

FERNANDO COUTO GARCIA

**Medidas administrativas preordenadas à desapropriação: constitucionalidade,
natureza jurídica e temporariedade**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Carlos Bastide Horbach

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

FERNANDO COUTO GARCIA

**Medidas administrativas preordenadas à desapropriação: constitucionalidade,
natureza jurídica e temporariedade**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Bastide Horbach.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Garcia, Fernando Couto

Medidas administrativas preordenadas à desapropriação:
constitucionalidade, natureza jurídica e temporariedade/
Fernando Couto Garcia; orientador Carlos Bastide Horbach --
São Paulo, 2021.

200

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de
São Paulo, 2021.

1. Direito Urbanístico – Brasil. 2. Propriedade – Brasil. 3.
Solo urbano (planejamento) – Brasil. 4. Desapropriação. 5.
Meio ambiente – Brasil.

I. Horbach, Carlos Bastide, orient. II. Título.

Aos expropriados cujos bens se transformaram na Avenida Getúlio Vargas, no antigo
Distrito Federal.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Carlos Bastide Horbach, orientador deste trabalho, pela paciência, confiança e pela sua capacidade de encontrar decisões judiciais francesas antigas.

Ao Fundo da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte e seu programa de qualificação dos quadros da instituição, que custeou as viagens de Brasília a São Paulo e a hospedagem na capital paulista, durante o período das aulas no curso de Doutorado.

À banca do exame de qualificação, formada por meu orientador, pela Professor Titular Fernando Dias Menezes de Almeida e pelo Professor Doutor Rodrigo Pagani de Souza, pelas observações valiosas que permitiram correção tempestiva dos rumos da pesquisa.

Ao Professor André Ramos Tavares, por ter debatido comigo o tema da propriedade e dado sugestões valiosas para o desenvolvimento da tese.

Aos amigos que leram alguns capítulos e fizeram apontamentos: Eduardo Fortunato Bim e Marcela de Oliveira Santos.

Aos colegas procuradores e gestores públicos de diversos municípios que ajudaram a encontrar e compreender a legislação local, em especial José Aparecido e Leonardo Castro.

Ao Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Victor Carvalho Pinto e à minha amiga Andréia pela ajuda para conseguir artigos e acórdãos antigos em plena pandemia.

Por fim, à minha esposa Paula, pela cumplicidade.

“(…) the Constitution measures a taking of property not by what a State says, or by what it intends, but by what it *does*.” (Supreme Court of the United States [of America], Justice Potter Stewart, Concurring opinion, *Hughes v. Washington*, 389 U. S. 298 (1967))

“A court cannot determine whether a regulation has gone ‘too far’ unless it knows how far the regulation goes.” (Supreme Court of the United States [of America], Justice John Paul Stevens, Opinion of the Court, *MacDonald, Sommer & Frates v. Yolo County*, 477 U.S. 348 (1986))

“A temporary restriction upon land use may be (and we feel is under the facts here) a mere inconvenience where the same restrictions indefinitely prolonged might possibly metamorphize into oppression.” (California Court of Appeals, Judge Pierce, *Metro Realty v. County of El Dorado*, 222 Cal.App.2d 508 (1963))

“Je ne dis pas, je n’ai jamais dit, je n’ai jamais écrit que la situation économique qu’est la propriété individuelle disparaisse, doive disparaître. Je dis seulement que la notion juridique sur laquelle repose sa protection sociale se modifie. Malgré cela, la propriété individuelle reste protégée contre toutes les atteintes, même contre celles qui viendraient de la puissance publique. Bien plus, je dirai qu’elle est plus fortement protégée qu’avec la conception traditionnelle.” (DUGUIT, Leon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris: Félix Alcan, 1912. p. 160)

RESUMO

GARCIA, Fernando Couto. *Medidas administrativas preordenadas à desapropriação: constitucionalidade, natureza jurídica e temporariedade*. 2021. 200 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

A limitação ao direito de propriedade, prevista sobretudo em leis ambientais ou urbanísticas, que incide especificamente sobre bens que o Poder Público planeja, no futuro, declarar de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social para então desapropriá-los, pode ser conceituada, a partir da experiência italiana, como medida administrativa preordenada à desapropriação. A temporariedade é característica marcante deste tipo de medida administrativa não apenas na Itália, mas também nos ordenamentos jurídicos da França e da Califórnia. Ainda que a doutrina brasileira tenha construído critérios para avaliar a intensidade do impacto sofrido pela propriedade, considerando sua duração, de modo a verificar se houve expropriação, não se pode olvidar que a incerteza sobre o prazo é, em si, um fator que incrementa significativamente a referida intensidade. A complexidade de verificações casuísticas de normalidade as torna insuficientes para substituir os ganhos de cognoscibilidade e calculabilidade que podem ser proporcionados pela fixação em lei, preferencialmente federal, de um prazo máximo claro de eficácia da medida preordenada. Além disso, o prazo de caducidade previsto no art. 10 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, é aplicável por analogia a todas estas medidas. Por fim, analisadas à luz do critério da singularidade ou concretude, tais medidas são em si mesmas desapropriações, mesmo que temporárias, e como tal devem ser precedidas de indenização.

Palavras-chave: Direito Urbanístico – Brasil – Propriedade – Brasil - Solo urbano (planejamento) – Brasil – Desapropriação – Meio ambiente – Brasil

ABSTRACT

GARCIA, Fernando Couto. *Administrative measures preordained to expropriation: constitutionality, legal nature and temporary nature*. 2021. 200 p. Paper (Doctor in Law) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

The limitation to the right to property, provided specially in environmental or urban laws, which specifically focuses on assets that the Government plans, in the future, to declare of public need, public utility or social interest and then expropriate them, can be conceptualized, the from the Italian experience, as an administrative measure preordained to expropriation. Temporality is a striking feature of this type of administrative measure not only in Italy, but also in the legal systems of France and California. Although the Brazilian doctrine has built criteria to assess the intensity of the impact suffered by the property, considering its duration, in order to verify whether there was expropriation, it cannot be forgotten that the uncertainty about the deadline is, in itself, a factor that significantly increases said intensity. The complexity of *ad hoc* normality tests makes them insufficient to replace the gains in knowledge and calculability that can be provided by the establishment by law, preferably federal, of a clear deadline for the preordained measure. In addition, the expiry period provided for in art. 10 of Decree-Law No. 3365, of 1941, is applicable by analogy to all these measures. Finally, analyzed in the light of the criterion of singularity or concreteness, such measures are in themselves takings, even if temporary, and as such must be preceded by compensation.

