

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X
4 721807 779000
Edição 117 - Abril de 2010
R\$ 16,90

MINISTRO GILMAR MENDES
PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MISSÃO CUMPRIDA

Editorial: AVE MAGISTERES!

REGULAÇÕES EXPROPRIATÓRIAS

Gustavo Binenbojm

Advogado

Professor Adjunto de Direito Administrativo da UERJ

A função regulatória do Estado, prevista genericamente no art. 174 da Constituição da República, 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. Modo geral, a regulação incide, de forma compulsória ou meramente indutiva, sobre as principais variáveis econômicas, como preço, entrada, especificações, quantidades e informação. Como preconizado por Norbert Reich, existe uma relação de dupla instrumentalidade entre economia e Estado: a economia instrumentaliza o Estado, na medida em que exige instituições jurídicas que viabilizem o seu funcionamento (propriedade, contratos etc.); mas é também por ele instrumentalizada, por meio de distintas formas de regulação voltadas à consecução de fins socialmente desejáveis (eficiência, maximização da riqueza, redistribuição etc.).

Superada a fase das discussões cerebrinas ou puramente ideológicas, há que se reconhecer que se, de um lado, o Estado não tem o monopólio do interesse público, o livre-mercado, de outro, não tem o monopólio da eficiência. Haverá regulação estatal, assim, quando moralmente justificável, juridicamente possível e pragmaticamente defensável. A definição da abrangência e da intensidade da atuação estatal no domínio econômico não fica, todavia, ao inteiro alvedrio de legisladores e administradores, sendo antes constitucionalmente limitada pelo dever de *proporcionalidade*, que confere equilíbrio à atuação subsidiária do Estado, conduzindo para um modelo de “intervenção sensata”¹.

Na sistematização de Eduardo García de Enterría², há três possíveis gradações de intervenção do Estado nos direitos dos administrados. 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).

Com efeito, há situações em que não se está diante de um simples condicionamento ao exercício do direito ou de uma delimitação da sua abrangência. A pretensão regulatória vai longe demais, recaindo sobre o conteúdo essencial do direito de propriedade. 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 individualizados³. 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 direitos⁴. 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.

Assim, a regulação terá caráter expropriatório considerando-se a intensidade do sacrifício imposto⁵. Isto é, diante da magnitude do sacrifício, não importam os meios adotados, a medida terá caráter expropriatório. Trata-se de casos em que se impõe ao particular um sacrifício que, de tão grave, não é exigível, mesmo que por lei⁶. Do contrário, far-se-ia letra morta o regime constitucional de proteção da propriedade privada. Nas palavras de 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”⁷.

O Poder Público vai de encontro à propriedade privada (inclusive de bens imateriais) quando a pretexto de conformar, esvazia gravemente as funções inerentes ao exercício de suas faculdades (usar, fruir e dispor). São hipóteses em que há cerceamento da funcionalidade prática ou da utilidade econômica do direito; casos muito além daquilo que se convencionou chamar limitação administrativa, o que, aliás, vem sendo reconhecido pela jurisprudência⁸.

É nesse sentido, e.g., que casos de excessiva regulação ambiental podem ensejar o que se convencionou chamar *desapropriação indireta*. O administrador público que esvaziar em demasia o conteúdo econômico e a funcionalidade de bens imóveis por razões ambientais ataca o cerne do direito de propriedade, gerando, inclusive, direito de indenização. No julgamento do Recurso Especial nº 52.905, por exemplo, consignou o Min. Humberto Gomes de Barros que “efetivamente, a criação da reserva florestal não importou em apossamento administrativo, no entanto esvaziou o conteúdo econômico da propriedade”⁹. Com essa mesma inspiração Carlos Ari Sunfeld leciona que: “qualquer condicionamento do direito de propriedade tem como limite a viabilidade prática e econômica do emprego da coisa”¹⁰. No caso da regulação estatal de atividades econômicas, haverá expropriação quando a medida legislativa ou administrativa restringir, de maneira desproporcional e sem compensação, algum aspecto da atividade empresarial, como suas marcas, fundo de comércio, matérias-primas, dentre outros bens e direitos.

