

LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE CARÁTER DESAPROPRIATÓRIO: IMPLICAÇÕES E ENTENDIMENTOS DA “DESAPROPRIAÇÃO À BRASILEIRA”

ADMINISTRATIVE LIMITATIONS WITH EXPROPRIATORY NATURE: IMPLICATIONS AND UNDERSTANDINGS ABOUT THE “BRAZILIAN WAY EXPROPRIATION”

Pedro Trajano¹

RESUMO: O presente artigo pretende fazer uma análise acerca das chamadas “desapropriações à brasileira”, fenômenos expropriatórios decorrentes de limitação administrativa que não se restringe ao mero condicionamento do exercício do direito ou apenas a uma delimitação de sua abrangência, mas quando a pretensão regulatória acaba por se exceder, violando desproporcionalmente o conteúdo essencial da propriedade, gerando, portanto, a chamada “desapropriação à brasileira”. Para tanto, será realizada uma breve exposição teórica acerca das duas modalidades de restrições do Estado sobre a propriedade privada – limitação e desapropriação –, para então abordar de maneira mais aprofundada a questão envolvendo a identificação dos excessos do poder regulatório na imposição de limitações administrativas e o devido tratamento da matéria, perpassando por uma análise da temática sobre a ótica do direito comparado e observando como esta questão vem sendo tratada pelos órgãos jurídicos brasileiros.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Desapropriação; Limitação Administrativa; Direito Regulatório; Direito Comparado.

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the so-called “Brazilian way expropriations”, expropriatory phenomena resulting from administrative limitations that are not restricted to mere conditioning of the exercise of the right or only to a delimitation of its scope, but when the regulatory claim ends up exceeding itself, disproportionately violating the essential content of the property, thus generating the so-called “Brazilian expropriation”. To this end, a brief theoretical exposition will be made about the two modalities of State restrictions on private property - limitation and expropriation - in order to then address in more depth the issue involving the identification of the excesses of regulatory power in the imposition of administrative limitations and the proper treatment of the matter, passing through an analysis of the issue from the perspective of comparative law and observing how this issue has been treated by Brazilian legal bodies.

Key-words: Administrative Law; Expropriation; Administrative Limitation; Regulatory Law; Comparative Law.

1 Graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Visiting Student na Sciences Po – Paris no 1º semestre de 2024. Membro do Projeto “Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Novos Desafios Regulatórios do Ecossistema Digital” (formalizado por TED entre a Anatel e a UnB – Processo SEI 23106.085095/2022-64). E-mail para contato: pedrogualda10@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988 consolidou o princípio da função social da propriedade, expressamente disposto no art. 5º, inciso XXIII, e art. 170, inciso III. Apesar deste princípio ter aparecido de forma expressa pela primeira vez na Constituição de 1967, ele já havia servido de fundamento para a inclusão da modalidade de desapropriação por interesse social na Constituição de 1946².

O princípio da função social da propriedade diz respeito a uma mudança paradigmática do Direito. Sob os moldes do Estado Liberal, o ordenamento jurídico foi concebido como meio de proteção e de garantia dos direitos dos indivíduos frente ao poder do Estado. Diante desta concepção individualista do direito, a propriedade privada assumia papel de cânone central de proteção contra a tirania estatal.

Concebiam-se o direito à propriedade privada como um direito real absoluto, congregando ao indivíduo poder irrestrito sobre sua propriedade, esta inatingível para os anseios estatais. Assim, sob a égide de um nascente Direito ainda intrinsecamente vinculado a uma fundamentação jusnaturalista, determinava-se que a propriedade era um “direito inviolável e sagrado”, conforme descrito no próprio texto da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789³.

Com efeito, o primado do direito individual, característico do primeiro paradigma constitucional do Direito⁴, sucumbe já em fins do século XIX, em decorrência das violentas mudanças ocorridas na esfera econômica, política e social, por consequência direta dos efeitos funestos decorrentes desse individualismo exacerbado. Diante disso, o Estado passou a adotar um papel mais ativo, atuando em áreas antes restritas somente ao direito privado. Nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro⁵, “O Direito deixou de ser apenas um instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como um meio para a consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”.

Assim, ganha força outro princípio caro à Administração Pública: o princípio da supremacia do interesse público. Diante desta mudança valorativa acerca do papel do Estado frente ao ordenamento jurídico, ampliaram-se significativamente suas atribuições, precisamente com o intuito de tutelar às necessidades coletivas. Na mesma toada, tornou-se mais relevante o poder de Polícia exercido pelo Estado, passando a impor, também, obrigações positivas, isto é, para além da mera concepção de Estado Liberal que se vale da mera abstenção da interferência na liberdade dos particulares. Por conseguinte, em face desta evolução do direito de propriedade do sentido individual para o social, observa-se a consolidação de preceitos constitucionais no sentido de reiterar a possibilidade de intervenção do Estado sobre a Propriedade Privada.

2 DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 148.

3 **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015.

4 CARVALHO NETTO, Menelick. **A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição**. Rev. TST, Brasília, vol.68, no 2, abr/jun 2002, p. 135.

5 DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 83.

É somente a partir da compreensão adequada acerca da mudança paradigmática enfrentada pelo Direito Administrativo – e pelo ordenamento jurídico como um todo – que se pode abordar corretamente a problemática a ser trabalhada neste artigo.

Portanto, afastando-se da concepção liberal de propriedade privada, admite-se como legítimas, constitucionais – e até necessárias – as restrições do Estado sobre a Propriedade Privada. Não há discussão quanto a isso.