Keywords: Urban Planning Law – Brazil – Property – Brazil – Land use – Brazil – Eminent domain – Environment – Brazil

Sumário

INTRODUÇÃO	20
CAPÍTULO 1	33
CARACTERIZAÇÃO DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PREORDENADAS À DESAPROPRIAÇÃO	33
1.1 – Inexistência de taxatividade dos atos procedimentais preparatórios da desapropriação previstos no Decreto-lei nº 3.365, de 1941	33
1.2 – As restrições preordenadas à desapropriação no ordenamento jurídico italiano	43
1.3 – Adaptação do conceito italiano ao contexto brasileiro por meio de estipulações	51
1.3.1 – Medida.....	52
1.3.2 – Administrativa	65
1.3.3 – Preordenada	68
1.3.4 – À desapropriação.....	71
1.4 – Identificação de medidas administrativas preordenadas à desapropriação no ordenamento jurídico brasileiro.....	82
1.4.1 – Análise das medidas identificadas antecipadamente na introdução da tese.....	82
1.4.2 – Análise sobre a previsão de medidas similares na legislação local de Curitiba e do Distrito Federal.....	86
1.4.3 – A declaração de utilidade pública ou interesse social	90
CAPÍTULO 2	97
CADUCIDADE DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PREORDENADAS À DESAPROPRIAÇÃO	97
2.1 – A temporariedade das restrições preordenadas à desapropriação no ordenamento jurídico italiano	100
2.2 – Plano de alinhamento e reserva de área no ordenamento jurídico francês ..	112
2.3 – Expropriações temporárias na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América	123
2.4 – Medidas administrativas preordenadas à desapropriação na Lei de Zoneamento e Planejamento do Estado da Califórnia.....	130
2.5 – A modulação temporal como elemento de descaracterização da desapropriação ablativa no ordenamento jurídico brasileiro	135
2.6 – Caducidade das medidas administrativas preordenadas à desapropriação no ordenamento jurídico brasileiro.....	144
CAPÍTULO 3	155
ONEROSIDADE DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PREORDENADAS À DESAPROPRIAÇÃO	155
3.1 – A exclusão do efeito das medidas administrativas preordenadas à desapropriação na avaliação do bem expropriado	156
3.1.1 – Itália.....	157
3.1.2 – França	160
3.1.3 – Califórnia	162
3.1.4 – Brasil.....	162
3.2 – Critério adequado para verificar se as medidas administrativas preordenadas à desapropriação são onerosas	164
3.3 – Aplicação do critério da singularidade e concretude às medidas administrativas preordenadas à desapropriação.....	176
3.4 – Inconveniência do conceito de regulação expropriatória.....	181

3.5 – Consequência da inexistência de pagamento da indenização prévia	185
CONCLUSÃO	187
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	190
LISTA DE DECISÕES JUDICIAIS CITADAS.....	200

INTRODUÇÃO

O art. 10 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, que dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública, prevê que o decreto que declara a utilidade pública caduca se, após cinco anos de sua edição, a desapropriação não for efetivada por acordo e nem for ajuizada a ação judicial para sua imposição ao proprietário do bem a ser expropriado. Na hipótese de desapropriação por interesse social, este prazo é de dois anos, nos termos do art. 3º da Lei nº 4.132, de 1962.

Vinicius Monte Custodio afirma que tal caducidade é “corolário do direito fundamental de propriedade privada dos particulares nas expropriações”¹. A afirmação é sensata, pois seria descabido submeter o proprietário, por tempo indeterminado, a efeitos negativos da declaração de utilidade pública – como a necessidade de tolerar a entrada de agentes públicos em edifícios erguidos no bem (art. 7º do Decreto-lei nº 3.365, de 1941) e obter autorização do expropriante para realizar benfeitorias úteis (art. 26, § 1º, do mesmo diploma legal) – sem que ele tenha recebido a indenização, que a Constituição Federal de 1988 exige que seja prévia (art. 5º, XXIV)².

Contudo, a doutrina brasileira ainda não se debruçou com o necessário vagar sobre fenômeno que guarda relação íntima com a desapropriação, mas sói ocorrer antes da declaração de utilidade pública ou interesse social: a limitação ao direito de propriedade³, prevista sobretudo em leis ambientais ou urbanísticas, que incide especificamente sobre bens que o Poder Público planeja, no futuro, declarar de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social para então desapropriá-los.

Tratando-se de medida que antecipa alguns dos efeitos da declaração de utilidade pública e até da desapropriação, é pertinente analisar qual a sua natureza jurídica e questionar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico constitucional e com o próprio Decreto-lei nº 3.365, 1941, que rege as desapropriações por utilidade pública, bem como se

¹ *Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 183. Em sentido similar: CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 476.

² A referência explícita ao caráter prévio da indenização pela desapropriação consta também das constituições brasileiras de 1934 (art. 113, 17), 1946 (art. 141, § 16) e 1967 (art. 150, § 22). Não obstante se tenha consciência de que a doutrina brasileira considera a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, como uma nova constituição, as referências nesta tese serão feitas apenas à Constituição de 1967, por questão de economia, uma vez que a distinção entre os dois textos constitucionais não é relevante para o objeto da tese.