No âmbito do direito norte-americano, o rótulo de “expropriação regulatória” (*regulatory taking*) designa estas situações em que o Poder Público, a pretexto de disciplinar o exercício de direitos, acaba por exceder suas atribuições na limitação à propriedade privada. São hipóteses em que o Estado vai longe demais, em desrespeito ao conteúdo essencial do direito de propriedade e à vedação de sua utilização pública sem justa compensação (5ª Emenda). O caso paradigma em que originariamente ficou reconhecida a possibilidade de

“A regulação expropriatória, portanto, é fruto do exagero. É forma excessiva de intervenção do Estado na economia em violação da Constituição e da lei, devendo ser afastada por aplicação do princípio da ‘menor ingerência possível’.”

expropriação regulatória foi *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 206 U.S. 393 (1922). No voto condutor da decisão da Suprema Corte americana, o celebrado Justice Oliver Wendell Holmes deixou assentado que “quando a atividade regulatória atinge certa magnitude, na maioria, senão na totalidade dos casos, haverá exercício do domínio eminente do Estado, e a compensação ao particular é necessária para sustentar o ato.”¹¹

No Brasil, o texto da Constituição de 1988 consagra o direito de propriedade em vários dispositivos e institui, com detalhamento maior que a Constituição dos EUA, o procedimento de desapropriação, seus requisitos básicos e suas possibilidades. A propriedade privada, enquanto direito fundamental relativo a bens corpóreos e incorpóreos, está prevista expressamente no art. 5º, *caput*, e incisos XXII e XXIX, além do art. 170, II da Carta Federal. A Constituição também estabelece dever a propriedade cumprir sua função social (art. 5º, XXIII e 170, III), esboçando o sentido de tal princípio tanto para a propriedade urbana (art. 182), quanto para a propriedade rural (art. 186). A função social da propriedade é princípio inspirado na experiência constitucional alemã, e tem como idéia básica a noção de que o domínio deve também servir a finalidades coletivas.

Ao lado da definição da propriedade como direito fundamental, o constituinte predefiniu os casos de desapropriação. As hipóteses de uso e tomada da propriedade privada pelo Poder Público são fixadas no art. 5º XXIV, XXV. Há também previsões específicas no art. 182 § 3º e § 4º, III (para imóveis urbanos) e art. 184 (para imóveis rurais). A regra geral do regime desapropriatório é definida no inciso XXIV do art. 5º, segundo o qual “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”

Três normas básicas decorrem do dispositivo citado: (i) o regime do procedimento de tomada da propriedade pelo Poder Público está sujeito a uma reserva de lei¹² (“a lei estabelecerá o procedimento”); (ii) a intenção expropriatória deve estar vinculada a uma finalidade pública ou social (“para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social”), devendo ser (iii) sempre precedida do pagamento de indenização justa em dinheiro (“mediante justa e prévia indenização em dinheiro”)¹³, ressalvadas as hipóteses previstas na Constituição. A Constituição fez duas ressalvas quanto à necessidade de pagamento de indenização em dinheiro: (a) a desapropriação para reforma agrária (art. 184), que pode ser indenizada através do pagamento de títulos da dívida agrária¹⁴; e (b) a desapropriação do imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, na forma do (art. 182, § 4º, I, II e III¹⁵), que pode ser indenizada com o pagamento de títulos da dívida pública aprovados previamente pelo Senado Federal¹⁶.

Ademais, na Carta de 1988, a propriedade privada é expressamente protegida contra o confisco (art. 150, IV, CF). A proibição do confisco existe no País desde 1821 (Decreto de 21 de maio de 1821) e na tradição lusitana significou um grande avanço, considerando-se a antiga prática portuguesa de tomada de bens, que, com apoio na tradição escolástica, não repugnava o confisco de bens de infieis, como, *e.g.*, os judeus¹⁷. O confisco é excepcionalmente admitido quando a propriedade está relacionada à prática de crimes. Assim, admite-se a tomada de bens enquanto forma de punição no art. 5º, XLVI, b, CF. O confisco é, ainda, autorizado na hipótese prevista no art. 243, CF, que trata da tomada imediata das glebas em que forem encontradas plantas psicotrópicas, bem como de todo e qualquer patrimônio decorrente de atividades ligadas ao tráfico de entorpecentes.