Porém, não se pode confundir o princípio da supremacia do interesse público como uma “legitimação” para uma atuação irrestrita do Estado. Cada restrição imposta pela máquina pública deve ser devidamente justificada e fundamentada com base na lei, mediante estrita observância dos princípios que norteiam a atividade estatal. Dessa forma, controlam-se os atos da Administração Pública com vistas a assegurar as garantias constitucionais estabelecidas. Assim, constatados vícios irreparáveis em decisões administrativas, opera-se sua anulação ou invalidação, de modo a desfazer o ato por razões de ilegalidade. Este é o caso, por exemplo, da chamada desapropriação indireta, em relação a qual se dá a desapropriação sem a observância do devido procedimento legal.

Todavia, há ainda uma penumbra jurídica acerca de um tema específico acerca das restrições do Estado à propriedade privada. Refiro-me à atuação regulatória do Estado, através de limitações administrativas, que possam vir a esvaziar o conteúdo econômico da propriedade. Por vezes, as referidas limitações podem ocasionar a impossibilidade do aproveitamento da propriedade. Desse modo, estar-se-ia operando uma espécie de desapropriação sem a observância dos devidos requisitos legais, isto é, sem o direito a indenização justa e prévia. Restaria configurada uma “desapropriação à brasileira”⁶, sob a qual, ao ocasionar o esvaziamento econômico de propriedade como decorrência da limitação administrativa operada de forma irregular, acaba-se por inviabilizar o aproveitamento da propriedade.

A análise da temática proposta perpassa, necessariamente, por uma das faces mais atuais do poder estatal, qual seja a função regulatória. A Constituição Federal de 1988 inova por possuir a peculiaridade de ser o primeiro estatuto regulatório do país⁷. Diante de um verdadeiro “fenômeno regulatório”, sob uma multiplicidade de atores normativos e agências reguladoras, surgem propostas de mudança de paradigmas no direito administrativo⁸, incluindo até mesmo aqueles que sugerem a criação de um novo poder estatal, denominado poder regulatório, como é o caso do notório professor Bruce Ackerman⁹. Fato é que novel tema tem inspirado uma série de discussões doutrinárias no direito pátrio.

Mas, como já se é possível depreender, o foco deste artigo será nos casos em que há um abuso por parte do regulador, gerando aquilo que se denomina regulação expropriatória. Tratando de maneira mais específica, será analisada hipótese de quando a limitação administrativa não se restringe ao mero condicionamento do exercício do direito ou apenas a uma delimitação

6 Termo cunhado por Juliano Heinen em HEINEN, Juliano. **Limitação administrativa e poder regulatório**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. V. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012.

7 CYRINO, André. **Direito Constitucional Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

8 BINEMBOJN apud CYRINO. **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014.

9 ACKERMAN, Bruce. **The new separation of powers**. Harvard Law Review, v. 113, n. 3, p. 633- 729, jan. 2000.

tação de sua abrangência, mas quando a pretensão regulatória acaba por se exceder, violando desproporcionalmente o conteúdo essencial da propriedade¹⁰, gerando, portanto, a chamada “desapropriação à brasileira”.

Para tanto, será realizada uma breve exposição teórica acerca das duas modalidades de restrições do Estado sobre a propriedade privada, para então abordar de maneira mais aprofundada a questão envolvendo a identificação dos excessos do poder regulatório na imposição de limitações administrativas e o devido tratamento da matéria, perpassando por uma análise da temática sobre a ótica do direito comparado e observando como esta questão vem sendo tratada pelos órgãos jurídicos brasileiros.

2. O INSTITUTO DA LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

As Limitações Administrativas caracterizam-se por se tratar de restrições à propriedade privada de caráter geral, por meio da qual a Administração Pública impõe a proprietários determinadas obrigações positivas, negativas ou permissivas, com o intuito de condicionar as propriedades ao atendimento da função social¹¹.

Fundadas no interesse público, tais restrições constituem objeto do Direito Administrativo, uma vez que são executadas pela Administração Pública, ainda que se trate de matéria de caráter constitucional, penal, eleitoral etc.¹² Pode ser o caso da imposição de obrigações positivas, como às limitações que impõe a limpeza de terrenos, ou a edificação compulsória, prevista no próprio texto constitucional (art. 182, § 4º). Também podem se dar obrigações negativas, como no tradicional caso do gabarito de prédios, limitando a construção de edifícios a um determinado número de pavimentos. As limitações também podem ser de caráter permissivo, isto é, limitações nas quais o proprietário deve tolerar a ação administrativa, como no caso da permissão do ingresso de agentes para fins de vigilância sanitária¹³.

Deve se ter claro que as limitações administrativas à propriedade decorrem de normas gerais e abstratas, dirigindo-se a propriedades indeterminadas. Isto significa dizer que as limitações dão o contorno do próprio direito de propriedade. O proprietário mantém a totalidade de seus direitos de domínio sobre a propriedade, mas se sujeita necessariamente às normas regulamentadoras do exercício de tais direitos, que buscam conformá-los ao interesse da coletividade. Ademais, destaca-se que a manifestação volitiva do Poder Público no sentido das limitações pode se dar através de leis ou atos administrativos normativos, sempre dotadas de caráter geral e abstrato.