³ Limitação ao direito de propriedade é entendida como “tudo que afete qualquer dos caracteres desse direito”, “gênero do qual são espécies as restrições, as servidões e a desapropriação” (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 399).

lhe é aplicável o prazo quinquenal de caducidade previsto no art. 10 do referido diploma legal.

Além disso, a proposta do estudo é identificar se a existência e a extensão de prazo de caducidade da medida interferem em sua natureza jurídica, ou seja, se constituem elementos aptos a justificar que esta limitação ao direito de propriedade deixe de ser considerada sacrifício da propriedade ou expropriação regulatória⁴, por exemplo.

A proposta será implementada em sucessivos degraus de abstração. No capítulo 1, pretende-se identificar, a partir do estudo do ordenamento jurídico italiano, o que são as medidas administrativas preordenadas à desapropriação, decompondo seus elementos e os adaptando, desde logo, ao contexto jurídico brasileiro. No capítulo 2, será estudada a principal característica destas medidas no ordenamento italiano – a temporariedade – e a possibilidade de extrai-la das normas jurídicas brasileiras aplicáveis. Portanto, estes dois primeiros capítulos envolvem sobretudo aspectos concretos das limitações ao direito de propriedade e, em especial, do regime jurídico da desapropriação.

Chegando a um nível mais alto de abstração, o capítulo 3 pretende avançar na definição da natureza jurídica das medidas preordenadas, em especial verificar se elas são meras restrições temporárias à propriedade, que não pressupõem o dever de indenizar, ou se, ao contrário, constituem sacrifícios de direito ou expropriações regulatórias, que devem ser indenizadas de modo prévio à sua produção de efeitos. No bojo desta definição, será analisada a relação entre a temporariedade da limitação e a caracterização do sacrifício de direito, ou seja, se o fator temporal é essencial para a caracterização do caráter expropriatório da medida ou se, ao contrário, ele interfere apenas na quantificação da indenização devida.

O tema proposto tem relevância teórica e importantes repercussões práticas.

O direito de propriedade é tema clássico do Direito em geral e do Direito Constitucional em particular. Sendo a desapropriação a mais drástica das atuações estatais sobre a propriedade, mereceu consideração desde o advento do constitucionalismo. Como salienta Roger Stiefelmann Leal, a

reparação financeira pela limitação da propriedade constitui garantia que já encontrava fundamento no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Ao contemplar, em caráter excepcional, a possibilidade de privação da propriedade *quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir manifestamente*, o art. 17 da Declaração

⁴ Na verdade, como será visto no capítulo 3 desta tese, a expropriação regulatória é fenômeno mais amplo que a limitação ao direito de propriedade, pois alcança a regulação de atividades, e não apenas de bens.

define como condição o pagamento de *justa e prévia indenização*.⁵

O estudo do funcionamento efetivo das limitações ao direito de propriedade e sua comparação com os parâmetros constitucionais é essencial para evitar que a reflexão teórica se desgarre da realidade normativa e que surjam precedentes legislativos e administrativos, potencialmente aplicáveis por longo tempo, sem a devida problematização sobre sua compatibilidade com a Constituição.

Ao mesmo tempo, a inexistência de produção teórica sobre as limitações perenes e predestinadas⁶ à desapropriação no ordenamento jurídico brasileiro representa relevante convite para estender a este campo o estudo do Direito Constitucional brasileiro.

A lacuna na produção teórica contrasta com a importância prática que a questão já alcançou.

No Município de Belo Horizonte, por exemplo, o Anexo IV do Plano Diretor (Lei Municipal nº 11.181, de 2019) identifica as “áreas do Município destinadas à implantação de projetos viários prioritários – PVP” (art. 113) – ou seja, áreas que se pretende desapropriar em futuro incerto para abrigar nova via pública –, em que os parâmetros urbanísticos aplicáveis sofrem alterações previstas no Anexo XII do próprio Plano Diretor, que estabelece que “a área total edificada é limitada a 1.000 m²” e a “altura máxima da edificação é limitada a 8,0 m”, mesmo que a zona em que o imóvel está inserido preveja parâmetros mais permissivos, presumivelmente compatíveis com a infraestrutura urbana existente no local.

A legislação anterior ao Plano Diretor de 2019, atualmente revogada, era ainda mais restritiva, prevendo que, no lote inserido em área de projeto viário prioritário, também delimitada em mapa que constitui anexo de diploma legal, só poderiam ser erguidas edificações de caráter provisório ou temporário (art. 44-A, III, da Lei Municipal nº 7.166, de 1996, conhecida como Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Solo), cujos parâmetros urbanísticos eram extremamente restritivos, independentemente do zoneamento em que o lote estava inserido (§ 1º do mesmo dispositivo).

Tanto na lei antiga (art. 44-A, § 4º, da Lei Municipal nº 7.166, de 1996) quanto na nova (art. 114, § 2º, da Lei Municipal 11.181/2019), esta limitação administrativa subsiste até a execução do projeto viário, o que não tem prazo peremptório para ocorrer.

⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, p. 61, abr./jun. 2012. Itálicos do original.

⁶ Os termos “preordenadas” e “predestinadas” serão usados como sinônimos nesta tese.

Antes da entrada em vigor do Plano Diretor de 2019, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se debruçou sobre a questão e considerou que, decorridos sete anos do advento da limitação sem que o imóvel fosse desapropriado, o proprietário deveria ser indenizado⁷. O acórdão da Sexta Câmara Cível da Corte, proferido em 3 de abril de 2018 e relatado pelo Desembargador Edilson Fernandes (Apelação Cível nº 1.0024.14.234010-8/001), foi assim ementado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - NULIDADE DA SENTENÇA NÃO CARACTERIZADA - TERRENO PARTICULAR - EDIFICAÇÃO - NEGATIVA DO PODER PÚBLICO - ÁREA DE PROJETO VIÁRIO PRIORITÁRIO - LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA - INDENIZAÇÃO - CABIMENTO - IPTU - NÃO INCIDÊNCIA - SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Não há falar em nulidade do julgado de primeiro grau quando se constata que o magistrado decidiu a lide nos limites traçados pela parte autora.