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 liberdade¹⁸. O Estado não pode se valer de sua capacidade de conformar a propriedade (tributando ou regulando) para esvaziar a liberdade.

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.

Não é simples, evidentemente, determinar o ponto partir do qual a regulação se transforma em expropriação. Richard Epstein, professor da Universidade de Chicago, em primoroso livro referência sobre o tema, propõe um teste para que o juiz verifique se a ação legislativa ou administrativa foi longe demais. 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 expropriação¹⁹.

No Brasil, parece-me possível identificar as hipóteses de regulação expropriatória utilizando como parâmetro o exame da *proporcionalidade*. Bastante sedimentado na cultura jurídica brasileira²⁰, o exame de proporcionalidade é ferramenta de acomodação e solução de conflitos entre direitos e interesses constitucionais contrapostos. Sua aplicação dá-se na análise sucessiva de três elementos²¹: a *adequação* ou *idoneidade* (aptidão para alcançar o fim constitucionalmente pretendido, bem como o fim almejado pelo Poder Público); a *necessidade* ou *exigibilidade* (opção pelo meio que menor sacrifício cause aos direitos em jogo) e a *proporcionalidade em sentido estrito*, que corresponde ao mandado de ponderação propriamente dito²² (relação de custo-benefício entre o direito sacrificado e o fim pretendido)²³.

A regulação expropriatória não atende ao postulado da proporcionalidade, porquanto desnecessária e/ou desproporcional em sentido estrito. O sacrifício desmedido de direitos em prol de outra finalidade constitucional, se não for o único meio capaz a atingir um desiderato, deve ser evitado. Medidas menos gravosas e igualmente aptas a consecução de uma mesma finalidade devem ser preferidas. Se a medida mais gravosa for adotada, será ela nula, porquanto desnecessária. A desproporcionalidade em sentido estrito também contribui para a constatação da ocorrência de regulação expropriatória. Trata-se do sopesamento entre custos e benefícios da medida. Quando os custos da regulação forem muito mais altos que os seus benefícios, é possível cogitar-se da sua invalidade. 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.

Nesse ponto, é preciso ter a cautela de se recordar que não existe um princípio de preferência *a priori* do interesse coletivo sobre o particular²⁴. O interesse público pode consubstanciar, justamente, a proteção de interesses privados. Dentre as funções sociais da propriedade, existe também uma função de garantia individual da liberdade.

Em verdade, interesses e direitos contrapostos, chamados públicos ou privados, convivem num ambiente permeado e orientado pelo dever de proporcionalidade.

Não se nega que exista um interesse público, como o “conjunto de interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada (a dicção do Direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judiciária do Direito)”²⁵. Apenas se sustenta que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros²⁶. Assim, é possível que os interesses públicos da regulação sejam impostos de tal forma que os direitos ditos privados — tal qual a propriedade — sejam desproporcionalmente atacados.

A regulação expropriatória, portanto, é fruto do exagero. É forma excessiva de intervenção do Estado na economia em violação da Constituição e da lei, devendo ser afastada por aplicação do princípio da “menor ingerência possível”²⁷. A proibição do excesso, explica Humberto Ávila, traduz-se na idéia de que “[A] realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Por exemplo, o dever de tributar não pode conduzir ao aniquilamento da livre iniciativa”²⁸.

Partindo do exemplo citado, vê-se que a racionalidade presente na proibição do uso de tributos para fins de confisco é outra forma de se observar a contenção de excessos do Estado regulador. Nessa linha de raciocínio, tributação e regulação são vistas como duas faces de uma mesma moeda. As duas são aptas a conformar, limitar, e a fomentar a atividade econômica. Ambas são aptas a induzir comportamentos dos agentes econômicos. E ambas são aptas a destruir.