Infere-se, portanto, que as limitações administrativas não ensejam direito de administração em favor dos proprietários. Ora, uma vez que se diz respeito à normas genéricas, permeadas pela indeterminabilidade de seu objeto de conformação, não se pode alegar a existência de prejuízos individualizados. A limitação pode vir a contrariar interesses dos proprietários afetados,

10 BINEMBOJN, Gustavo. **Regulações expropriatórias**. Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010.

11 FILHO, José. **Manual de Direito Administrativo**, 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 872.

12 DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 150.

13 FILHO, José. **Manual de Direito Administrativo**, 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 872.

mas nunca direitos subjetivos¹⁴. São uma carga imposta a todas as propriedades, inerente, portanto, ao próprio direito de propriedade, cujo conteúdo normal já se encontra limitado pela lei¹⁵

Por conseguinte, é possível afirmar que as limitações administrativas são atos legislativos ou atos administrativos de caráter geral, definitivo, motivado por interesses públicos abstratos dos quais não é possível alegar direito de indenização.

3. A DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto da desapropriação já se encontra presente no direito pátrio desde seus primórdios. De fato, o art. 179, inciso XXII, da primeira Constituição do Brasil, a Constituição Imperial de 1824, já previa a desapropriação. O dispositivo referido garantia a propriedade “em toda sua plenitude”, porém, instituía que, “se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, ele será previamente indenizado do valor dela”¹⁶. Não obstante, apesar de sua antiguidade, a desapropriação foi evoluindo conforme às mudanças paradigmáticas enfrentadas pelo Direito.

Assim, a concepção atual de desapropriação enquanto restrição do Estado à propriedade privada difere radicalmente do significado atribuído outrora a tal instituto. A Constituição de 1988 prevê três modalidades distintas de desapropriação com caráter sancionatório¹⁷, sendo que duas delas se referem ao caso de descumprimento da função social da propriedade. Para o caso de propriedades urbanas, a desapropriação se encontra prevista no art. 182, § 4º, e, no caso das propriedades rurais, a Constituição trata desta modalidade no art. 186. A terceira modalidade, prevista no art. 243 da Carta Magna, possui a peculiaridade de não ensejar o direito a indenização. Trata-se da expropriação de glebas de terra em que foram localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou em que haja a exploração de trabalho escravo na forma da lei.

A desapropriação se dá por meio de um procedimento composto por duas fases: a declaratória e a executória. A primeira etapa se consuma através do chamado ato declaratório, em que o Poder Público declara a utilidade pública ou interesse social do bem para fins de desapropriação. Tal ato, seja realizado por lei ou decreto executivo, deve conter o sujeito passivo da desapropriação, a destinação específica do bem, o fundamento legal, os recursos orçamentários destinados ao atendimento da despesa e a já referida declaração de utilidade pública ou interesse social¹⁸. A partir da realização do ato declaratório que se passa à realização das operações e atos administrativos e judiciais essenciais à devida efetivação da medida. Passa-se, então, a fase executória.

Com exceção da modalidade de desapropriação prevista no art. 243 da Constituição Federal, todas as outras modalidades ensejam aos proprietários afetados o direito a indenização. Não se pode olvidar a lição de Maria Sylvia Di Pietro¹⁹, para quem:

14 FILHO, José. **Manual de Direito Administrativo**, 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003., p. 875.

15 BIELSA apud DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 152.

16 BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824.

17 DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 173.

18 FRANÇA apud DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 176.

19 DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 183.

A indenização é exigência que se impõe como forma de buscar o equilíbrio entre o interesse público e o privado; o particular perde a propriedade e, como compensação, recebe o valor correspondente ao dinheiro

O direito à indenização se encontra expressamente disposto na Constituição, devendo ser justa, prévia e em dinheiro. Para os casos previstos nos artigos 182, § 4º, III e 184 da Carta Magna, a indenização pode se dar através de títulos de dívida pública. Em relação a hipótese descrita no art. 182, referente a desapropriação de bens urbanos inadequadamente utilizados, os títulos terão sua emissão previamente aprovada pelo Senado, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. O segundo caso se refere a desapropriação por interesse social de imóvel rural pela União, para fins de reforma agrária, hipótese que se realiza somente mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão.

Por tratar-se de restrição estatal mais incisiva, a desapropriação perpassa compulsoriamente pela sua adequação aos pressupostos indicados pela Constituição. São eles: a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social, presentes nos arts. 5º, inciso XXIV e 184. Para tanto, não basta mencionar genericamente um dos pressupostos, deve se indicar precisamente o dispositivo legal em que se enquadra a hipótese concreta, uma vez que os requisitos para a presença de tais pressupostos se encontram taxativamente indicados por lei.

Por conseguinte, admite-se a desapropriação somente mediante estrita observância do devido procedimento legal. Se não observado o devido procedimento, configura-se, então, desapropriação indireta. Equiparada muitas vezes ao esbulho possessório, a desapropriação indireta pode ser obstada por meio de ação possessória.

A doutrina da desapropriação indireta, eminentemente brasileira, não se mostra pacífica. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de Recurso Especial²⁰ tentou delimitar de certa maneira a configuração da desapropriação indireta. Na ocasião, o Ministro Relator Teori Zavascki afirmou que:

A chamada desapropriação indireta é construção pretoriana criada para dirimir conflitos concretos entre o direito de propriedade e o princípio da função social das propriedades nas hipóteses em que a Administração ocupa propriedade privada, sem observância de prévio processo de desapropriação, para implantar obra ou serviço público

O ministro busca, ainda, definir alguns critérios para identificação da desapropriação indireta. *In verbis*:

Para que se tenha caracterizada situação que imponha ao particular a substituição da prestação específica (restituir a coisa vindicada) por prestação alternativa (indenizá-la em dinheiro), com a consequente transferência compulsória do domínio ao Estado, é preciso que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: (a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; (b) a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; e (c) a impossibilidade material

20 REsp nº 442.774-SP (2002/0057146-5), Rel. Min. Teori Zavascki, Dje: 20.6.2005.

da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, a irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento da afetação.

[...]

