitucional de proteção à propriedade privada (BINENBOJM, 2010). Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

As leis não podem, a pretexto de regular ou condicionar o exercício da propriedade, elidir ou bloquear o uso, o gozo ou a disposição do bem sobre o qual incida o domínio. A supressão ou o bloqueio destes atributos inerentes à propriedade (...) não caracterizam definição do âmbito do direito, não são limitações à propriedade, mas arremetidas contra o direito de propriedade. (MELLO, 1987, p. 66).

Assim, a diferença entre a regulação comum e a regulação expropriatória está em que, nesta última, se atinge o terceiro nível de intervenção do Estado no direito de propriedade de determinados administrados, conforme a classificação de Eduardo García de Enterría. Trata-se de situação em que, a pretexto de condicionar ou delimitar o exercício do direito de propriedade, o Poder Público acaba por retirar do particular a possibilidade de exercício das funções inerentes ao direito de propriedade (usar, fruir e dispor) (BINENBOJM, 2010).

Nessas situações em que se restringe desproporcionalmente o direito de propriedade, ao ponto de lhe esvaziar o conteúdo econômico ou funcional, tem-se algo que vai muito além de meras limitações administrativas (BINENBOJM, 2010), o que, inclusive, vem sendo reconhecido pela jurisprudência pátria, a exemplo do que já vinha acontecendo em outros países, conforme se verá mais adiante neste trabalho.

V. TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO SOBRE O TEMA DAS REGULAÇÕES EXPROPRIATÓRIAS

Para uma melhor compreensão das regulações expropriatórias, é imprescindível a análise das teses já desenvolvidas na doutrina sobre o tema. Através da apresentação e

comparação dos entendimentos de diversos autores que se dedicaram ao estudo do tema, pretende-se aprofundar a compreensão sobre o instituto das regulações expropriatórias, notadamente a sua caracterização, os casos em que se configura e as limitações a serem colocadas à atuação estatal nesses casos.

Também se faz importante o exame do tratamento que a jurisprudência tem dado ao instituto em estudo, o que permitirá avaliar se o entendimento jurisprudencial está ou não em consonância com o que vem sendo apresentado pela doutrina, e qual será futuramente o provável direcionamento do tratamento dado às regulações expropriatórias.

Tendo em vista o fato de ser ainda recente o tratamento das regulações expropriatórias no Brasil, e com o objetivo de tornar mais completo o estudo do tema, serão também estudadas a jurisprudência e doutrina sobre as *regulatory takings* (expropriações regulatórias) nos Estados Unidos, onde essa questão é alvo de atenção da Suprema Corte desde as primeiras décadas do século XX.

V.I. A JURISPRUDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS SOBRE EXPROPRIAÇÕES REGULATÓRIAS (*REGULATORY TAKINGS*)

Conforme ressalta André Rodrigues Cyrino (2014, p. 207), nos Estados Unidos, há vasta bibliografia especializada sobre as chamadas *regulatory takings*, o que reflete a secular jurisprudência envolvendo os numerosos casos relacionados a esse assunto naquele país. Considerando a complexidade do tema das regulações expropriatórias, a experiência de outros Estados é elemento importante para uma melhor compreensão do instituto no Brasil.

Tendo isso em vista, serão tratadas a seguir, respectivamente, a jurisprudência e a doutrina sobre *regulatory takings* nos EUA.

A Quinta Emenda da Constituição dos EUA estabelece, em sua parte final, que a propriedade privada “não poderá ser tomada para uso público sem justa compensação”. Esse dispositivo consagra a denominada *takings clause*, uma cláusula de proteção contra a desapropriação (CYRINO, 2014, p. 207). Trata-se de dispositivo vago, com amplas possibilidades de interpretação, e, por isso mesmo, conforme surgiram os casos concretos envolvendo expropriações, desenvolveu-se vasta jurisprudência e doutrina sobre o seu sentido e alcance. A evolução dessa doutrina e jurisprudência sobre as *regulatory takings* nos EUA levou à conclusão de que a norma extraída da *takings clause* abrangeria tanto as hipóteses de

tomada física de bens corpóreos quanto os casos de atingimento da propriedade em geral, conforme se verá a seguir (CYRINO, 2014, p. 207).

O caso *Pennsylvania v. Mahon*, julgado em 1922, foi o primeiro em que a Suprema Corte dos EUA reconheceu a possibilidade de ocorrência de expropriação por meio de atividade regulatória (CYRINO, 2014, p. 208).

O caso envolvia terreno explorado pela Companhia de Mineração de Carvão da Pensilvânia (Pennsylvania Coal Co.), cujo direito de superfície havia sido cedido ao sr. H. J. Mahon. Em 1921, o Estado da Pensilvânia editou lei (*Kohler Act*), proibindo toda atividade mineradora que implicasse risco de instabilidade do solo e afundamento de terreno habitado. A mineradora, então, sustentou que o *Kohler Act* havia expropriado seu direito minerário sem justa compensação, o que se afigurava inconstitucional (CYRINO, 2014, p. 208).

Após tramitar pelas instâncias inferiores, a questão chegou à Suprema Corte. A questão a ser enfrentada pela Suprema Corte era saber se o *Kohler Act* seria mero exercício do poder de polícia, o que não daria ensejo a indenização, ou se era exercício disfarçado do domínio eminente do Estado, podendo dar ensejo ao direito de indenização, tendo em vista a *takings clause* (CYRINO, 2014, p. 209).

O Justice Oliver Wendell Holmes Jr. redigiu o voto condutor do acórdão, no sentido de que se havia configurado expropriação. Entendeu-se que “quando [a regulação] atinge certa magnitude, na maioria, senão em todos os casos, ocorre exercício do domínio eminente, sendo necessária compensação para dar suporte ao ato” (206 U.S. 412, 413).

O que o Justice Holmes considerou para concluir que a lei da Pensilvânia sobre exploração de carvão configurava expropriação foi o efeito da medida sobre o bem da empresa mineradora (CYRINO, 2014, p. 209). O *Kohler Act*, no caso, teria tido “praticamente o mesmo efeito para fins constitucionais que a apropriação e destruição do bem” (206 U.S. 412, 414). De fato, a legitimidade do fim visado pelo Estado “não é o bastante para justificar tal objetivo seja alcançado por meio mais curto do que a maneira constitucional de empreender tal mudança” (206 U.S. 412, 416) (CYRINO, 2014, p. 209).

Ressalte-se que o Justice Holmes, em seu voto, tomou o cuidado de asseverar que, caso se tornasse necessário compensar o proprietário em todo e qualquer caso de impacto econômico em função de atuação estatal, tornar-se-ia inviável a atuação administrativa e a regulação. No entanto, há casos em que, de fato, a regulação vai longe demais, e acaba por se converter em expropriação (CYRINO, 2014, p. 209).

Ao longo do século XX, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou diversos casos envolvendo excessos regulatórios.¹² Desses julgados, merece destaque o *Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, de 1987. Tratava-se, mais uma vez, de lei do Estado da Pensilvânia - no caso, o *Pennsylvania's Bituminous Mine Subsidence and Land Conservation Act*, de 1966, em que se proibiu a mineração de carvão que causasse instabilidade e afundamento de terrenos em que já existissem prédios públicos, residências e cemitérios (CYRINO, 2014, p. 210).

Em que pese a semelhança desse caso com o caso *Pennsylvania v. Mahon*, a Suprema Corte adotou, nesse caso mais recente, entendimento distinto do que havia consagrado no caso de 1922. No entanto, a Corte colocou expressamente que o novo julgado não superava o precedente firmado no caso *Pennsylvania v. Mahon* (CYRINO, 2014, p. 210).

No caso *Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, a associação de empresas mineradoras Keystone Bituminous ajuizou ação visando a impedir a aplicação da lei estadual às suas associadas. A alegação da autora era a de que a lei configurava expropriação regulatória, violando a *takings clause* veiculada na Quinta Emenda, na medida em que teria havido apropriação dos bens da mineradora para fins públicos, sem a devida indenização.

No caso, a Suprema Corte entendeu que a legislação estadual existente até então havia falhado na proteção do interesse público na segurança, conservação, preservação e desenvolvimento do solo no estado, o que fazia concluir que, em que pese a semelhança com o caso julgado em 1922, havia diferenças que justificavam decisão em sentido diverso (480 U.S. 470, 474) (CYRINO, 2014, p. 210).