2. Considerando que o Município afetou o imóvel de propriedade dos autores sujeitando-o aos parâmetros construtivos do artigo 44-A, da Lei nº 7.166/96, extrapola do razoável o fato de terem de aguardar indefinidamente a Administração decidir pela implementação do Projeto Viário Prioritário (VIURBS 50), impossibilitando-os de construir no lote a sua residência, situação que implica, inequivocamente, o direito de serem indenizados.

3. Tendo em vista que o fato gerador do IPTU é a disponibilidade econômica da propriedade, domínio útil ou posse, conseqüentemente o terreno esvaziado em seu conteúdo econômico em face da restrição ao direito de construir não pode ser tributado, sob pena de afronta aos princípios da isonomia tributária, da capacidade contributiva e da proibição de efeito confiscatório.

A questão gerou discussão na turma julgadora, tendo sido o julgamento decidido pela apertada maioria de três votos a dois. Em seu voto vencido, a Desembargadora Yeda Athias sustentou que a medida caracterizar-se-ia como limitação administrativa gratuita:

No caso vertente, depreende-se do art. 44-A da Lei 7.766/96 que há limitação administrativa ao direito de propriedade estabelecida na referida Lei e, portanto, houve apenas restrição ao uso de propriedade e não a perda da propriedade (...).

Não se trata de peculiaridade da capital mineira. No Município do Rio de Janeiro, norma bem mais sintética, mas de efeitos semelhantes, decorre do art. 29 da Lei Estadual nº 1.574, de 1967, do extinto Estado da Guanabara, recepcionada com *status* de lei municipal⁸:

⁷ Em sentido similar decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná na Apelação Cível 1.482.096-7, da Quinta Câmara Cível, decidida em 17 de maio de 2016, relator o Juiz convocado Rogério Ribas. O caso envolveu restrição imposta a particular pelo Município de São José dos Pinhais, na Região Metropolitana de Curitiba, cidade que abriga o Aeroporto Internacional Afonso Pena, conhecido como Aeroporto de Curitiba.

⁸ O art. 4º, § 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1946 estabeleceu que, uma vez transferida a “Capital da União (...) para o planalto central do País”, “o atual Distrito Federal passará

Art. 29. Caso o imóvel onde se pretende efetuar atos dependentes de licença, esteja atingido por projeto de urbanização ou de modificação de alinhamento, deverão ser efetivados o recuo ou a investidura (conforme o caso) anteriormente à aceitação de obras ou concessão do "habite-se" (mesmo parcial).

A disposição é detalhada no Decreto Municipal nº 322, de 1976, que regula o Zoneamento do Município do Rio de Janeiro, e prevê a figura do PAA – Projeto Aprovado de Alinhamento, que impõe recuo antes mesmo de sua implementação (art. 113, parágrafo único⁹). A questão fica mais clara diante da definição de recuo no anexo do Código de Obras e Edificações do Município do Rio de Janeiro (Lei Complementar Municipal nº 198, de 2019)¹⁰: “Incorporação ao logradouro público de uma área de terreno de propriedade particular adjacente ao mesmo logradouro, a fim de possibilitar a implantação ou modificação de alinhamento aprovado pelo Município.”

De modo distinto da legislação municipal de Belo Horizonte e do Rio de Janeiro, o art. 105 do Código de Obras do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 16.642, de 2017)¹¹ garante ao proprietário a execução de qualquer obra compatível com a legislação

a constituir o Estado da Guanabara”. Após a construção de Brasília, a disposição foi implementada pela Lei nº 3.752, de 1960, que estabeleceu normas para convocação da assembleia constituinte do Estado da Guanabara e previu que a Cidade do Rio de Janeiro seria sua “Capital e sede do Governo”, em aparente violação à autonomia dos Estados (art. 18 da Constituição de 1946), que inclui o poder de definir sua capital estadual. A Constituição Estadual de 1961 previu que poderia haver a divisão do Estado em municípios (art. 52), cabendo ao Estado arrecadar os tributos municipais até que isto ocorresse (art. 1º do Ato Constitucional das Disposições Transitórias). No entanto, sobreveio a Constituição de 1967, cujo art. 19, § 5º, referiu-se “ao Distrito Federal e aos Estados não divididos em municípios”, que, como visto, era justamente a situação do Estado da Guanabara. A regra foi mantida na Constituição de 1969 (art. 18, § 4º). Assim, a Constituição Estadual de 1967 atribuiu ao Estado da Guanabara “todos os Poderes não conferidos pela Constituição do Brasil à União e mais os reservados aos municípios” (art. 2º, *caput*), bem como a receita dos impostos municipais (art. 67, § 1º). Ainda assim, manteve a possibilidade de criação de municípios (art. 101) e a Cidade do Rio de Janeiro como sua capital (art. 2º, § 3º). A situação perdurou, sem criação de municípios, até a fusão do Estado da Guanabara e do Estado do Rio de Janeiro por força do art. 8º da Lei Complementar nº 20, de 1974. O Decreto-lei Estadual nº 1, de 1975, do novo Estado do Rio de Janeiro, editado para operacionalizar a fusão, previu que os limites do novo Município do Rio de Janeiro são os mesmos do antigo Estado da Guanabara, o que foi reiterado pelo art. 1º, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 3, de 1976, que instituiu a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro. Foi esta lei orgânica que previu em seu art. 101: “Continua em vigor enquanto não revogada, explícita o implicitamente, a legislação dos antigos Distrito Federal e Estado da Guanabara, no que disser respeito à matéria municipal, salvo as disposições colidentes com a Constituição Estadual e com esta lei.”

⁹ “Art. 113. Na determinação das condições das edificações será considerada a largura do logradouro sem levar em conta as sobre-larguras, os alargamentos ou reduções eventuais em pequenos trechos ou larguras das praças de retorno. Parágrafo único. Quando houver projeto aprovado de alinhamento (PAA), prevalecerá a largura projetada do logradouro.”