Não se pode, salvo em caso de fato consumado e irreversível, compelir o Estado a efetivar a desapropriação, se ele não a quer, pois se trata de ato informado pelos princípios da conveniência e da oportunidade

Entende-se, portanto, que o STJ estabelece que a configuração da desapropriação indireta só se dá caso ocorra o esbulho possessório²¹. Ou seja, exige-se a efetiva ocupação, exige-se imissão na posse por parte do Poder Público, acompanhada da devida prática de atos materiais propícios a acusação. A tese adotada pelo Tribunal, portanto, é a de que a desapropriação indireta pressupõe a tomada de posse. Nas palavras do próprio voto mencionado: “O esbulho supõe fato. Ele não existe no plano meramente normativo”²².

O entendimento jurisprudencial firmado exclui notadamente as hipóteses em que, diante de outras restrições administrativas, como a própria limitação, se opera um completo esvaziamento econômico das propriedades afetadas. Nestes casos, não se trataria de mera conformação ao exercício do direito de propriedade, mas sim de excessos perpetrados pelo poder regulador. Nesse sentido, mostra-se fundamental a lição de Di Pietro:

Às vezes, a Administração não se apossa diretamente do bem, mas lhe impõe limitações ou servidões que impedem **totalmente** o proprietário de exercer sobre o imóvel os poderes inerentes ao domínio; neste caso, também se caracterizará a desapropriação indireta, já que as limitações e servidões somente podem, licitamente, afetar **em parte** o direito de propriedade²³ (grifo meu)

O não reconhecimento destas hipóteses enquanto desapropriação indireta ocasionam perigosa liberdade a atuação irrestrita do Estado. Reputa-se lícita, então, a chamada “desapropriação à brasileira”, isto é, mediante a força do poder regulatório, operar-se-iam verdadeiras desapropriações, exceto pelo fato de que essas não ensejariam o direito a indenização, posto que se mostram travestidas de limitações administrativas genéricas e abstratas.

4. A CHAMADA “DESAPROPRIAÇÃO À BRASILEIRA”

A penumbra jurídica sobre esta matéria reside primordialmente no fato de que a “desapropriação à brasileira” é lícita. Não se trata de desapropriação indireta, pois, como já foi visto, não há imissão da posse. De fato, caso se tratasse de desapropriação indireta, se comprovada a ilegalidade, bastava obstá-la por meio de ação possessória. Mas, reputa-se lícita a limitação administrativa responsável pelo esvaziamento econômico da propriedade, inviabilizando a devida compensação ao proprietário prejudicado.

Esta nova modalidade de desapropriação, abordada neste artigo, caracteriza-se, justamente por cuidar-se de uma nova maneira de subjugar o direito de propriedade ou de minimizar

21 No mesmo sentido: REsp 871.141/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe: 30.9.2010; AREsp 922.786/SC, 1ª seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe: 15.09.09; REsp 912.778/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJe: 3.5.2007; REsp 1.041.693, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 2.2.2010.

22 REsp nº 442.774-SP (2002/0057146-5), Rel. Min. Teori Zavascki, DJe: 20.6.2005.

23 DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 194.

seu gozo de forma a torná-lo inviável. O elemento clássico da desapropriação não se mostra presente nesta hipótese, ou seja, não há uma transferência formal do domínio, não há o chamado apossamento administrativo²⁴, tampouco há afetação do bem ao domínio público. O que de fato ocorre é uma espécie de “transpasse material”²⁵, posto que, a partir da regulação expropriatória empreendida, a coletividade passaria a usufruir de forma quase exclusiva da propriedade privada. Juliano Heinen explica que o “transpasse material”:

Seria como se “materialmente” a propriedade fosse transferida à coletividade ainda que isso seja uma ficção, tendo em vista que sua utilidade e finalidade precípua já não estão sob domínio do particular, “formalmente” proprietário.²⁶

Assim, nota-se que a “desapropriação à brasileira” diverge da desapropriação tradicional por não observar o devido procedimento legal para sua realização. Além do mais, mesmo que seja flagrante a inobservância dos pressupostos legais, ainda assim, sob os critérios definidos pelo STJ, não se estaria configurada uma desapropriação indireta, mas apenas uma mera limitação administrativa.

A raiz desta problemática se encontra em uma tribulação mais profunda. Como já foi abordado, o Poder Regulatório se mostra como uma das faces mais presentes da atuação da *potestade* estatal perante a sociedade civil. Não é coincidência, portanto, que se multipliquem obras acerca do papel do Poder Regulatório no Estado Brasileiro contemporâneo, esmiuçando meandros dessa atuação estatal. Todavia, ainda é pouco explorado a temática sobre os limites e controles ao conteúdo da regulação²⁷, talvez por se tratar de problemática ainda tão em voga. A existência deste “vácuo doutrinário” propicia a confusão e o desacerto na abordagem das chamadas regulações desapropriatórias. Mais especificamente, em relação às limitações administrativas de caráter desapropriatório.

5. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE A “DESAPROPRIAÇÃO À BRASILEIRA”: FUNDAMENTOS DO DEVER DE INDENIZAR

O Superior Tribunal de Justiça, como foi visto acima, buscou definir uma série de critérios com vistas a estabelecer um conceito legal mais bem definido do instituto da desapropriação indireta²⁸. Contudo, apesar do entendimento fixado pelo tribunal servir de parâmetro decisório, este se restringiu somente aos casos tradicionais de desapropriação indireta, caracterizados pelo efetivo apossamento administrativo por parte do Estado, isto é, pela sua equiparação ao esbulo possessório. Por conseguinte, para os casos em que, por meio de limitação administrativa se opera um verdadeiro esvaziamento econômico da propriedade, aos olhos do STJ se trataria de mera conformação ao exercício do direito.