Tratando do julgamento do caso *Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, André Cyrino afirma:

De forma resumida, a Corte teria construído parâmetro para aferir a configuração de expropriação regulatória: a natureza do interesse estatal na regulação. Caso fosse considerado exercício de poder de polícia voltada para o bem-estar coletivo e manutenção da ordem pública, a atuação estatal não daria ensejo à compensação. (CYRINO, 2014, p. 210).

Surgia, então, um novo parâmetro para a identificação de regulação expropriatória nos EUA, qual seja, a natureza do interesse estatal na regulação. Para que a regulação não fosse

¹² André Cyrino, em seu artigo “Regulações expropriatórias”, cita como exemplos: *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* (438 U.S. 104 — 1978); *Lucas v. South Carolina Coastal Council* (505 U.S. 1003 - 1992) e *Palazzolo v. Rhode Island* (533 U.S. 606 - 2001).

considerada expropriatória, deveria ser destinada ao bem-estar coletivo, hipótese em que não seria devida indenização ao particular atingido.

Mas André Cyrino faz uma ressalva no sentido de que “*Keystone* não significou a superação da doutrina dos *takings* nos Estados Unidos. Em oportunidades mais recentes, o tema foi retomado, identificando-se a premissa segundo a qual: quando o regulador vai longe demais, sua medida equivale a uma desapropriação”.¹³

V.II. AS SOLUÇÕES TEÓRICAS JÁ APRESENTADAS PELA DOCTRINA

V.III. APONTAMENTOS DA DOCTRINA ESTADUNIDENSE SOBRE *REGULATORY TAKINGS*

Como visto, nos Estados Unidos, a questão das regulações expropriatórias é discutida há muito mais tempo do que no Brasil, tendo sido o primeiro caso analisado pela Suprema Corte dos EUA em 1922. Conforme aponta André Cyrino (2014, p. 207), trata-se de uma das mais persistentes questões jurídico-constitucionais dos Estados Unidos.

Assim, à luz dos inúmeros casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos sobre excessos regulatórios, desenvolveram-se na doutrina estadunidense diversos entendimentos sobre o tema, os quais cabem ser analisados para uma melhor compreensão das regulações expropriatórias no Brasil.

André Cyrino (2014, p. 211) ressalta que a primeira tentativa de sistematizar o tratamento das expropriações regulatórias (*regulatory takings*) nos EUA foi de Ernst Freund, no seu clássico “*The police power, public police and constitutional rights*”, publicado em 1904.

Freund já se ocupava em identificar as situações em que o poder de polícia acabava por se transformar em exercício indevido do domínio eminente do Estado, gerando direito à indenização. Nessa diferenciação, Freund utilizava como critério a dicotomia entre danos e benefícios (*harms and benefits*). Para esse autor, as regulações que buscassem controlar ou prevenir danos seriam fruto do poder de polícia e não dariam direito a indenização. Já as

¹³ O autor cita como exemplos: *Lucas v. South Carolina Coastal Council* 505 U.S. 1003 (1992) e *Palazzolo v. Rhode Island* 533 U.S. 606 (2001).

regulações que visassem a obter um benefício à custa do particular deveriam ser indenizadas (CYRINO, 2014, p. 211).¹⁴

Na época em que Freund desenvolveu essa tese, vigia na jurisprudência dos EUA o entendimento de que só haveria aplicação da *takings clause* e, conseqüentemente, direito a indenização, quando houvesse tomada física do bem.¹⁵ Sob esse entendimento, regulações que atingissem bens incorpóreos não seriam passíveis de indenização.

O entendimento de que a *takings clause* abrangia também os bens incorpóreos e, portanto, de que regulações que atingissem esse tipo de bens poderiam dar ensejo a indenizações veio em 1922, com o caso *Pennsylvania v. Mahon*. (CYRINO, 2014, p. 212).

O precedente de 1922 e a evolução da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA desde então foi um incentivo às produções doutrinárias sobre o assunto. A partir do precedente de *Pennsylvania v. Mahon*, tendo sido reconhecida a possibilidade de expropriação através de atividade regulatória, a discussão passou a girar em torno da identificação de quando uma regulação passa a ser expropriatória.

André Cyrino, tratando da literatura sobre as *regulatory takings* nos EUA, faz uma divisão dos entendimentos que surgiram então:

Num esforço de síntese didática e nos limites deste artigo, é possível afirmar que no desenvolvimento das principais teorias voltadas à solução do problema do Justice Holmes há: de um lado, aqueles que procuraram delinear com mais precisão a dicotomia danos/benefícios de Freund; e, de outro lado, aqueles que procuraram abraçar uma análise de eficiência, elaborando a ideia da simples constatação da diminuição do valor da propriedade. (CYRINO, 2014, p. 212).

André Cyrino aponta que o critério de prevenção de danos ou extração de benefícios (*harms and benefits*) utilizado primeiramente por Freund foi posteriormente seguido por vários autores que trataram do tema.

¹⁴ Note-se que o entendimento de Ernst Freund, esposado na obra de 1904, aproxima-se daquele adotado pela Suprema Corte dos EUA quando do julgamento do caso *Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, de 1987, em que, como visto acima, a Corte adotou como critério para verificação da configuração de expropriação regulatória a natureza do interesse estatal na regulação, entendendo que não se configuraria a expropriação quando a regulação visasse ao bem-estar coletivo.

¹⁵ O *leading case*, julgado pela Suprema Corte, foi *Pumpelly v. Green Bay Co.*, 80 U.S. 13 Wall. 166 166 (1871). Nesse caso, a construção de uma represa causou alagamento permanente do terreno do autor da ação, que pleiteou indenização com fundamento na *takings clause*, sustentando que suas terras haviam sido efetivamente desapropriadas. A defesa argumentou que as terras não haviam sido efetivamente tomadas, mas simplesmente alagadas. Adotando como critério a invasão física das terras, a Suprema Corte garantiu a indenização do autor e aplicou a parte final da Quinta Emenda. In CYRINO, op. cit., p. 212.

Dentre os autores que, de certa forma, seguiram a dicotomia de danos/benefícios preconizada por Freund está Robert Ellickson (CYRINO, 2014, p. 212). Ellickson buscou identificar o caráter expropriatório ou não da atuação estatal a partir da distinção entre uso normal e usos anormais da propriedade. Para Ellickson, seria expropriatória apenas a regulação que significasse um uso anormal da propriedade (CYRINO, 2014, p. 212). André Cyrino (2014, p. 213) aponta que “o uso anormal é aquele que pretende extrair benefícios para terceiros que foram hábeis o suficiente para influenciar a decisão regulatória”. Essas regulações que impõem um uso anormal da propriedade seriam aquelas que não pretendem prevenir danos, “mas que afetam a propriedade a alguma finalidade (supostamente) pública” (CYRINO, 2014, p. 213).

A outra linha de entendimento é representada por Frank Michelman e Richard Epstein, que propuseram critérios que devem estar presentes para que uma regulação se caracterize como expropriatória. Conforme pontua André Cyrino, as teses de ambos os autores partiram de análises econômicas de eficiência e de divisão de riqueza. “Num extremo, o que é observável na obra de Richard Epstein, a preocupação é prevenir os riscos dos abusos da maioria, que tem incentivos (e meios) para tomar para si a riqueza da minoria” (CYRINO, 2014, p. 213 e 214).

Michelman, por outro lado, traz uma análise baseada em um balanço entre custos e benefícios da regulação, levando em consideração a eficiência da medida. A partir da complexa análise proposta por Michelman, envolvendo três variáveis, o juiz poderia estimar os impactos econômicos da regulação (CYRINO, 2014, p. 214).

Pela teoria de Frank Michelman, a primeira variável a ser identificada são os ganhos de eficiência (*efficiency gains*), que seriam “o resultado da diferença entre os benefícios que possam ser gerados pela medida estatal e as perdas por ela produzidas” (CYRINO, 2014, p. 214). A segunda variável são os prejuízos causados pela regulação em questão, além de outros efeitos que possam ser causados, tanto ao indivíduo quanto à sociedade como um todo, caso não haja indenização (*demoralization costs*). A terceira variável são os custos do próprio cálculo dos prejuízos daquela regulação e o meio pelo qual poder-se-ia compensar esses prejuízos (*settlement costs*). Chega-se a esta última variável a partir de uma consideração do custo do tempo, esforço e recursos a serem usados para alcançar uma solução em que se evitem os *demoralization costs* (CYRINO, 2014, p. 214).