¹⁰ A nomenclatura utilizada por este decreto, que não distingue corretamente entre afastamento, alinhamento e recuo é criticada em CUSTODIO, Vinícius Monte. Recuo não é passeio: limites à regulamentação municipal do uso das áreas não edificáveis. *Migalhas edilicias*. Ribeirão Preto, n. 21, mar. 2009. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/298596/recuo-nao-e-passeio--limites-a-regulamentacao-municipal-do-uso-das-areas-nao-edificaveis>>. Acesso em: 8 jun. 2021. Para os fins desta tese, não há necessidade de distinguir entre estes termos.

¹¹ “Art. 105. É permitida a execução de qualquer obra em imóvel totalmente atingido por plano de melhoramento público e sem declaração de utilidade pública ou de interesse social em vigor, observado o

urbanística, limitando-se a excluir sua indenizabilidade apenas na hipótese dela ter sido executada após a declaração de utilidade pública ou interesse social. Em outras palavras, a legislação paulistana nega ao plano de melhoramento público qualquer efeito sobre os direitos do proprietário do bem aproveitá-lo economicamente e incorporar-lhe o valor econômico de intervenções ou obras compatíveis com a legislação em vigor¹², embora atribua tal efeito à declaração de utilidade pública ou interesse social.

Neste ponto, convém justificar a escolha da legislação dos três já mencionados municípios e de outros, que serão mencionados no decorrer da tese. Considerando a inviabilidade de analisar a legislação de milhares de municípios brasileiros – ou mesmo de centenas de municípios paulistas ou mineiros –, a análise das medidas preordenadas à desapropriação será feita a partir das legislações locais das três metrópoles nacionais (São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília¹³) e de duas metrópoles regionais (Belo Horizonte e Curitiba)¹⁴. Assim, será possível evitar que a tese se torne uma coleção de legislações locais. A escolha de São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília se justifica pela sua importância econômica e populacional e pela notória influência que exercem na legislação de outros municípios. Já a escolha de Belo Horizonte e Curitiba se deve à disponibilidade de dados em seus sítios eletrônicos na internet e a duas questões pontuais: Belo Horizonte é a cidade

disposto na LOE, PDE e LPUOS. § 1º No caso de declaração de utilidade pública ou de interesse social em vigor, permite-se a execução de qualquer obra, a título precário, observado o disposto na LOE, PDE e LPUOS, não sendo devida ao proprietário qualquer indenização pela benfeitoria ou acessão quando da execução do melhoramento público. § 2º Considera-se também como totalmente atingido por melhoramento público o imóvel: I - cujo remanescente não possibilite a execução de edificação que atenda ao disposto na LOE, PDE e LPUOS; II - no qual, por decorrência de nova situação de nivelamento do logradouro, seja dificultada a implantação de edificações, a critério da Prefeitura.”

¹² Porém, nem sempre foi assim. A Lei Municipal nº 10.671, de 1988, revogada pelo Código de Obras, previa, de modo similar à revogada Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Solo de 1996 de Belo Horizonte: “Art. 4º A execução de quaisquer obras em imóveis atingidos por plano de melhoramento público, de que tratam os artigos 2º e 3º dependerá da definição dos futuros alinhamentos e nivelamentos. (...) Art. 6º Aos terrenos parcialmente atingidos por plano de melhoramento público aprovado por lei, aplicam-se as seguintes disposições: a) o coeficiente de aproveitamento e a taxa de ocupação do lote serão calculados unicamente sobre a área remanescente, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo; (...) c) a área contida entre os alinhamentos atual e futuro, enquanto não expropriada pelo Poder Público, ficará sujeita às restrições decorrentes de servidão de recuo, não sendo nelas permitidas mesmo as obras complementares; (...). Art. 7º A execução de quaisquer obras em imóvel parcialmente atingido por plano de melhoramento público aprovado por lei, na faixa compreendida entre o atual e o futuro alinhamento, poderá ser permitida pela Prefeitura, a título precário, desde que o proprietário desista de qualquer indenização pela benfeitoria ou acessão, quando da execução do melhoramento público. (...)” Antes desta lei de 1988, disposições similares constavam do art. 5º da Lei Municipal 8.328, de 1975, também revogada. É possível que diversas disposições do antigo Código de Obras Arthur Saboya (Lei Municipal nº 3.427, de 1929), que exigiam recuos ampliados para certas avenidas da cidade (p. ex., arts. 34º, 35º e 45º), tivessem finalidade similar, mas somente uma pesquisa histórica, que extrapolaria o escopo deste trabalho, poderia confirmá-lo.

¹³ Neste caso, trata-se da legislação do Distrito Federal.

¹⁴ A classificação destas cinco cidades como metrópoles nacionais ou regionais se baseia em IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Regiões de influência das cidades: 2007*. Rio de Janeiro: IBGE, 2008. p. 11.

em que reside e trabalha o autor da tese, o que facilita o trabalho de pesquisa, e Curitiba é reconhecida nacionalmente como referência de inovação em temas de desenvolvimento urbano.

De todo modo, estas restrições não são problema exclusivamente local ou mesmo típico da política urbana. Ocorre fenômeno similar aos dos projetos viários ou de alinhamento na instituição de unidades de conservação da natureza, reguladas pela Lei nº 9.985, de 2000. Não se trata apenas das limitações administrativas provisórias previstas no art. 22-A do mencionado diploma legal, inserido pela Lei nº 11.132, de 2005, cuja eficácia é limitada a 7 (sete) meses (§ 2º). Muito mais gravosas que esta limitação administrativa são aquelas instituídas no bojo do próprio ato de criação de certas unidades de conservação da natureza, proibindo – ou inviabilizando – a exploração econômica de bens imóveis até que ocorra a implantação da unidade, mediante a desapropriação, o que não tem prazo para ocorrer.