A tributação tem um caráter regulatório inerente²⁹, havendo hipóteses em que a extrafiscalidade salta aos olhos (*e.g.* o caso do IPI no Brasil) e outros casos em que ela não é tão evidente assim, mas nem por isso deixa de existir (*e.g.* a tributação diferenciada do Imposto de Renda para determinadas atividades econômicas). Richard Epstein³⁰ observa que tributação e regulação “podem ser utilizadas como meio de confisco, porquanto as duas são equivalentes a uma (parcial) tomada (*taking*) da propriedade privada”. O excesso, no caso do confisco, é o aniquilamento da atividade econômica através da imposição de tributos, que nada mais é que uma forma de regulação da propriedade em sentido amplo³¹. A capacidade de criar e cobrar tributos caminha ao lado do dever de manutenção das atividades econômicas dos contribuintes³². Nesse contexto, o confisco está para a tributação assim como a regulação expropriatória está para a regulação.

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”³³. Em verdade, a regulação que estabeleça preços irreais como forma de atingir uma finalidade pública é, de fato, expropriatória. Trata-se de imposições cujo impacto econômico sequer conseguirá ser repassado para o preço cobrado do destinatário final da atividade. Pense-se, por exemplo, no caso de uma norma que crie severas restrições para uma determinada indústria, tornando o custo da atividade mais alto que qualquer possibilidade de retorno. Tal regulação será expropriatória. A atividade empresarial, apesar de possuir uma função social, não pode ser tomada para a realização de finalidades públicas que acabem por gerar seu extermínio ou sério comprometimento. Até mesmo porque, a manutenção da atividade econômica é também promover a sua função social

De outro lado, não será expropriatória a regulação que ressaltar, ao empresário, alguma forma razoável para exploração econômica da atividade ou do bem regulado. Se a regulação não impedir outro meio razoável de recuperação econômica de investimentos, considerando-se, ainda, as expectativas legítimas dos agentes econômicos, seria ela, em princípio, constitucional. Esse foi o entendimento consagrado pela Suprema Corte dos EUA no caso *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* (1978)³⁴. Entendeu-se, no caso, que havia outras formas de aproveitamento econômico da propriedade.

A possibilidade de repasse do custo criado pela regulação para o preço a ser cobrado também é um critério legítimo de aferição da legitimidade da regulação. Não haveria, em

princípio, desapropriação, mas conformação da propriedade, a simples definição do seu conteúdo, na nomenclatura usada pelo Tribunal Constitucional Alemão. Em julgamento de 1981 (*BVerfGE* 58, 137), o Tribunal Constitucional Alemão decidiu que inexistia, *a priori*, caráter expropriatório em lei do Estado de Hessen que determinou que todas as editoras estavam obrigadas a doar para a biblioteca estadual central um exemplar de cada novo lançamento. O dever de entrega seria, em princípio, constitucional, porquanto comporia o próprio conteúdo do direito. De outro lado, diante do caso concreto que envolvia um editor que publicava livros valiosos em pequena escala, o Tribunal reconheceu ser inconstitucional a determinação de que inexistiria qualquer possibilidade de indenização. A Corte entendeu que poderia haver casos em que uma indenização seria devida, como, no caso concreto, em que “o dever de entrega gratuito de impressos em grande proporções, que foram produzidos com grande gasto e em pequena edição, apresenta um agravamento desproporcional e anti-igualitário”³⁵.

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.



NOTAS

¹ A expressão é de Egon Bockman Moreira, para quem a *intervenção sensata* “é proporcional e razoável ao mercado e aos interesses públicos e privados em jogo. Num sistema capitalista que celebra constitucionalmente a liberdade de iniciativa, a liberdade de empresa e a liberdade de concorrência (Constituição art. 170), a intervenção do Estado na Economia há de ser necessária, ponderada, excepcional e pontual – com finalidade pública específica” (MOREIRA, Egon Bockman. “O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata”, in *Estudos de direito econômico*, de Leila Cuellar e Egon Bockman Moreira, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 81).

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*, 9ª Ed., Madrid: Civitas, 1999, p. 102-104.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Tombamento e dever de indenizar”, in *Revista de Direito Público* nº 81, p. 66. SUNDFELD, Carlos Ari. “Condicionamento e sacrifício de direitos – Distinções”, in *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 4, p. 80. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. “Limitação e sacrifício de direitos – o conteúdo e as consequências dos atos de intervenção da Administração Pública sobre a propriedade privada”, in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, v. 7, 2003, p. 9.