A partir da análise segundo a tese de Michelman, contrabalançando essas três variáveis entre si:

(i) se os ganhos de eficiência forem menores que os custos (*settlement costs* e/ou *demoralization costs*), a medida é nula, e deverá ser afastada pelo juiz; (ii) de outro lado, não haverá nulidade, mas dever de indenizar, se os *settlement costs* forem menores que os ganhos de eficiência e que os *demoralization costs* (com *settlement costs* baixos, é possível aferir o montante devido a título de compensação); por fim, (iii) se os *demoralization costs* forem menores que os *settlement costs* e os ganhos de eficiência, a atuação regulatória é lícita e não há que se falar em indenização. (CYRINO, 2014, p. 214).

Assim, pela tese de Michelman:

(i) caso os ganhos em eficiência sejam menores que as outras duas variáveis, ou seja, os custos (*settlement costs* e *demoralization costs*), a regulação será nula. Isso se justifica, na medida em que, para um baixo ganho em eficiência, se terão altos prejuízos que não poderão ser compensados de forma razoável, já que o cálculo para a mensuração desses prejuízos e a sua compensação aumentarão ainda mais esses custos;

(ii) já se os ganhos em eficiência e os prejuízos causados pela regulação (*demoralization costs*) estiverem acima dos custos de cálculo e compensação (*settlement costs*), a medida será válida e será devida indenização. Isso porque, com custos de cálculo e compensação baixos, será possível e razoável avaliar a diferença entre os ganhos (*efficiency gains*) e os prejuízos (*demoralization costs*) para se proceder à compensação;

(iii) por fim, se os prejuízos estiverem abaixo dos ganhos em eficiência, a regulação será lícita e não será devida indenização, já que não se terá uma diferença entre os ganhos e os prejuízos a ser compensada.

André Cyrino (2014, p. 215) observa que a fórmula utilitarista proposta por Michelman não considera apenas os efeitos individuais e imediatos da regulação, mas também o efeito que se pode gerar a longo prazo, na coletividade, caso não haja a devida compensação aos prejuízos causados pela regulação.

De fato, uma análise sobre o tratamento a ser dado a determinada regulação e às regulações em geral não pode considerar apenas o efeito imediato e individual, mas deve buscar antecipar os efeitos futuros e coletivos daquela regulação. Isso porque um caso concreto de regulação em que não se garanta ao indivíduo a devida compensação pelos prejuízos patrimoniais que lhe foram causados acaba por ter um efeito multiplicador no tempo. Essa lógica se infere da própria conceituação dos *demoralization costs*, que abrange prejuízos e outros efeitos que possam ser causados tanto ao indivíduo quanto à sociedade. Parece razoável

entender que os prejuízos causados à sociedade por várias e diferentes regulações acabam por se somar uns aos outros, devendo essa soma ser considerada para fins de sopesar os custos e ganhos de sucessivas regulações que se deem em um mesmo grupamento social.

V.II.II. APONTAMENTOS DA DOUTRINA BRASILEIRA SOBRE REGULAÇÕES EXPROPRIATÓRIAS

Em seu Curso de Direito Administrativo, Alexandre Aragão trata, no tópico referente às desapropriações indiretas, das regulações expropriatórias, que chama de “desapropriação indireta-restrição administrativa” ou “desapropriação regulatória”. Para aferir o caráter expropriatório ou não de uma regulação, o autor segue uma lógica de proporcionalidade.

Segundo Alexandre Aragão (2013, p. 510), se a norma ou ato restritivo violar algum dos três elementos do princípio da proporcionalidade, será inconstitucional. Nesse caso, haverá necessariamente o direito a indenização, podendo inclusive, dependendo do caso concreto, ser exigível o retorno ao *status quo ante*.

No entanto, Alexandre Aragão identifica uma situação de maior dificuldade para a identificação do caráter expropriatório nos casos em que a norma ou ato sejam constitucionais, tendo em vista que muitas vezes fortes condicionamentos à propriedade podem perfeitamente ter esteio constitucional (ARAGÃO, 2013, p. 510).

Diante disso, Alexandre Aragão (2013, p. 511) define como critérios para identificação dos casos de “desapropriação regulatória” a ensejarem a necessidade de indenização a “especificidade e a anormalidade da limitação em relação às faculdades inerentes ao direito de propriedade”. Segundo o autor:

[P]ara a restrição lícita ser indenizável ela tem que ser específica em relação a um ou alguns dos cidadãos, e não dirigida difusamente a toda a sociedade; e anormal, no sentido de não decorrer das limitações já inerentes à viabilização da vida em sociedade. Teremos que aferir, portanto, se os requisitos para eclodir a responsabilidade civil objetiva por ato ou norma lícita estão presentes. (ARAGÃO, 2013, p. 511).

O autor ressalta ainda que, nesses casos, o prejuízo causado ao particular se resolverá apenas em indenização, sem que seja possível o retorno ao *status quo ante*, tendo em vista a legalidade e constitucionalidade da medida (ARAGÃO, 2013, p. 511).

Também tratando do tema das regulações expropriatórias, Gustavo Binенbojm (2010) pontua o quão difícil é “determinar o ponto partir do qual a regulação se transforma em expropriação”. O autor traz, então, o teste proposto por Richard Epstein, em livro referência sobre o tema¹⁶, para que se verifique se determinada regulação se configura expropriatória.

Nesse teste, o qual se aplica para avaliarem-se os excessos regulatórios, o julgador deverá perguntar: (i) se houve um esvaziamento do direito de propriedade (*taking of private property*); (ii) se existe uma justificativa para a expropriação; (iii) se o esvaziamento é feito em benefício de uma finalidade pública; e (iv) se há alguma forma de compensação pelo *taking* (essa compensação pode ser implícita, o que ocorreria em atividades privadas que se valem de algum benefício do Estado para o seu exercício). Se a resposta às duas últimas perguntas for negativa, estará configurada a expropriação. (BINENBOJM, 2010).

Gustavo Binенbojm (2010) segue defendendo que, no Brasil, é possível identificar as hipóteses de regulação expropriatória através de uma análise à luz do princípio da proporcionalidade, com a análise sucessiva dos seus três elementos ou subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Gustavo Binенbojm (2010), a regulação que se caracteriza como expropriatória é aquela que não é proporcional, na medida em que se afigura desnecessária e/ou desproporcional em sentido estrito. O autor ressalta que, a menos que seja a única forma de se atingir determinado fim constitucionalmente previsto, o sacrifício desmedido de direitos deve ser evitado.

Deve-se atender à necessidade, subprincípio da proporcionalidade, dando preferência sempre às medidas menos gravosas aos direitos dos administrados. Também a proporcionalidade em sentido estrito deve ser observada, sob pena de se ter uma regulação expropriatória. Assim, se os custos de determinada regulação forem maiores do que os benefícios por ela trazidos, estar-se-á diante de regulação expropriatória (BINENBOJM, 2010). Conforme aponta Gustavo Binенbojm:

A regulação que expropria será aquela com custos muito elevados para o direito de propriedade sem um benefício equiparável para os interesses da coletividade. Em outras palavras, a desproporcionalidade haverá quando os custos individuais superarem os benefícios coletivos da medida. (BINENBOJM, 2010).

¹⁶ EPSTEIN, Richard. **Takings**: Private Property and the Power of Eminent Domain. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

Nos dois casos – regulação desnecessária e regulação desproporcional em sentido estrito – se cogitará da invalidade da regulação desproporcional (BINENBOJM, 2010).

Levando em consideração que não há uma prevalência, a priori, do interesse coletivo sobre o particular – e isso foi já exposto neste trabalho quando se tratou da constitucionalização do direito administrativo -, é possível que determinada medida seja considerada desproporcional a partir de uma comparação entre os custos individuais e os benefícios coletivos que proporcione. Assim, nos casos em que os interesses privados sejam desproporcionalmente atacados, estar-se-á diante de regulação expropriatória (BINENBOJM, 2010).