Foi o que ocorreu, por exemplo, com a Estação Ecológica do Cercadinho, em Belo Horizonte, instituída pelo Estado de Minas Gerais por meio da Lei Estadual nº 15.979, de 2006, cujo art. 4º, parágrafo único, previu que “[a]té que as terras destinadas à Estação Ecológica do Cercadinho estejam sob o efetivo domínio e posse do poder público, fica proibida qualquer forma de desmatamento de vegetação nativa ou outra atividade que possa contrariar as finalidades de criação da Estação Ecológica, de que trata o parágrafo único do art. 1º.” Dada a amplitude das finalidades da unidade de conservação e sua inserção em área intensamente urbanizada, não há qualquer utilização econômica racional que possa ser atribuída aos imóveis inseridos em seu perímetro. A despeito disso, o Estado de Minas Gerais julga impossível aplicar a esta previsão o prazo de caducidade de cinco anos previsto no já citado art. 10 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, considerando-a vigente por prazo indeterminado e até que seja efetivado um conjunto de atos a cargo do próprio Estado¹⁵.

Esta é a realidade de muitas unidades de conservação por todo o país, ainda que os atos de sua instituição nem sempre sejam tão explícitos a este respeito quanto a lei que criou a Estação Ecológica do Cercadinho. Na verdade, isto decorre do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.985, de 2000, que institui proibição drástica eficaz desde a criação da

¹⁵ É o que se vê em acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível 1.0024.11.044336-3/001, 8ª Câmara Cível, relator o Desembargador Edgard Penna Amorim, julgada em 28 de setembro de 2017. O acórdão não chega a enfrentar a questão, mas a relata.

unidade e até que ela seja, eventualmente, flexibilizada pelo plano de manejo. A redação do dispositivo é a seguinte:

Art. 28. São proibidas, nas unidades de conservação, quaisquer alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os seus objetivos, o seu Plano de Manejo e seus regulamentos.

Parágrafo único. Até que seja elaborado o Plano de Manejo, todas as atividades e obras desenvolvidas nas unidades de conservação de proteção integral devem se limitar àquelas destinadas a garantir a integridade dos recursos que a unidade objetiva proteger, assegurando-se às populações tradicionais porventura residentes na área as condições e os meios necessários para a satisfação de suas necessidades materiais, sociais e culturais.

O art. 27, § 3º, do mesmo diploma legal estabelece que o plano de manejo deve ser elaborado no prazo de cinco anos a partir da criação da unidade (e não da implantação, que é posterior à desapropriação), mas ainda assim não há previsão de que as vedações do art. 28, parágrafo único, caduquem se este prazo não for atendido. A vigência imediata e por tempo indeterminado da limitação administrativa funciona como forte estímulo para que o Poder Público jamais implante a unidade de conservação, preferindo adotar sua criação como um mecanismo seguro e gratuito de impedimento à exploração de propriedades privadas. Muito antes do advento da Lei nº 9.985, de 2000, Carlos Ari Sundfeld já percebera esta prática ao se referir aos critérios de distinção entre sacrifício e condicionamento de direitos:

Esse critério, muitas vezes invocado pela jurisprudência nacional, é bisonho. Deriva da idéia, totalmente anacrônica, de que só existe expropriação em caso de aquisição, pelo Estado, do bem atingido. É, aliás, a partir dele que a Administração brasileira – não sem um tanto de cinismo e irresponsabilidade – vem criando, em imóveis privados, autênticos “parques nacionais”, na tentativa de transferir aos proprietários funções que a ela pertencem. Sobretudo nestes tempos de *frisson* ecológico, o Estado não tem resistido à tentação de buscar essa solução fácil: cria o “parque nacional”, satisfazendo a opinião pública, e nada gasta com isso, porque não desapropriou nem precisa manter a área, o que fica por conta do proprietário!¹⁶

A este respeito, é pertinente a áspera observação de Richard Epstein: “é fácil exaltar valores ambientais quando não se tem que pagar por eles”¹⁷.

A doutrina brasileira ainda não analisou de modo detalhado a compatibilidade deste tipo de medida administrativa gratuita e perene com o art. 5º, XXIV, da Constituição,

¹⁶ Condicionamentos e sacrifícios de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 4, p. 78-83, 1993. p. 79. Itálicos do original.

¹⁷ *Supreme neglect: how to revive constitutional protection for private property*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 129. Na língua original: “It is easy to trumpet environmental values when you don’t have to pay for them”.

que exige que a indenização pela desapropriação seja não apenas justa, mas também prévia.

Além de um percuciente artigo de Alcino Pinto Falcão que critica a distorção do instituto do alinhamento no Rio de Janeiro, à luz da doutrina e jurisprudência francesas e alemãs¹⁸, foi encontrada somente a seguinte manifestação de José Afonso da Silva, que demonstra consciência da relação entre a restrição e a futura desapropriação, mas não chega a extrair dela consequências jurídicas:

Mais difícil, já, é fixar a natureza jurídica da *faixa non aedificandi* que decorre do deslocamento, para dentro da propriedade privada, do alinhamento de vias públicas. O novo alinhamento importa configurar dita faixa como necessária a um futuro alargamento da via. A doutrina tem denominado tal faixa de *servidão de recuo*. Ela parece realmente ingressar no campo das servidões urbanísticas, porquanto se trata de faixa *non aedificandi* predisposta a ser usada pelo Poder Público, ainda que permaneça no domínio particular até a desapropriação, que há de se realizar quando da execução do plano de alargamento da via. Contudo, não é uma limitação indenizável antes da desapropriação, porque, efetivamente, antes disso não é usada pelo Poder Público. Nesse sentido, caracteriza restrição, *um ônus*, semelhante ao que sofre a propriedade quando declarada de utilidade pública para fins de desapropriação.¹⁹

Será necessário verificar, ao longo da tese, se deve ser confirmada a premissa do autor citado de que esta limitação não é indenizável por não ser “usada pelo Poder Público”.