⁴ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Op. cit.*, p. 12.

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. “Condicionamento e sacrifício de direitos – Distinções”, in *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 4, p. 80-81.

⁶ FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de derecho administrativo alemán* (trad. Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge), Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 441.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Tombamento e dever de indenizar”, *Revista de Direito Público* nº 81, p. 66.

⁸ São inúmeros os acórdãos dos tribunais brasileiros em que se admitiu que pretensa limitação administrativa, ou mesmo tombamento, pudesse significar verdadeiro esvaziamento econômico do bem privado, gerando, até mesmo, direito à indenização. Nesse sentido, vejamos, a título ilustrativo, os seguintes trechos de ementas de julgados do STJ:

“Limitação administrativa, segundo a definição de Hely Lopes Meirelles, ‘é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social’ (Direito Administrativo Brasileiro, 32ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho - São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 630). É possível, contudo, que o tombamento de determinados bens, ou mesmo a imposição de limitações administrativas, traga prejuízos aos seus proprietários, gerando, a partir de então, a obrigação de indenizar” (REsp nº 1.100.563 – RS, rel. Ministra Denise Arruda, DJE 01.07.2009).

“ADMINISTRATIVO - TOMBAMENTO ÁREA SERRA DO MAR - INDENIZAÇÃO - REVISÃO OU REAVALIAÇÃO DA PROVA - OMISSÃO DO TRIBUNAL. 1. A jurisprudência desta Turma, bem assim da Primeira Turma, é no sentido de admitir indenização de área tombada, quando do ato restritivo de utilização da propriedade resulta prejuízo para o *dominus*” (REsp. nº 401.264 – SP, rel. Ministra Min. Eliana Calmon, DJ 30.09.2002).

⁹ STJ, REsp 52905-SP rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, j. 14.12.1994, DJ 06.03.1995, p. 4.321. No mesmo diapasão, v. REsp

28.239-SP re, Min. Humberto Gomes de Barros Primeira Turma, j. 13.10.1993, DJ 22.11.1993, p. 24.902; REsp 47.865-SP rel. Min. Demócrito Reinaldo Primeira Turma, j. 15.08.1994, DJ 05.09.1994, p. 23.044.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. “Condicionamento e sacrifício de direitos – Distinções”, in *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 4, p. 82.

¹¹ No original em inglês: “When regulation reaches a certain magnitude, in most if not in all cases there must be an exercise of eminent domain and compensation to support the act”, trecho do voto condutor em *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 206 U.S. 393 (1922).

¹² O regime geral de desapropriação é regulado pelo Decreto Lei nº 3.365 de 21.06.1941, que deve ser interpretado conforme a Constituição.

¹³ A exigência de indenização prévia à tomada da propriedade, que não existe no texto da Constituição dos Estados Unidos da América, faz parte do direito constitucional positivo brasileiro desde a Carta outorgada de 1824 (art. 179, XXII) e foi repetido em todas as demais Constituições (Constituição de 1891: art. 72 § 17; Constituição de 1934: art. 113, item 17; Carta de 1937: art. 122, item 14; Constituição de 1946: art. 141 § 16; Carta de 1967: art. Art. 150, § 22; e Carta de 1969: art. 153, § 22).

¹⁴ O regime de desapropriação de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, pode ser feito através do pagamento de justa e prévia indenização com Títulos da Dívida Agrária (TDA). Para tanto, o imóvel rural não deve estar cumprindo sua função social, na forma do art. 186. Estabelece-se ainda que (i) as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro (§ 1º do art. 184); e (ii) que são isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência no caso dessa desapropriação (§ 5º do art. 184). Anote-se, por fim, que são isentas de desapropriação para fins de reforma agrária: (i) a pequena e média propriedade rural conforme definido em lei (art. 185, I); e (ii) a propriedade produtiva (art. 185, II).

¹⁵ O procedimento em questão foi regulamentado pelo Estatuto da Cidade, Lei nº 10.252/2001.