Gustavo Binenbojm (2010) faz ainda uma comparação entre tributação e regulação, salientando o caráter regulatório inerente à tributação e citando Richard Epstein, que aponta que tanto a tributação quanto a regulação “podem ser utilizadas como meio de confisco, porquanto as duas são equivalentes a uma (parcial) tomada (*taking*) da propriedade privada”. Decerto, se, por um lado, o ente federativo tem a capacidade para criar e cobrar tributos, por outro lado, a Constituição Federal (art. 150, IV) veda que a tributação assuma o caráter de confisco. Da mesma forma, a regulação não poderá trazer ônus tal ao administrado que impeça a manutenção da sua atividade econômica ou esvazie economicamente a sua propriedade. E o autor conclui esse raciocínio comparativo, afirmando que “o confisco está para a tributação assim como a regulação expropriatória está para a regulação”, e pontua:

Medidas que imponham restrições que inviabilizem economicamente uma atividade privada são confiscatórias. A fixação de preços (ou tarifas) abaixo da realidade é inconstitucional, pois, como já consignou o STF, são um “empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa”. Em verdade, a regulação que estabeleça preços irrealistas como forma de atingir uma finalidade pública é, de fato, expropriatória. (BINENBOJM, 2010).

Nesse sentido, o STF já assentou que: “[S]em dúvida, todo imposto que torne praticamente proibitivo a exploração de um comércio lícito, deve ser considerado inconstitucional” (BRASIL. STF. RE 18.976, 1952).

Por esse entendimento, caso haja outras formas de aproveitamento econômico da propriedade, ou seja, caso a regulação ressalve alguma forma razoável para a exploração econômica da atividade ou da propriedade, não será expropriatória a regulação. Também a

possibilidade de repasse do custo criado pela regulação para o preço a ser cobrado representa elemento que retira da regulação o caráter expropriatório (BINENBOJM, 2010).

Por fim, conclui Gustavo Binenbojm apontando os critérios que sugere para a aferição do caráter expropriatório ou não de uma regulação:

Em resumo do que se expôs, a regulação será expropriatória e inconstitucional, diante do exame do caso concreto: (i) quando vier acompanhada de esbulho possessório; (ii) quando for desproporcional, porquanto desnecessária e/ou tiver custos maiores que seus benefícios; e (iii) quando for excessiva por configurar esvaziamento econômico ou retirar o conteúdo prático do direito que passa a ser usado para o atendimento de finalidades públicas, sem qualquer compensação para o proprietário. (BINENBOJM, 2010).

Em seu artigo “Regulações Expropriatórias: apontamentos para uma teoria”, de 2014, André Cyrino faz referência às soluções propostas por Gustavo Binenbojm para identificar quando uma regulação será expropriatória.

André Cyrino concorda com a afirmação de Gustavo Binenbojm de que a regulação acompanhada de esbulho configurará expropriação. Cyrino aponta que “a tomada da posse é critério forte a determinar um confisco inconstitucional. Nesta hipótese, evidencia-se a incorporação forçada do bem ao patrimônio público e o esvaziamento das faculdades inerentes ao domínio privado”. E acrescenta ainda uma observação a partir da tese de Frank Michelman: nesses casos em que há a tomada da posse, os custos com a avaliação dos prejuízos e identificação do que se deve indenizar são baixos “ao contrário dos elevados custos gerados na decisão que levou ao esbulho” (CYRINO, 2014, p. 227) – ou seja, trata-se de situações em que os *settlement costs* são baixos, ao passo que os *demoralization costs* são altos, o que, segundo a teoria de Michelman tratada acima, configuraria hipótese em que se deve indenizar o particular pelos prejuízos causados pela regulação.

Mas Cyrino aponta também a necessidade de que se fixem outros critérios para identificar uma regulação expropriatória e distingui-la das regulações comuns. Segundo André Cyrino:

O esforço é de busca de parâmetros mínimos que possam ser utilizados com base na tradição jurídica brasileira e que justifiquem o remédio judicial de nulidade. Critérios de proporcionalidade, proibição do excesso, na linha do sustentado por Gustavo Binenbojm, além da vedação do uso de tributos para fins de confisco podem ser passos iniciais — mas não suficientes — na busca de parâmetros de avaliação

do caráter expropriatório da regulação. (CYRINO, 2014, p. 228).

André Cyrino concorda com Gustavo Binenbojm no sentido de que toda regulação expropriatória é desproporcional. No entanto, ele afirma que a aplicação do princípio da proporcionalidade como mecanismo para se aferir o caráter expropriatório de regulações não resolve o problema, tendo em vista que “pode ser igualmente tormentosa a aplicação do postulado da proporcionalidade” (CYRINO, 2014, p. 228).

Da mesma forma, segundo Cyrino, a noção de vedação do excesso, que está ligada a qualquer situação em que se restrinja um direito fundamental, não é suficiente para uma distinção definitiva entre regulação comum e regulação expropriatória. Segundo o autor, “devem-se investigar meios de diminuição da incerteza quanto à definição de uma expropriação” (CYRINO, 2014, p. 228).

Ao salientar a importância do desenvolvimento de uma teoria sobre as regulações expropriatórias, André Cyrino (2014, p. 229) lembra que “também é função social da propriedade a produção de riqueza e o desenvolvimento”, o que faz com que a atividade econômica não possa ser tomada para a realização de finalidades públicas que acabem por refletir a sua extinção.

Assim como Gustavo Binenbojm, André Cyrino entende que, se houver a possibilidade de repassar ao consumidor/usuário o custo gerado pela regulação, não se estará diante de regulação expropriatória. E essa possibilidade de absorção dos prejuízos da regulação pela atividade empresarial é um elemento que Cyrino (2014, p. 228) considera que deve ser objeto de maiores estudos como critério para aferição da existência ou não de confisco ou expropriação.

Ao tratar das soluções em geral já apresentadas para a identificação do caráter expropriatório ou não de regulações, André Cyrino afirma:

Em primeiro lugar, as soluções gerais de aplicação do dever de proporcionalidade, ponderação de interesses, concordância prática, limites imanentes, etc., embora possam contribuir para o equacionamento de casos concretos, não aprofundam o fenômeno da regulação econômica e social e sua relação com a extensão constitucional conferida à tutela da propriedade. Tais recursos metodológicos, aliás, já foram importados para alguns trabalhos que abordam o estudo da regulação econômica, a qual já se habituou ao exame de proporcionalidade. Todavia, referidos enfoques, de modo geral, apenas refletem, no âmbito do exame da regulação,

aquilo que já se estudava para os limites de atos normativos em geral. (CYRINO, 2014, p. 204).

Segundo Cyrino (2014, p. 230), as abordagens focadas no exame da proporcionalidade, em regra, apenas reproduzem aquilo que já se estudava para os limites dos atos normativos em geral, assim como o fazem as teses que têm como foco o banimento ao confisco e a vedação do excesso. Para o autor, há a necessidade de mais estudos específicos sobre os excessos de regulações, independentemente da sua forma.

Cyrino também faz uma crítica às concepções majoritárias do Direito Administrativo sobre limites à propriedade privada. Segundo ele, tais perspectivas:

(i) partem de pontos de vista autoritários, relacionados ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, operacionalizado num despótico poder de polícia, fundado numa etérea noção absolutista de domínio eminente; e (ii) merecem revisão para que se considerem as proteções (materiais e procedimentais) conferidas à propriedade privada no modelo constitucional brasileiro. (CYRINO, 2014, p. 204).

A necessidade de uma revisão do atual modelo de desapropriação já foi objeto de tópico anterior deste trabalho, tendo sido defendida uma releitura do instituto à luz da constitucionalização do Direito. De fato, diante do questionamento de tradicionais paradigmas centrais do Direito Administrativo e tendo em vista a centralidade em que se colocam os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, não pode ser mantido o atual modelo de desapropriação, que se encontra defasado e descolado da forma como se dá atualmente a relação entre Administração Pública e administrado.

André Cyrino (2014, p. 205) prossegue apontando a necessidade de se combinarem “ingredientes ignorados tanto pela literatura focada em teorias de direitos fundamentais quanto pela doutrina preocupada com questões relacionadas à intervenção do Estado na propriedade e na economia”. Segundo o autor, é preciso que se desenvolva no Brasil uma teoria geral de regulações expropriatórias em que se fixem limites à atuação regulatória do Estado. Essa teoria deverá levar em consideração a vedação ao confisco e os limites constitucionais à tomada de bens (CF: art. 5º, LIV, XXII-XXVI; art. 150, IV; e art. 170, II e III) (CYRINO, 2014, p. 205).