Se a doutrina brasileira ainda não se debruçou sobre o assunto, a análise da doutrina estrangeira pode servir como fonte de inspiração. Embora a comparação entre ordenamentos jurídicos não seja o objetivo principal desta tese, que por isso não é um estudo de Direito Comparado propriamente dito, a metodologia comparativa será utilizada com o objetivo de iluminar o caminho para a melhor interpretação do ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, como afirma Odete Medauar,

[o] estudo do tratamento conferido à desapropriação em outros ordenamentos, além de propiciar conhecimento do estágio atual do instituto, permite tomar contato com fórmulas diferentes de problemas da mesma natureza e eventualmente introduzi-las no próprio nacional, com adaptações.²⁰

¹⁸ FALCÃO, Alcino Pinto. Do direito a indenização, como evolução no conflito entre o princípio da liberdade de construir e as restrições administrativas. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro, n. 15, p. 20-30, set. 1972/maio 1973. Há ainda breve artigo mais antigo de autoria de Firmino Whitaker (O recuo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 44, p. 163-164, jan./jun. 1925), que trata do recuo e da desapropriação, mas não aborda a relação entre eles.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 409. Os itálicos são do original. O autor também trata do tema, na mesma obra, ao abordar os planos de alinhamento (p. 214-215).

²⁰ *Destinação dos bens expropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 38.

Para viabilizar uma análise que abranja tanto jurisprudência quanto doutrina e legislação, a comparação ficará restrita a três ordenamentos jurídicos estrangeiros: o estadunidense, o francês e o italiano.

A escolha da Itália se deve a dois fatores.

O primeiro é que a Constituição italiana de 1948 foi a primeira a incorporar em seu texto a referência à função social da propriedade, posteriormente transplantada para o Estatuto da Terra – Lei nº 4.504, de 1964 – (art. 2º, § 1º) e a Constituição brasileira de 1967²¹ (art. 157, III) e mantida na Constituição de 1988.

O segundo é que a Corte Constitucional italiana já analisou a constitucionalidade de legislação similar às normas urbanísticas locais de Belo Horizonte e Rio de Janeiro, acima descritas, segundo o relato de Fernando Alves Correia²²:

No que respeita ao primeiro grupo de disposições dos planos municipais, prevêm elas um destino para os terrenos que passa pela sua aquisição (por expropriação ou pela via do direito privado) pela Administração Pública. Mas, normalmente, esta não está interessada em adquirir aqueles terrenos imediatamente. Por isso, as referidas disposições dos planos municipais não configuram uma expropriação imediata (em sentido clássico), mas tão-só uma reserva de expropriação ou uma expropriação a prazo incerto. E ficando essas áreas reservadas pelos planos municipais para a construção de equipamentos públicos ou de infra-estruturas urbanísticas oneradas com um vínculo de inedificabilidade, não pode esse vínculo prolongar-se por tempo indeterminado, sem indemnização, já que os vínculos de inedificabilidade, de duração indefinida, que oneram terrenos com vocação edificatória, definida em termos objectivos, constituem uma expropriação de carácter substancial. Daí que tenhamos defendido, em face da ausência de uma disciplina legislativa específica, a aplicação analógica às disposições dos planos que reservam terrenos para a construção de equipamentos públicos ou de infra-estruturas urbanísticas do disposto no artigo 106.º da Lei n.º 2110, de 19 de Agosto de 1961 (Regulamento Geral das Estradas e Caminhos Municipais).

(...)

Cfr., sobre este ponto, a Sentença do Tribunal Constitucional italiano de 29 de Maio de 1968, n.º 55, que considerou inconstitucionais, por violação do artigo 42.º, parágrafo terceiro, da Constituição, os artigos 7.º, n.º 2, 3 e 4, e 40.º da Lei de 17 de Agosto de 1942, n.º 1150 (Lei

²¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Propriedade e função social: exame crítico de um caso de “constitucionalização” do direito civil. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (Org.). *Estudos de homenagem ao prof. doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. 3, p. 69, 72 e 79. CUSTODIO, Vinícius Monte. *Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 139. Não foram considerados idênticas, neste particular, as referências a conceitos aparentemente similares, como “bem comum”, “interesse social” e “bem-estar social”.

²² CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1, p. 775-778. Esta mesma decisão da Corte Constitucional italiana é mencionada, embora de modo mais sintético, em MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens expropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 108 e GAIO, Daniel. *A interpretação do direito de propriedade em face da proteção constitucional do meio ambiente urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 202.

Urbanística), na parte em que consentem que os “planos reguladores gerais” criem vínculos de inedificabilidade por tempo indeterminado e sem indenização. (...)

Esta decisão do Tribunal Constitucional italiano esteve na base da aprovação da Lei de 19 de Novembro de 1968, n.º 1187, cujo artigo 2.º, parágrafo primeiro, estabeleceu que “as prescrições dos planos reguladores gerais, na parte em que incidem sobre bens determinados e sujeitam os próprios bens a vínculos preordenados à expropriação ou a vínculos que comportem a inedificabilidade, perdem a sua eficácia, quando, decorridos cinco anos sobre a data da sua aprovação, não sejam aprovados os correspondentes planos de pormenor ou autorizados os planos de loteamento convencionados. A eficácia dos referidos vínculos não pode ser prorrogada para além do prazo de execução dos planos de pormenor e de loteamento”. E, mais recentemente, o Tribunal Constitucional italiano, através da Sentença de 20 de Maio de 1999, n.º 179, declarou a ilegitimidade constitucional das normas conjugadas dos artigos 7.º, n.º 2, 3 e 4, e 40.º da Lei de 17 de Agosto de 1942, n.º 150 (Lei Urbanística), e 2.º, parágrafo primeiro, da Lei de 19 de Novembro de 1968, n.º 1187, “na parte em que permitem à Administração reiterar os vínculos urbanísticos, preordenados à expropriação ou que comportam a inedificabilidade, sem a previsão de indenização”.