¹⁶ A desapropriação para fins urbanísticos de que trata o art. 182, deve observar os requisitos do art. 182, § 4º, que estabelece a faculdade do Poder Público municipal, nos termos da lei federal, de desapropriar imóveis urbanos não edificados, subutilizados ou não utilizados, que resistam a promover o adequado aproveitamento do bem. O adequado aproveitamento do bem será exigido pela Administração municipal através de medidas sucessivas de parcelamento ou edificação compulsórias, imposto progressivo sobre a propriedade e, finalmente, desapropriação.

¹⁷ Nas palavras de Diogo Lopes Rabelo (em obra de 1496): “Pode e deve, todavia, impor-lhes [aos judeus] maiores talhas e gabelas ou exações do que aos cristãos, para reconhecerem que estão sob o jugo da escravidão e sob uma certa miséria do castigo do seu pecado. O mesmo digo dos outros infieis, como por exemplo, dos sarraceno” *apud* BRAGA, Isabel Drumond, “Judeus e Cristãos-Novos: os que chegam, os que partem e os que regressam” in *Cadernos de estudos sefarditas*, Lisboa: Cátedra de Estudos Sefarditas Alberto Benveniste, no 5, 2005, p. 11.

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157.

¹⁹ EPSTEIN, Richard. *Takings. Private property and the Power of eminent domain*, Cambridge: Harvard, 1985.

²⁰ V., por exemplo, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 218-246; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 310-382; e SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 798, 2002, pp. 23-50.

²¹ Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal v. IF 2257 / SP, rel. para o acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 26.03.2003, DJ 01.08.2003, p. 116.

²² TORRES, Ricardo Lobo. “A legitimação dos Direitos Humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade”, in *Legitimação dos Direitos Humanos*, org. Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 425.

²³ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 96.

²⁴ ÁVILA, Humberto. “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular” in *O Direito Público em tempos de crise – Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, 1999, pp. 99-127. Ver também a obra coletiva organizada por Daniel Sarmento: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Em sentido contrário, v. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade – novas reflexões sobre os limites e o controle da discricionariedade*, 4ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 13.

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo”, in SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 149.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 228.

²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

²⁹ NABAIS, José Cabalta. *Direito Fiscal*, 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 402: “toda fiscalidade tem inerente uma certa dose de extrafiscalidade (...) Há, assim, uma extrafiscalidade em sentido impróprio, uma extrafiscalidade imanente, que acompanha as normas de direito fiscal, sejam essas normas de tributação ou de não tributação, que se revela quer no relevo extrafiscal que o legislador frequentemente atribui às finalidades extrafiscais secundárias e acessórias”

³⁰ EPSTEIN, Richard. “Taxation, regulation and confiscation” in *Osgoode Hall Law Journal* vol. 20, p. 434.

³¹ Associando regulação e tributação no Brasil, v. BARBOSA, Hermano Notaroberto. “Regulação econômica e tributação: o papel dos incentivos fiscais” in *Direito tributário e políticas públicas*, coord. José Marcos Domingues, São Paulo: MP Ed., 2008, pp. 237-298.

³² STF, voto do Min. Cândido Motta Filho, p. 4, no RE nº 47.937, DJ 06.12.1962, p. 3.744.

³³ STF, RE nº 422.941-2 / DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 06.12.2005, DJ 24.03.2006. No mesmo sentido: Ag.Reg. RE nº 583.992-3 / DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 26.05.2009, DJe nº 108, 23.06.2009. Em tais casos, discutiu-se a responsabilidade civil do Estado pela definição de preços irreais (art. 37, § 6º, CF). Como deflui do texto, pretende-se que a questão seja colocada em outros termos.

³⁴ *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* (438 U.S. 104 – 1978). V. capítulo III, onde se explicou, que a interferência resultante do *Landmark Preservation Law* de Nova Iorque não tinha “ido longe demais” a ponto de configurar expropriação na medida em que (i) a propriedade em questão poderia continuar a ser usada da mesma forma como vinha sempre, (ii) sendo certo, ainda, que a mesma, sem embargo das restrições, poderia proporcionar retorno razoável ao investimento já realizado.

³⁵ MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, trad. da 14ª Ed. (trad. Luís Afonso Heck). Barueri: Manole, 2006, p. 796.