Por fim, André Cyrino salienta a falta de estudos sobre limites às regulações no Brasil, tendo em vista a insuficiência de teses focadas na proporcionalidade, na proibição do confisco e na vedação ao excesso para a fixação de parâmetros sobre o tema. O autor reconhece a contribuição das ideias já apresentadas sobre o assunto no sentido da fixação de parâmetros

para se identificarem as regulações expropriatórias. No entanto, ele defende a necessidade de mais estudos específicos sobre as regulações e seus excessos, a fim de que se forme uma teoria de limitações à atividade regulatória nas suas variadas formas – uma teoria sobre as regulações expropriatórias no Brasil (CYRINO, 2014, p. 203).

V.III. JURISPRUDÊNCIA SOBRE REGULAÇÕES EXPROPRIATÓRIAS NO BRASIL

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já julgaram inúmeros casos envolvendo desapropriações indiretas através de regulações. Da jurisprudência que se formou a partir desses precedentes, verifica-se que os dois Tribunais têm entendimentos diferentes sobre o tema, sendo, portanto, ainda inexistente uma solução definitiva (CYRINO, 2014, p. 219).

Conforme salienta André Cyrino (2014, p. 219), o STJ teve, ao longo do tempo, uma mudança da sua jurisprudência, que pode ser dividida em dois momentos. No primeiro deles, o STJ admitia a “possibilidade de caracterização de desapropriação indireta em razão de regulações gerais (geralmente rotuladas de limitações administrativas)”. Nos últimos anos, porém, o STJ tem mudado o seu entendimento.

O STF, por sua vez, “admite (ao menos em *obiter dictum*) a possibilidade de caracterização da modalidade expropriatória indireta por meio de limitações administrativas de caráter regulatório, reconhecendo que a gravidade das restrições promovidas por normas gerais poderia ensejar proteção judicial” (CYRINO, 2014, p. 219).

André Cyrino, ao tratar da jurisprudência sobre o tema, destaca os casos relativos à criação do Parque Estadual da Serra do Mar:

Os casos envolvendo a criação do Parque Estadual da Serra do Mar em São Paulo sobressaem-se pelo elevado número de precedentes que tentaram (sem sucesso) definir os requisitos do instituto. O parque da Serra do Mar do Estado de São Paulo foi criado em 1977 pelo Decreto Estadual no 10.251, alterado pelo Decreto Estadual no 13.313/1979. Tais decretos fixaram os limites geográficos do parque, provocando incidência de rigorosa legislação ambiental sobre a propriedade privada ali existente. Na dicção do Decreto Estadual nº 10.251, a criação do parque teve “a finalidade de assegurar integral proteção à flora, à fauna, às belezas naturais, bem como para garantir sua utilização a objetivos educacionais, recreativos e científicos” (art. 1º). O regulamento também estabeleceu que as terras

compreendidas no parque fossem, desde então, “declaradas de utilidade pública para fins de desapropriação, por via judicial ou amigável” (art. 6º). Esperava-se que se expedissem novos decretos de modo a concretizar as desapropriações, inclusive com o pagamento de indenização prévia, em dinheiro. Todavia, nem todas as terras foram efetivamente desapropriadas, muito embora não mais pudessem ser economicamente exploradas.

Diante da gravidade das restrições, diversos proprietários que não tiveram suas terras expressamente desapropriadas, mas que possuíam imóveis no perímetro do parque florestal, ingressaram em Juízo pretendendo o recebimento de indenização. A alegação básica dessas demandas era a de ocorrência de desapropriação indireta. Aduziu-se que a criação do parque configurava violação ao direito de propriedade, e que os rigorosos gravames acabaram por esvaziar completamente o conteúdo econômico dos seus terrenos. (CYRINO, 2014, p. 220).

Nessa ocasião, o STJ, em um primeiro momento, reconheceu a ocorrência de desapropriação indireta através da criação do Parque Estadual da Serra do Mar. O STJ aplicou ao caso o entendimento de que, havendo a perda dos poderes que caracterizam a propriedade (usar, fruir e dispor), estaria configurada a expropriação, ainda que a atuação administrativa estivesse na forma de limitação administrativa genérica (CYRINO, 2014, p. 220). A partir da adoção desse entendimento, o STJ determinou o pagamento de indenização a diversos particulares.

No entanto, o entendimento do STJ foi alterado posteriormente. Em acórdão de relatoria do Min. Luiz Fux, colocou-se que é pacífica a jurisprudência atual do STJ no sentido de que:

[A] criação do ‘Parque Estadual da Serra do Mar’, por intermédio do Decreto no 10.251/77, do Estado de São Paulo, não acrescentou qualquer limitação àquelas preexistentes, engendradas por outros atos normativos (Código Florestal, Lei de Parcelamento do Solo Urbano), que já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade. (BRASIL. STJ. AgRg no REsp n. 988.785/SP, 2009).¹⁷

O atual entendimento do STJ é no sentido de que as medidas determinadas pelo decreto estadual tinham caráter de meras limitações administrativas, já que não houve esbulho possessório e nem o esvaziamento de todas as faculdades inerentes à propriedade.¹⁸ Ademais,

¹⁷ Esse acórdão foi proferido pela Primeira Turma do STJ em 2009, e teve relatoria do min. Luiz Fux. No mesmo sentido: EREsp no 610.158/SP, rel. ministro Castro Meira, DJe 22-9-2008, AgRg no REsp 649183/SP, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 4-2-2010. V. tb., mais recentemente STJ, EDcl no AREsp 150.667/SP, rel. min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 15-10-2013.

¹⁸ Em outro caso, referente à criação de área de preservação permanente, o STJ adotou entendimento no mesmo sentido, apontando que “a desapropriação indireta somente se dá com o efetivo desapossamento do imóvel em

a criação do Parque Estadual era uma aplicação da função social da propriedade, a qual já era garantida desde 1965 pelo Código Florestal (Lei 4.771/1965) (BRASIL. STJ. REsp. 468.405/SP, 2003). Nessa ocasião, o STJ entendeu pelo não cabimento de indenização diante de regulação de caráter geral. A imposição deveria ser suportada pelos proprietários dos bens tendo em vista o interesse coletivo.

Em outros casos envolvendo a criação de área de preservação permanente, o STJ entendeu também que “a desapropriação indireta somente se dá com o efetivo desapossamento do imóvel em favor do ente expropriante, tal não ocorrendo com a simples limitação decorrente da criação de área de preservação permanente” (BRASIL. STJ. Agr. Reg. nos ED no REsp nº 1417632/MG, 2014).¹⁹

Outros casos julgados pelo STJ envolveram a perda de propriedade em razão da criação de reservas indígenas. Na ocasião do julgamento desses casos, o STJ fixou o entendimento de que a demarcação de terras indígenas não configura desapropriação indireta, que dependeria de esbulho possessório.²⁰ Soma-se a esse argumento o de que, na demarcação de terras indígenas, há processo administrativo com manifestação dos proprietários envolvidos (CYRINO, 2014, p. 222).

Para o STJ, portanto, para haver desapropriação indireta, é preciso que haja esbulho possessório. Nesse sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO BUSCANDO A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE PORTARIA DE DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. RECURSO PROVIDO.

[...] 3. O procedimento de demarcação de terras indígenas não pode ser comparado ao apossamento administrativo — também chamado de desapropriação indireta —, caracterizado como verdadeiro esbulho possessório, sem a

favor do ente expropriante, tal não ocorrendo com a simples limitação decorrente da criação de área de preservação permanente”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1417632-MG. Relator: min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302056443&dt_publicacao=11/02/2014>. Acesso em: 17 de março de 2016.

¹⁹ Ver também o precedente citado no acórdão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.361.025-MG. Relator: min. Humberto Martins, Segunda Turma, 29 de abril de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300001457&dt_publicacao=28/06/2013>. Acesso em: 17 de março de 2016.

²⁰ Nesse sentido, confira-se o Recurso Especial nº 767490/GO, julgado pela Primeira Turma do STJ em 2007, com relatoria do ministro Luiz Fux.

necessária garantia do contraditório e do devido processo legal. [...] (BRASIL. STJ. REsp nº 1.097.980/SC, 2009).