24 José dos Santos Carvalho Filho o define como “o fato administrativo pelo qual o Poder Público assume a posse definitiva de determinado bem” (FILHO, José. **Manual de Direito Administrativo**, 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 691).

25 HEINEN, Juliano. **Limitação administrativa e poder regulatório**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. V. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012p. 175.

26 HEINEN, Juliano. *Op. cit.*

27 CYRINO, **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014. pp. 202-203.

28 REsp nº 442.774-SP (2002/0057146-5), Rel. Min. Teori Zavascki, Dje: 20.6.2005.

Apesar de ser o entendimento predominante adotado pelo Tribunal Superior, o próprio órgão já decidiu de forma diferente em outras ocasiões. André Cyrino²⁹ argumenta que o STJ teve dois momentos: em uma primeira fase, o tribunal veio a admitir a hipótese de configuração de desapropriação indireta em razão de regulações gerais, como as limitações administrativas. Mas este entendimento não perdurou e foi modificado em julgamentos posteriores.

Neste íterim, a criação do Parque Estadual da Serra do Mar (SP) se mostra relevante para este estudo, pelo fato de ter ensejado uma série de precedentes relativos a problemática proposta. O parque foi criado pelo Decreto Estadual n. 10.251/77 e foi modificado posteriormente pelo Decreto n. 13.313/79. Nos termos do art. 1º de tal norma:

Fica criado o Parque Estadual da Serra do Mar com 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.³⁰

Depreende-se, portanto, que a criação do Parque incitou o estabelecimento de uma legislação ambiental rígida sobre a área determinada, visando sua preservação. Para tanto, o decreto declarou de utilidade pública para desapropriação a área demarcada (art. 6º). Esperava-se, então, que viriam outros decretos regulando as desapropriações a serem realizadas. Porém, não foi o caso. Diante da mora no cumprimento do ato desapropriatório, muitas das propriedades não foram efetivamente desapropriadas, contudo, diante das limitações impostas, tornou-se inviável a exploração econômica da propriedade. Dessa forma, vários dos proprietários entraram em juízo com o intuito de obter uma indenização, alegando se tratar de caso de desapropriação indireta.

Em um primeiro momento, o STJ reconheceu a ocorrência de desapropriação indireta. Na oportunidade o Tribunal adotou a tese de que a perda dos poderes ínsitos ao domínio sempre configurará desapropriação indireta, ainda que originada de limitação administrativa de caráter geral. Decidiu-se em vários casos, portanto, pelo pagamento da indenização com a devida fixação de juros^{31,32}.

Entretanto, esta tese não perdurou. O Tribunal veio a reaver este entendimento. Em um segundo momento, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a legislação ambiental concebida pelo Decreto Estadual n. 10.251/77/SP não houve por adicionar nenhuma limitação inédita, uma vez que tais restrições já se encontravam previstas em outros instrumentos normativos³³.

Desta forma, liderado pela 1ª Turma do STJ, o Tribunal reverteu o entendimento que havia firmado antes, voltando atrás em sua concepção acerca da configuração da desapropriação indireta. Se em decisões anteriores envolvendo a criação do mesmo parque, o órgão veio a reconhecer que as limitações impostas vieram a ensejar o direito de indenização por caracteriza-

29 CYRINO. *op. cit.* p. 219.

30 SÃO PAULO. Decreto: 10.251/77. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1977/decreto-10251-30.08.1977.html>.

31 STJ, REsp no 94.297/SP, relator: ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe: 2.12.2002.

32 O estudo de caso sobre a alteração de entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi extraído, principalmente, do texto já citado do prof. André Cyrino. Ver: CYRINO, **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014.

33 Ver voto do Min. Rel. Luiz Fux no REsp n. 988.785/SP.

rem modalidade de desapropriação indireta, em casos posteriores o Superior Tribunal de Justiça apenas veio a reconhecer que o Decreto Estadual responsável pela criação do parque somente consolidou legislação ambiental já vigente.

Assim, o Tribunal rejeitou a hipótese de configuração de desapropriação indireta em razão do esvaziamento econômico da propriedade gerada pelas limitações impostas. Tratariam de mera conformação ao exercício de seu domínio, já presentes em outros atos normativos, de caráter geral e abstrato e sem a configuração de esbulho possessório, impossível, portanto, o pleito indenizatório por se tratar de mera limitação geral e abstrata. A criação do parque seria apenas um meio para cumprimento do princípio de função social da propriedade³⁴ e da legislação já prevista no Código Florestal³⁵. Logo, é possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça, em um segundo momento, apenas consolidou os critérios definidos no já mencionado REsp nº 442.774-SP para configuração de desapropriação indireta.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, adota entendimento contrário àquele firmado pelo STJ. Segundo a Corte Suprema, para o caso da criação da Reserva Florestal Serra do Mar, a desapropriação empreendida na área enseja sim o direito à indenização, independente das limitações administrativas impostas. É como se percebe diante da ementa do seguinte julgado.