Como exemplos que atestam esse entendimento do STJ, André Cyrino menciona dois casos:

Assim, por exemplo, a Corte não criou óbice ao pagamento de indenização por desapropriação indireta no caso da obra do prédio da Câmara Municipal de Camaçari, do estado da Bahia, construída em terreno particular (STJ, REsp no 950.290/BA, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 5-6-2008). O mesmo para a construção de rodovia (BR-060), que passa sobre propriedade particular, (STJ, REsp 767490/GO, rel. ministro Luiz Fux, Primeira Turma. DJe 7-5-2007) ressaltando-se, no entanto, as restrições administrativas que daí advenham com a imposição, por exemplo, de área *non aedificandi*, não seriam indenizáveis (STJ, REsp 760498/SC, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, DJe 12-2-2007. Há julgados em sentido contrário, e.g.: STJ, REsp no 641.725/SC, relator: Castro Meira, Segunda Turma, DJ 12-9-2005, p. 282; e STJ, REsp no 149765/GO, rel. ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ 27-4-1998). (Referências de julgados citadas pelo autor).

Já o STF admite a possibilidade de configuração de desapropriação indireta através de limitações administrativas. Conforme ressalta André Cyrino (2014, p. 222), pelo entendimento do STF, que é diametralmente oposto ao do STJ, a criação da Reserva Florestal da Serra do Mar, por exemplo, caracterizaria desapropriação indireta. Confira-se:

Ação de desapropriação indireta. Reserva Florestal Serra do Mar. Assente a jurisprudência do Supremo Tribunal de que é devida indenização pela desapropriação de área pertencente à reserva florestal Serra do Mar, independentemente das limitações administrativas impostas para proteção ambiental dessa propriedade. (BRASIL. STF. AI 529.698/SP, 2006).

Para o STF, como as matas têm um valor econômico e este é esvaziado pela regulação ambiental que cria áreas de proteção permanente, restaria, nesses casos, configurado o dever de indenizar. Nesse sentido, no Agravo de Instrumento nº 677.647/AP, julgado em 20 de maio de 2008, o relator ministro Eros Grau consignou no seu voto que “a parcela de cobertura vegetal sujeita a restrições administrativas é passível de indenização, segundo parâmetros de mercado,

de forma que o expropriado venha a ser ressarcido do valor correto, justo e real do bem que lhe foi retirado”.²¹

Assim, pelo entendimento esposado pelo STF, em que pese ser possível a regulação ambiental, tal regulação não pode anular a proteção à propriedade privada.

No entanto, conforme aponta André Cyrino, apesar de o STF reconhecer expressamente a possibilidade de configuração de desapropriação indireta pela criação de reservas ambientais, o Tribunal considera a matéria como infraconstitucional, reforçando a competência do STJ para o tratamento do problema.²² Nesse sentido:

Com efeito, à luz da jurisprudência desta Corte, as matas preservadas têm valor econômico que deve ser considerado na indenização relativa à desapropriação. (...) No entanto, trata-se de questão de âmbito infraconstitucional, de modo que não cabe o recurso extraordinário, dada a inexistência de ofensa direta à Constituição federal.²³

André Cyrino (2014, p. 223), tratando da jurisprudência do STF sobre o tema, afirma que “o não tratamento da matéria sob o ponto de vista constitucional é um erro a merecer reparo”.²⁴ O autor embasa o seu entendimento no fato de se tratar de tema a ser tratado sob uma ótica de debate constitucional sobre a proteção da propriedade. Conforme já se tratou neste trabalho, as regulações expropriatórias acabam por configurar burla ao sistema constitucional de proteção à propriedade privada. Tendo em vista o caráter constitucional do tema, parece

²¹ Trecho do voto do min. Eros Grau, relator do AI no 677.647/AP. (BRASIL. STF. AI 677.647/AP, 2008). No mesmo sentido, AI no 278029/SP, rel. min. Moreira Alves, j. 19-2-2002, Primeira Turma, DJ 5-4-2002, p. 60. RE no 134.297, rel. min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 13-6-1995, DJ 22-9-1995, p. 30.597; e o RE no 100.717/SP, rel. min. Francisco Rezek, j. 9-12-1983, Segunda Turma, DJ 10-2-1984, p. 1019.

²² André Cyrino (op. cit., p. 223) pontua que: “Em regra, o STF não conhece do recurso, apesar de consignar seu entendimento sobre o caso. Nesse sentido, por exemplo, o citado precedente RE no 134.297, rel. min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. 13-6-1995, DJ 22-9-1995, p. 30.597. No RE no 267.817-1/SP, contudo, o STF conheceu do recurso com fundamento no art. 5º, XXIV, da Constituição, para determinar que o Juízo a quo considere a possibilidade de indenização pela cobertura florestal, no caso da criação de reserva ambiental estabelecida por norma geral (rel. min. Maurício Corrêa, j. 29-10-2002, DJ 29-11-2002).”

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo de Instrumento nº 295.072-SP Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Relator: min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 20 de outubro de 2009. DJE 218, 19 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28295072.NUME.+OU+295072.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/znu2cn>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

No mesmo sentido: RE nº 267.817/SP rel. min. Maurício Corrêa, j. 29-10-2002, Segunda Turma, DJ 29-11-2002, p. 42. Mais recentemente, v. STF, RE nº 597.897 AgR/SP, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda turma, DJe 26-6-2013; STF, AI no 851.862 AgR/SC, rel. min. Teori Zavascki, Segunda turma, DJe 17-9-2013; STF, RE nº 629.993 AgR/DF, rel. min. Rosa Weber, Primeira Turma, 4-12-2012.

²⁴ CYRINO, op. cit., p. 223.

realmente que o mais razoável e acertado seria reconhecer à discussão o caráter constitucional que lhe é inerente.

Constata-se, portanto, que o STF e o STJ discordam quanto às hipóteses que configurariam ou não regulações expropriatórias. Enquanto o STJ entende ser elemento essencial à configuração da desapropriação indireta o esbulho possessório, o STF reconhece a possibilidade de ocorrência de expropriação através de meras limitações administrativas que venham a esvaziar o conteúdo econômico da propriedade.

Tal divergência jurisprudencial reforça ainda mais a necessidade do desenvolvimento de teses doutrinárias sobre o tema, a fim de que se venha a dar um tratamento adequado aos casos de regulação expropriatória, evitando-se, com isso, decisões conflitantes em casos semelhantes.

V.IV. ENTENDIMENTOS SOBRE O TEMA NO BRASIL E NOS EUA

Conforme se verificou do tópico anterior, a jurisprudência no Brasil ainda não tem entendimento pacífico sobre o tema das regulações expropriatórias.

No entanto, é de se ressaltar a dificuldade de se alcançar uma solução definitiva sobre o assunto. Mesmo nos Estados Unidos, onde a questão já é discutida há quase um século e a literatura sobre o assunto é bem mais vasta, não há ainda entendimento pacífico sobre as regulações expropriatórias. Nesse sentido, vide trechos do artigo de Richard A. Epstein publicado na página da Stanford Law Review:

Infelizmente, o direito das modernas desapropriações está em grande desordem, porque a Suprema Corte lida de forma incorreta com os interesses divididos sob a *Takings Clause* da Quinta Emenda, em que se lê: “a propriedade privada não será tomada para uso público sem compensação”. A distinção reinante da Suprema Corte nessa área se dá entre expropriações físicas e regulatórias. Em uma expropriação física, o governo ou uma pessoa privada autorizada pelo governo ocupa terra privada no todo ou em parte. No caso de uma expropriação física propriamente, o governo deve pagar ao proprietário plena compensação pelo valor da terra ocupada. As expropriações regulatórias, por sua vez, deixam os proprietários na posse, mas os sujeita a restrições na habilidade de usar, desenvolver ou dispor da terra. Sob o atual direito, expropriações regulatórias só são compensáveis quando o governo não pode demonstrar alguma justificativa

social, amplamente concebida, para a sua imposição.
(EPSTEIN, 2012).²⁵

Assim, conforme ressalta Epstein em sua crítica, sob o atual direito das expropriações, uma ocupação física com consequências econômicas irrelevantes enseja compensação total. Por outro lado, medidas regulatórias não ensejam qualquer compensação, ainda que levem a enormes perdas econômicas (EPSTEIN, 2012).