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. Precedentes

De maneira semelhante, o STF reconheceu o direito à indenização e, por conseqüente, a configuração de desapropriação indireta nos casos em que as limitações administrativas decorrentes da edição do Decreto n. 10. 251/77/SP. Tal entendimento provém da argumentação empreendida no primeiro julgado do Tribunal acerca do tema, em que o Ministro Celso de Mello reconheceu que:

Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. **Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.** - A proteção jurídica dispensada as coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o dominus venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. Precedentes. - **A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si - considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade -, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular,**

34 STJ, REsp n. 468.405/SP, rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe: 19.12.2003.

35 STJ, EREsp 610158/SP, rel. Ministro Castro Meira, DJe 22.9.2008.

quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário. (Grifo meu)³⁶

Todavia, apesar do reconhecimento da possibilidade de configuração indireta decorrente de limitações administrativas de caráter geral - isto é, do devido dever indenizatório à chamada “desapropriação à brasileira” – o STF, na grande maioria dos casos, alega se tratar de questão relativa à matéria infraconstitucional, fazendo incidir, por exemplo, as súmulas 279 e 636, negando seguimento aos Recursos Extraordinários e ressaltando a competência do STJ para tratar do tema³⁷.

Segundo André Cyrino³⁸, a Suprema Corte erra em não dar seguimento a matéria sob o pretexto de se tratar de matéria infraconstitucional. O autor defende que a problemática deveria ser analisada sobre outro prisma, fundado em um dilema constitucional acerca do direito de propriedade, avaliando tais questões como um possível meio de violação ao sistema constitucional de proteção à propriedade privada. Tal entendimento seria primordial para uma melhor delimitação de uma teoria acerca dos excessos regulatórios. Cyrino vai mais além e afirma que a regulação expropriatória é espécie de desvio de finalidade constitucional, devendo gerar necessariamente uma declaração de nulidade sobre o ato normativo em questão.

Juliano Heinen fundamenta o devido dever à indenização com base em outros termos³⁹. A partir de uma interessante construção argumentativa, o autor argumenta que um dos principais fundamentos ao direito de indenização nos casos de “desapropriação à brasileira” se encontra no enriquecimento sem causa, ou melhor, no empobrecimento sem causa do proprietário prejudicado pelo esvaziamento econômico advindo de limitação administrativa.

Tal instituto se encontra consolidado no art. 876 do Código Civil brasileiro, estabelecendo que todo aquele que recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir. Da mesma forma, pressupõe o art. 84 do mesmo dispositivo que “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita atualização dos valores monetários”.

Assim, no que se refere a “desapropriação à brasileira”, resta necessário, para que se determine a responsabilidade do Estado, a ocorrência de prejuízo a ser reparado. Caso se trate de limitações administrativas com o intuito de apenas conceder eficácia ao princípio da função social da propriedade, apenas gerando conformações ao exercício de direito, já inerentes ao próprio direito de propriedade, não há de se falar em pleito indenizatório ou de responsabilidade do Estado.

36 STF, RE 134.297/SP, rel. min. Celso de Mello, 1 Turma, DJe: 13.6.1995.

37 STF, AI n. 295.072 AgR/ SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe: 19.11.2009; RE no 267.817/SP rel. min. Mauricio Corrêa, j. 29-10-2002, Segunda Turma, DJ 29-11-2002, p. 42. Mais recentemente, v. STF, AI no 851.862 AgR/SC, rel. min. Teori Zavascki, Segunda turma, DJe 17.9.2013; STF, RE no 597.897 AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 26-6-2013. STF, RE no 629.993 AgR/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, 4.12.2012.

38 CYRINO, **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014. p. 223.

39 HEINEN, Juliano. **Limitação administrativa e poder regulatório**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. V. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012 p. 175.

Logo, o nexa causal entre o empobrecimento sem causa do proprietário e a limitação administrativa imposta revela-se essencial para aferir se há ou não o direito à indenização. Como já visto anteriormente, se a limitação administrativa gerar um dano especial, em função de uma restrição exorbitante a mera conformação do exercício do direito de propriedade, se está diante de uma situação em que se exige reparação, diante de uma “desapropriação à brasileira”.

Por conseguinte, é inequívoco afirmar que a “desapropriação à brasileira”, advinda de limitações administrativas responsáveis pelo esvaziamento econômico da propriedade, enseja o devido direito a indenização, tendo em vista que se trata de desapropriação indireta e em função dos argumentos supracitados. Porém, apesar da relativa clareza quanto a necessidade de indenização a “desapropriação à brasileira”, torna-se verdadeiro martírio responder o seguinte questionamento: como é possível identificar se determinada limitação administrativa apenas foi imposta com vistas a efetivação do princípio da função social da propriedade ou se constitui verdadeira regulação expropriatória passível de indenização?

6. AFERIÇÃO DA OCORRÊNCIA OU NÃO DE REGULAÇÃO EXPROPRIATÓRIA: POSSÍVEIS CAMINHOS

De fato, torna-se tormentoso estabelecer critérios sólidos passíveis de delimitar a identificação dos excessos do Poder Regulatório. Essa problemática revela-se ainda mais problemática para o Direito brasileiro, pois, como já foi visto, a literatura sobre o tema demonstra-se insuficiente.

Porém, mesmo com o exercício de análise do direito comparado, tal questionamento não se mostra resolvido. O Direito estado-unidense encontra longa tradição doutrinária acerca das chamadas “*regulatory takings*” partindo principalmente do *case law* estabelecido pela Suprema Corte norte-americana em 1922 no caso *Pennsylvania Coal v. Mahon*⁴⁰. Na ocasião, mediante o voto condutor do Justice Oliver Wendell Holmes, determinou-se 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”⁴¹.

O precedente estabelecido pela corte estimulou grande produção científica sobre o tema, justamente com o intuito de estabelecer critérios para identificação de quando uma regulação se excede. Cyrino⁴² revela que se formaram duas principais teorias acerca da resolução empreendida pelo Justice Holmes: àqueles que procuraram delinear com mais precisão a dicotomia de *harms/benefits* de Freund⁴³ e os que procuraram empreender uma análise de eficiência a partir da aferição da diminuição do valor da propriedade.