A distinção entre expropriações físicas e regulatórias tem levado, nos casos julgados pela Suprema Corte, a uma proteção muito maior às expropriações físicas, tendo em vista a histórica importância da proteção contra a ocupação. Epstein (2012) cita trecho em que o Justice Thurgood Marshall escreveu que uma expropriação física “é talvez a mais séria forma de invasão dos interesses patrimoniais de um proprietário. Para usar uma metáfora, o governo não só simplesmente toma um único ‘cabo’ do ‘feixe’ dos direitos de propriedade: ele corta o feixe inteiro, pegando um pedaço de cada cabo”.²⁶

O autor segue argumentando contra a distinção entre desapropriação física e desapropriação regulatória, mais especificamente no que concerne à menor importância e proteção dada à propriedade em relação a esta última forma de desapropriação. Segundo Epstein (2012), “a distinção categórica entre expropriações físicas e regulatórias ignora todas as semelhanças relevantes, e necessariamente aumenta o custo de administrar o sistema, especialmente nos enigmáticos casos próximos da linha divisória”.²⁷

Epstein (2012) complementa afirmando que a análise correta de quaisquer expropriações em que se verifiquem interesses divididos sobre a propriedade deve considerar

1 ²⁵ TRADUÇÃO LIVRE DO SEGUINTE TEXTO: “UNFORTUNATELY, MODERN TAKINGS LAW IS IN VAST DISARRAY BECAUSE THE SUPREME COURT DEALS INCORRECTLY WITH DIVIDED INTERESTS UNDER THE TAKINGS CLAUSE OF THE FIFTH AMENDMENT, WHICH READS: “NOR SHALL PRIVATE PROPERTY BE TAKEN FOR PUBLIC USE, WITHOUT JUST COMPENSATION.” THE SUPREME COURT’S REGNANT DISTINCTION IN THIS AREA IS BETWEEN PHYSICAL AND REGULATORY TAKINGS. IN A PHYSICAL TAKING, THE GOVERNMENT, OR SOME PRIVATE PARTY AUTHORIZED BY THE GOVERNMENT, OCCUPIES PRIVATE LAND IN WHOLE OR IN PART. IN THE CASE OF A PER SE PHYSICAL TAKING, THE GOVERNMENT MUST PAY THE LANDOWNER FULL COMPENSATION FOR THE VALUE OF THE LAND OCCUPIED. REGULATORY TAKINGS, IN CONTRAST, LEAVE LANDOWNERS IN POSSESSION, BUT SUBJECT THEM TO RESTRICTIONS ON THE ABILITY TO USE, DEVELOP, OR DISPOSE OF THE LAND. UNDER CURRENT LAW, REGULATORY TAKINGS ARE ONLY COMPENSABLE WHEN THE GOVERNMENT CANNOT SHOW SOME SOCIAL JUSTIFICATION, BROADLY CONCEIVED, FOR ITS IMPOSITION.” EPSTEIN, 2012.

²⁶ Tradução livre do seguinte texto: “is perhaps the most serious form of invasion of an owner’s property interests. To borrow a metaphor, the government does not simply take a single ‘strand’ from the ‘bundle’ of property rights: it chops through the bundle, taking a slice of every strand.” Vide *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419, 435 (1982). In EPSTEIN, op. cit., 2012.

²⁷ Tradução livre do seguinte texto: “The categorical distinction between physical and regulatory takings ignores all the relevant similarities, and it necessarily increases the cost of administering the system, especially in the puzzling cases close to the line”. EPSTEIN, op. cit., 2012.

os benefícios e os custos para todas as expropriações - tanto para as físicas quanto para as regulatórias.

Conforme defende o autor, a abordagem correta compensa pela diminuição do valor de mercado de um bem, independentemente de se tratar de expropriação física ou regulatória (EPSTEIN, 2012).

Uma observação interessante feita por Epstein diz respeito ao efeito de contenção da atuação do Poder Público que um “sistema de preços” naturalmente teria:

Colocar o governo sob um sistema de preços (através do pagamento de justa compensação) aumenta as chances de que expropriações só ocorram quando os seus ganhos sociais excedam os seus custos sociais. Se governos sempre atuassem com boa motivação e completo conhecimento, a proteção raramente seria necessária. Mas atores com interesses próprios raramente demonstram essa medida de autocontenção – assim, socialmente, vale à pena suportar os pesados custos de administrar um sistema de compensações.²⁸

De fato, caso a Administração Pública tenha de pagar justa compensação sempre que as suas medidas causarem perdas patrimoniais a particulares cujos bens sejam atingidos pela regulação, provavelmente as regulações só acontecerão quando os ganhos excederem aos custos – considerando-se os custos como um todo, somando-se, para esse fim, inclusive os prejuízos sofridos por um particular isoladamente. Seria uma medida de autocontenção do Poder Público que teria como consequência maior proteção à propriedade privada e às faculdades a ela relativas.

No entanto, ainda persistem na Suprema Corte dos EUA casos em que a diferenciação entre expropriação física e regulatória é feita e é tomada como elemento essencial para a determinação da necessidade ou não de compensação ao particular prejudicado em seu patrimônio. Exemplo que demonstra isso é o caso de 1993 *Yee v. City of Escondido*, trazido por Epstein (2012), em que a Justice Sandra Day O'Connor afirmou que um regulamento de controle de aluguéis “não resulta, em primeiro lugar, em uma expropriação física”, apontando ainda que, como os locadores “voluntariamente abrem a sua propriedade para a ocupação por

²⁸ Tradução livre do seguinte texto: “*Placing the government under a price system (through the payment of just compensation) increases the odds that takings will only occur when their social gains exceed their social costs. If governments always acted with good motives and full knowledge, the protection would hardly be required. But self-interested actors rarely show that measure of self-restraint—so socially, it is worth bearing the heavy costs of running a compensation system*”. EPSTEIN, op. cit., 2012.

outros, os requerentes não podem reivindicar um direito per se a compensação baseado na sua inabilidade de excluir indivíduos particulares”.²⁹

Epstein (2012) conclui seu artigo afirmando que a divisão sem escrúpulos entre ocupação e regulação é manipulada para colocar diversos temas, como controle de aluguéis, direitos minerários e direitos aéreos na categoria de expropriações regulatórias, “onde o fraco nível de proteção contra regulações expropriatórias encoraja uma excessiva atividade estatal”.³⁰ Segundo o autor, não há justificativa intelectual para se fazer essa distinção categórica entre expropriações físicas e regulatórias, e, portanto essa distinção deveria ser abolida da abordagem sobre expropriações. Essencialmente, Epstein defende a aplicação de um tratamento unificado a ambos os casos, de modo que, em cada caso, a questão central a ser discutida fosse não se é devida ou não a compensação pela expropriação, mas se a compensação corresponde ou não ao valor do interesse patrimonial tomado. Por fim, o autor afirma que “ainda há muito trabalho a ser feito” em relação ao tema (EPSTEIN, 2012).

VI. CONCLUSÃO

A partir do estudo feito neste trabalho, verifica-se que as regulações expropriatórias configuram modalidade de desapropriação indireta, tendo em vista se tratar de atuação do Estado que acaba por esvaziar o conteúdo econômico de determinado bem do particular, sem respeitar o devido processo de desapropriação, e sem compensar o particular com indenização justa, prévia e em dinheiro, nos termos do art. 5º, XXIV, LIV e LV da Constituição Federal.

Como visto, a Constituição Federal de 1988 confere ao direito de propriedade *status* de direito fundamental, o que justifica a necessidade da observância de limitações ao atingimento, pelo Estado, do desse direito. Tais limitações configuram balizas instituídas pela própria Constituição como garantia ao direito de propriedade dos administrados em face da atuação estatal.

De fato, dado o caráter fundamental do direito de propriedade e as garantias colocadas pela Constituição a esse direito, qualquer atuação do Estado que importe no esvaziamento

²⁹ Tradução livre do seguinte texto: “*Because they voluntarily open their property to occupation by others, petitioners cannot assert a per se right to compensation based on their inability to exclude particular individuals*”. 503 U.S. 519, 532 (1992) *In* EPSTEIN, op. cit., 2012.

³⁰ Tradução livre do trecho: “*where the weak level of protection against regulatory takings encourages excessive government activity*”. EPSTEIN, op. cit., 2012.

econômico da propriedade sem a correspondente compensação configurará desapropriação indireta, independentemente da forma de que se revista.