Em relação a primeira corrente doutrinária, pressupõe-se que a análise perpassasse pela adoção de um critério de prevenção de danos ou de extração de benefícios, diferenciando tais

40 *Pennsylvania Coal Co. V. Mahon*: 260 U.S. 393 (1922).

41 Citação extraída In: BINEMBOJN, Gustavo. Regulações expropriatórias. Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010.

42 CYRINO, Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014 p. 212

43 FREUND apud CYRINO, Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014 p. 212

regulações com base em qual critério “motivou” a limitação empreendida. Nesta linha, se inserem teóricos como Robert Ellickson⁴⁴ que avalia a ocorrência ou não de regulação expropriatória a partir da distinção entre uso normal e usos anormais da propriedade, isto é, baseada em regramentos inspirados em *standards* comuns de convivência, com o intuito de prevenir danos à comunidade.

A partir de um viés, de certa forma, utilitarista, juristas como Frank Michelman e Richard Epstein promoveram suas análises através de análises econômicas de eficiência e de divisão de riqueza⁴⁵. Michelman constrói sua teoria com base em um sopesamento entre custos e benefícios da regulação por meio de uma análise de eficiência da medida. Para tanto, o autor utiliza três variáveis: (i) avaliar os ganhos de eficiência do ato, resultado da diferença entre os benefícios que possam ser gerados pela medida estatal e as perdas dela decorrentes; (ii) cálculo dos prejuízos causados e os demais efeitos, no caso de não haver indenização, sob uma perspectiva individual e sob a perspectiva da sociedade como um todo; e, por fim, (iii) avaliação dos custos da aferição sobre os prejuízos e a forma de alcançar uma solução em que eles sejam compensados. Assim, tal análise não leva em conta somente os efeitos imediatos dos custos originados da regulação, mas também seu efeito sobre a coletividade⁴⁶.

Epstein, por outro lado, funda sua análise partindo de uma perspectiva marcadamente liberal da propriedade privada. O autor inadmite a existência de um sentido social da propriedade, negando, por exemplo, o desenvolvimento de uma noção de função social da propriedade. Para avaliar se houve ou não a ocorrência de ato expropriatório, o jurista propõe o julgador se pergunte os seguintes questionamentos: (i) se houve esvaziamento do direito de propriedade em alguma de suas faculdades; (ii) se há justificativa para a expropriação; (iii) se o esvaziamento se dá com o intuito de atingir uma finalidade pública e, por fim (iv) se existe algum tipo de compensação pela expropriação, mesmo que implícita ou indireta⁴⁷.

A apresentação das propostas mais reconhecidas acerca da doutrina das regulações expropriatórias segundo o direito estado-unidense mostra-se relevante para o estudo aqui empreendido. Porém, constata-se que não há consenso acerca dos critérios precisos a serem utilizados para aferir se determinada limitação administrativa constitui ou não regulação expropriatória.

De fato, como bem apontado por Cyrino, “nenhuma fórmula será definitiva”⁴⁸. Gustavo Binembojn⁴⁹ sustenta que, no Brasil, parece possível identificar as hipóteses de regulação expropriatória por meio do exame da proporcionalidade da medida empreendida. O princípio da proporcionalidade se encontra bem consolidado no ordenamento jurídico pátrio e é ferramenta

44 ELICKSSON apud CYRINO, Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014 p. 213.

45 FISCHER apud CYRINO, Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014p. 213.

46 MICHELMAN apud CYRINO, André. **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014, pp. 214-215.

47 EPSTEIN apud CYRINO, **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014 pp. 216-217.

48 CYRINO, André. **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014. p. 217.

49 BINEMBOJN, Gustavo. **Regulações expropriatórias.** Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010.

essencial no exame de interesses e direitos constitucionais em conflito. Nas palavras de Gilmar Mendes, a violação ao princípio da proporcionalidade se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins, sendo que a utilização de tal princípio para constatação de violação perpassa pelo exame da necessidade e da adequação do ato normativo⁵⁰.

A utilização do princípio da proporcionalidade para aferição da ocorrência de regulação expropriatória perpassa pelo sopesamento entre os custos e benefícios da medida, sendo que a desproporcionalidade se dará quando os custos individuais superarem os benefícios coletivos da medida, isto é, quando os custos suportados pelo proprietário não ensejam benefício equiparável para a coletividade.

O raciocínio empreendido anteriormente se funda no fato de que o princípio da supremacia do interesse público não é de caráter absoluto, não constitui “carta branca” para a atuação do Estado. No mesmo sentido, o princípio da função social da propriedade comporta não só interesses da coletividade como também interesses individuais, não devendo haver prevalência de nenhum dos dois. Logo, se os interesses públicos da regulação se mostram exorbitantes ao ponto de atacar desproporcionalmente os interesses atacados, se está diante de uma regulação expropriatória. Binembojn afirma que “a regulação expropriatória, portanto, é fruto do exagero⁵¹”.

Na temática da qual trata este artigo, o exagero decorrente de limitação administrativa é precisamente o esvaziamento da atividade econômica da propriedade. Tais medidas excessivas consistiriam em verdadeiros atos confiscatórios⁵². Binembojn, então, define que a regulação será expropriatória e inconstitucional, em face do caso concreto, quando: (i) vier acompanhada de esbulho possessório (desapropriação indireta em sua forma clássica) (ii) for desproporcional, logo desnecessária e/ou tiver custos maiores que seus benefícios; (iii) for excessiva por gerar 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.