Conforme se demonstrou, prevalece na doutrina o entendimento de que a configuração de expropriação não exige a transferência da propriedade à titularidade do Estado, e tampouco exige que a medida tenha sido veiculada por norma de efeitos concretos, voltada ao atingimento de bem ou bens específicos. Portanto, pode haver expropriação através de norma genérica e abstrata que não transfira a propriedade do bem atingido ao patrimônio estatal, desde que tal medida enseje esvaziamento da utilidade ou valor econômico da propriedade. Nesse caso, se estará diante de regulação expropriatória.

Sobre a natureza e fundamento da indenização em casos de regulação expropriatória, parece acertado o entendimento de Alexandre Aragão no sentido de que, nos casos de regulações expropriatórias, assim como nos casos de esbulho possessório, a indenização devida ao particular terá fundamento no art. 37, § 6º, CF, ou seja, será compensação pelo prejuízo causado por comportamento estatal lícito ou ilícito, tendo em vista a responsabilidade civil objetiva do Estado.

Quanto à necessidade de maior estudo do tema, de fato, conforme salienta André Cyrino, faz-se necessária a construção de uma teoria sobre as regulações expropriatórias no Brasil. Com a constitucionalização do Direito Administrativo e a consequente perda de força de paradigmas clássicos como a prevalência do interesse público sobre o privado, cria-se a necessidade de se dar atenção ainda maior a temas como as regulações expropriatórias.

Com a constitucionalização, a alteração na relação entre Administração Pública e administrado, marcada pela centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, exige novo tratamento normativo ao instituto da desapropriação, conforme ressalta Jessica Acocella. Por outro lado, conforme se demonstrou neste trabalho, se há a necessidade de uma releitura do instituto da desapropriação para que se evitem excessos do Estado diante da sua nova relação com o administrado, maior ainda é a imprescindibilidade de uma reforçada atenção ao instituto das regulações expropriatórias, que carece até mesmo de tratamento normativo específico.

De fato, a ausência de uma sistematização no tratamento das regulações expropriatórias deixa o direito de propriedade desprotegido em relação a possíveis excessos regulatórios do Estado, o que não se pode admitir, notadamente tendo em vista as garantias que a Constituição Federal quis atribuir a esse direito.

Se, por um lado, é certo que as regulações expropriatórias merecem ser alvo de mais estudos, por outro lado também não há dúvidas de que se trata de tema extremamente complexo. E a complexidade do tema se verifica pela dificuldade da doutrina e da jurisprudência em fixar parâmetros para o reconhecimento das regulações expropriatórias, bem como em colocar limites à atuação regulatória do Estado para evitar essa categoria de expropriações.

Como visto, se, no Brasil, o STF e o STJ discordam quanto à possibilidade de configuração de expropriação através de regulações, também nos EUA, onde as discussões doutrinárias e jurisprudenciais são bem mais vastas e antigas, o tema ainda é controvertido, conforme se demonstrou acima, notadamente a partir da análise da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA e dos estudos de Richard Epstein.

O entendimento no sentido da necessidade de esbulho possessório para que seja devida a indenização, tanto no Brasil como nos EUA, deve-se ao fato de a desapropriação historicamente mais antiga e, a princípio, mais comum, ter sido a física. Isso fez com que essa forma de desapropriação recebesse maior atenção e fez também com que em face dela se construíssem maiores garantias à propriedade.

No entanto, esse entendimento no sentido da necessidade de esbulho para que se configure expropriação é, ao nosso ver, equivocado, conforme se demonstrou neste trabalho, com respaldo na melhor doutrina sobre o tema³¹. É certo que novas situações e contextos exigem novo tratamento jurídico, sendo necessário verificar a *ratio* da norma, ao invés de prender o tratamento jurídico dessas novas situações a um formalismo sem embasamento na *mens legis*.

O objetivo da indenização pela desapropriação é compensar o particular por uma perda exagerada do direito de usar, fruir e dispor da sua propriedade que se deu em prol de um interesse coletivo. Independentemente da forma como essa perda se deu (se por desapropriação física ou travestida de regulamentação), verificado o dano desproporcional à propriedade, verificado o seu esvaziamento econômico, deverá haver indenização. Como observa Richard Epstein (1984), a diferenciação entre a desapropriação física e a regulatória levaria ao absurdo, na prática, de ser dada uma solução diferente para o caso de o Poder Público utilizar ou não a propriedade que foi retirada do particular, o que não é razoável. O que se protege através da justa indenização é o direito de propriedade e, portanto, o que se deve compensar é o prejuízo causado ao particular, independentemente da forma como ele foi causado. A diferenciação entre expropriação física e regulatória, conseqüentemente, é descabida.

³¹ Nesse sentido, Gustavo Binenbojm, Alexandre Aragão e André Cyrino, bem como a jurisprudência do STF.

No atual contexto do Direito Administrativo, em que as normas constitucionais prevalecem sobre a legalidade estrita; nesse contexto em que preponderam a dignidade da pessoa humana e a proteção aos direitos fundamentais à luz, notadamente, dos princípios constitucionais que se irradiam, não se pode admitir, com base em um formalismo exacerbado, que haja excessos do Estado em prejuízo de um direito fundamental.

Não se pode, portanto, admitir que a proteção ao direito de propriedade só se efetive caso a violação a esse direito se revista de determinada forma (esbulho possessório). Em proteção ao direito de propriedade, consagrado como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, deve-se dar às regulações expropriatórias a atenção que elas merecem enquanto forma de expropriação, de desapropriação indireta que são.

Para isso, cumpre realizar maiores estudos sobre o tema, de modo a criar parâmetros que permitam melhor identificar os casos em que se dá a regulação expropriatória. Faz-se necessário também definir limitações à atuação estatal que possa configurar esse tipo de expropriação.

Por outro lado, no Brasil, também urge que o Superior Tribunal de Justiça avance o seu entendimento no sentido de vislumbrar e admitir a possibilidade de configuração de expropriações através da atividade regulatória do Estado. Fala-se aqui em necessidade de avanço porque, com as devidas vênias, o atual entendimento do STJ não se harmoniza com o hodierno contexto de constitucionalização do Direito e com o entendimento amplamente majoritário na doutrina acerca do tema.

Conforme se demonstrou neste estudo, à luz da constitucionalização do Direito Administrativo e dos seus efeitos sobre os institutos clássicos desse ramo do Direito e sobre a relação entre o Poder Público e os administrados, a atividade regulatória do Estado pode sim configurar expropriação ao esvaziar o direito de propriedade do particular, o que lhe dará o caráter de desapropriação indireta. Tendo em vista a centralidade da dignidade humana e dos direitos fundamentais que vige atualmente, não restam dúvidas de que a proteção ao direito de propriedade deve receber o tratamento normativo e jurisdicional adequado, o qual deverá abranger as diversas formas de atingimento desse direito, inclusive as regulações expropriatórias.

REFERÊNCIAS

ACOCELLA, Jessica. **O significado constitucional da justa indenização expropriatória.** Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD, N. 27, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo.** 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo.** In: Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas. Organizadores: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BAPTISTA, Patrícia. **A evolução do Estado regulador no Brasil – Desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização.** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito Público Internacional.** Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1939.

BINENBOJM, Gustavo. **Regulações Expropriatórias.** Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2010/04/regulacoes-expropriatorias/>>. Acesso em: 17/01/2016.

BINENBOJM, Gustavo. **A Constitucionalização do Direito Administrativo No Brasil: Um Inventário De Avanços E Retrocessos.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 13. Março/abril de 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2016, p. 6.

CYRINO, André Rodrigues. **Regulações Expropriatórias: apontamentos para uma teoria.** RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014.

EPSTEIN, Richard A. **Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain.** Cambridge: Harvard University Press, 1984.

EPSTEIN, RICHARD A. **PHYSICAL AND REGULATORY TAKINGS: ONE DISTINCTION TOO MANY.** STANFORD LAW REVIEW ONLINE 99, 2012. DISPONÍVEL EM: <HTTP://WWW.STANFORDLAWREVIEW.ORG/ONLINE/PHYSICAL-REGULATORY-TAKINGS#FOOTNOTE_6>. ACESSO EM 10 DE FEVEREIRO DE 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Tombamento e dever de indenizar.** Revista de Direito Público nº 81. São Paulo: Malheiros Editores, 1987.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **A desapropriação no Estado Democrático de Direito.** ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas.* Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 593-618.

RHEIN SCHIRATO, Vitor. **As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria geral do Estado.** *In* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas.* Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 469-537.

SILVA, De Plácido E. **Vocabulário Jurídico** / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.