Destarte, os critérios apresentados por Binembojn mostram-se satisfatórios para aferir a ocorrência ou não de regulação expropriatória. De fato, como já foi definido, é materialmente impossível estabelecer qualquer tipo de fórmula pronta para realizar este exame. Porém, à luz das peculiaridades inerentes ao caso concreto, o juízo de proporcionalidade acerca da limitação empreendida se mostra capaz de distinguir a limitação administrativa que apenas conforma o exercício do direito de propriedade ao princípio de sua função social da restrição que promove a chamada “desapropriação à brasileira”.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da exposição empreendida neste artigo, ficou comprovada a complexidade e urgência da temática em análise. A limitação administrativa e a desapropriação constituem modalidades quase que antagônicas de restrições do Estado a propriedade privada. Enquanto a limitação administrativa se caracteriza por se tratar de medida genérica e abstrata, direcionada a

50 GONET; MENDES. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 224.

51 BINENBOJM, Gustavo. **Regulações expropriatórias**. Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010.

52 BINEMBOJM, Gustavo. **Regulações expropriatórias**. Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010.

uma série de propriedades e visando a mera conformação do exercício de seu gozo, a desapropriação constitui medida administrativa pela qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, mediante indenização prévia e justa (com exceção do caso previsto no art. 243 da Constituição Federal).

Entretanto, defende-se que a limitação administrativa que excede a simples conformação do direito, ocasionando o esvaziamento econômico da propriedade, constitui uma modalidade “às avessas” de desapropriação, pela qual se impede totalmente a utilização do proprietário de seus poderes de domínio sobre o imóvel, posto que as limitações podem afetar, licitamente, só em parte o direito de propriedade.

Desta forma, estaria ocorrendo desapropriação sem o devido procedimento legal e sem ensejar o devido direito à indenização. Restaria configurada a chamada “desapropriação à brasileira”. Diante dos argumentos elencados, foram evidenciados os fundamentos que ensejam o direito a indenização para os casos aqui tratados.

Em virtude da “desapropriação à brasileira” promover uma espécie de enriquecimento sem causa, ou melhor, empobrecimento sem causa do proprietário afetado, restaria comprovado o dano especial e injustificado, ensejando o Estado ao cumprimento do dever de indenizar. Se provado o nexos causal entre o empobrecimento sem causa do proprietário e a limitação administrativa, tal direito resta garantido de forma inequívoca.

Logo, em face do caráter lesivo decorrentes dos possíveis excessos do poder regulatório, urge uma mudança de entendimento da matéria por parte dos Tribunais Superiores. Como foi visto, o STF admite que a limitação administrativa que ocasiona o esvaziamento econômico da propriedade caracteriza desapropriação indireta e gera o dever de indenizar, porém, por alegar que se trata de matéria infraconstitucional, reforça a competência do STJ para o julgamento do tema. O Superior Tribunal de Justiça não admite a configuração de desapropriação indireta decorrente de ato regulatório desmedido, atrelando-a necessariamente a ocorrência de esbulho possessório. Desta forma, o Tribunal não só viola o princípio constitucional de proteção da propriedade, como também o próprio princípio da função social da propriedade, além de impedir que se deem contornos jurídicos a doutrina das regulações expropriatórias.

Outrossim, apesar das obscuridades envolvendo a aferição de ocorrência de mera limitação administrativa conformativa ao exercício de direito ou de limitação administrativa responsável pelo esvaziamento econômico da propriedade, esta análise pode ser empreendida sem prejuízos com base em princípio constitucional já consolidado no ordenamento jurídico brasileiro. O juízo de proporcionalidade efetuado à luz do caso concreto se mostra adequado para tal análise. Assim, não há empecilhos para que o STJ reveja seu entendimento e faça uso deste princípio tão caro ao direito pátrio.

O intuito deste artigo nunca foi o de relatar uma argumentação enviesada por uma visão liberal acerca do instituto da propriedade privada. Muito pelo contrário. O princípio da função social da propriedade é primordial para as realizações sociais a que a Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, se presta à realização. Não pretende destituir a propriedade de seu sentido social, muito menos concebê-la como direito individual absoluto. Ora, os efeitos nefastos decorrentes da primazia de um ordenamento jurídico marcadamente individualista e

liberal são inesquecíveis. As restrições impostas pelo Estado à propriedade privada se mostram necessárias à consecução de uma sociedade mais justa e igualitária.

Todavia, tais fundamentos não podem justificar a atuação irrefreada do Estado. Ora, o instituto da desapropriação é amplamente aceito e consolidado no próprio texto constitucional, mas somente mediante indenização justa e prévia e de acordo com o devido procedimento legal. Diante da possibilidade de que uma limitação administrativa promova a impossibilidade do uso do imóvel pelo proprietário, resta caracterizada desapropriação indireta, então por que não a tratar como tal e lhe garantir a devida indenização? Este foi o propósito deste artigo, reivindicar a devida indenização a tais casos e buscar delimitar – ainda que de forma sucinta – as implicações e características de sua ocorrência. A atuação do poder regulatório deve ser melhor abordada e analisada com vistas a manter o respeito às garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. **The new separation of powers**. Harvard Law Review, v. 113, n. 3, p. 633- 729, jan. 2000.
- BINEMBOJN, Gustavo. **Regulações expropriatórias**. Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/regulacoes-expropriatorias/#_ftn22. Acesso em: 22/4/2022.
- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.html. Acesso em: 22/4/2022.
- CARVALHO NETTO, Menelick. **A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição**. Rev. TST, Brasília, vol.68, no 2, abr/jun 2020.
- CYRINO, André. **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014.
- DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015.
- DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- FILHO, José. **Manual de Direito Administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.
- GONET, Paulo; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.
- HEINEN, Juliano. **Limitação administrativa e poder regulatório**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. V. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012.