A doutrina italiana também se refere a estes precedentes como marcos da jurisprudência sobre a propriedade²³.

Portanto, a experiência italiana pode ser útil para facilitar a construção de conceitos operacionais para a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro.

Já a inclusão da França na comparação se deve à conjugação de uma semelhança e uma diferença.

A semelhança é constitucional. O texto constitucional brasileiro (art. 5º, XXIV), que exige “justa e prévia indenização em dinheiro”, é similar ao art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que também se refere a “justa e prévia indenização”²⁴ e integra a Constituição francesa em vigor por força da remissão feita em seu preâmbulo.

A diferença é legislativa: a legislação francesa trata o tema de modo mais explícito e detalhado que a brasileira. O artigo L-322-6 do Código de Expropriação por Utilidade Pública (*Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*) prevê que, na hipótese de desapropriação de um terreno abrangido por uma reserva de espaço contida em plano urbanístico, a avaliação do bem deve ser feita como se esta reserva houvesse

²³ MOSCARINI, Anna. *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 113-116. MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 39, 183-185, 195-196, 594-597 e 635-652. PAGLIARI, Giorgio. *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 64, 112 e 116-126. GAMBARO, Antonio. *La proprietà, beni, proprietà, possesso*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2017. p. 322-323.

²⁴ A tradução utilizada é a contida em FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 193-195. O texto original do artigo é o seguinte: “La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.”

cessado. A possibilidade jurídica desta reserva de espaço (*emplacements réservés*) é reconhecida explicitamente no artigo L151-41 do Código de Urbanismo (*Code de l'Urbanisme*); contudo, se a entidade pública permanece inerte em seu dever de expropriar o bem, o proprietário atingido pela reserva de espaço pode exigir judicialmente o pagamento da indenização, por força dos artigos L152-2 e L230-3 do mesmo Código de Urbanismo, ou esperar que a reserva incidente sobre o bem expire, o que ocorrerá se não for ajuizada, pelo expropriante, ação de desapropriação no prazo fixado em lei (artigo L230-4). Esta solução foi considerada constitucional pelo Conselho Constitucional francês na análise da questão prioritária de constitucionalidade nº 2013-325²⁵.

A solução detalhista da legislação francesa pode ser útil ao aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro, cuja lei de desapropriações (Decreto-lei nº 3.365, de 1941) é dotada de normas com maior teor de abstração e tem sido pontualmente reformada nos últimos anos. Para tanto, será útil avaliar a compatibilidade da solução francesa com o ordenamento constitucional brasileiro e comparar o posicionamento do Conselho Constitucional francês com a Corte Constitucional italiana.

Por fim, a inclusão dos Estados Unidos da América na comparação se deve à notória influência do constitucionalismo daquele país no sistema constitucional brasileiro, desde o advento da República. De modo similar à brasileira, a Constituição norte-americana estabelece que “*a propriedade privada não será subtraída para uso público sem justa indenização*” (quinta emenda)²⁶. Interpretando esta norma, a Suprema Corte norte-americana, no julgamento de *First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles*, 482 U. S. 304 (1987), decidiu que uma expropriação regulatória temporária implica o dever de indenizar²⁷. O estudo priorizará casos envolvendo a legislação ou decisões administrativas do Estado da Califórnia, que foram as consideradas no *leading case* mencionado, de modo a evitar que a disparidade de regimes jurídicos decorrente da autonomia legislativa dos estados-membros torne a abordagem inviável ou

²⁵ HOUSTIQU, René. *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*. 17ème ed. Paris: LexisNexis, 2019. p. 241.

²⁶ A aplicabilidade desta quinta emenda foi estendida aos Estados-membros pela décima-quarta emenda. O texto integral da emenda, na língua original, é o seguinte: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

²⁷ O precedente é considerado insuficiente e criticado em EPSTEIN, Richard. *Supreme neglect: how to revive constitutional protection for private property*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 129-130. Uma síntese do caso em língua portuguesa pode ser encontrado em FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 42-43.

mesmo excessivamente longa.

Capítulo 1

CARACTERIZAÇÃO DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PREORDENADAS À DESAPROPRIAÇÃO

1.1 – Inexistência de taxatividade dos atos procedimentais preparatórios da desapropriação previstos no Decreto-lei nº 3.365, de 1941

A leitura do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, gera a impressão de que o procedimento administrativo da desapropriação se inicia pela “declaração de utilidade pública” mencionada logo no seu art. 2º. Contudo, como afirma José Cretella Júnior, esta declaração é precedida de “uma série de providências materiais anteriores, fatos administrativos ou operações administrativas, tais como estatísticas, inquéritos, planos, plantas, gráficos, levantamentos, avaliações e outros”²⁸. De modo similar, Seabra Fagundes aponta:

Uma formalidade precede a todas na desapropriação: a declaração de utilidade pública.

E, essa uma operação de caráter puramente administrativo, que implica no reconhecimento, por parte da autoridade executiva, da imprescindibilidade ou conveniência de incorporar no patrimônio público determinado direito individual e *é sempre precedida duma série de medidas* (planos, inqueritos, estudos, plantas, etc.).²⁹

As menções a tais atos anteriores à declaração de utilidade pública existem, mas estão dispersas no texto legal: a) autorização parlamentar para desapropriação de bens públicos (art. 2º, § 2º); b) previsão em edital de licitação da alocação da receita decorrente de revenda ou utilização imobiliária de imóvel desapropriado no âmbito de concessão ou parceria público-privada (art. 4º, parágrafo único).

Ainda assim, das duas menções listadas acima, apenas a primeira consta da redação original do Decreto-lei nº 3.365, de 1941; a segunda foi incluída pela Lei nº 12.783, de 2013.

O Decreto-lei nº 3.365, de 1941, regula a fase administrativa da desapropriação de modo atomístico, detalhando os elementos de um ato administrativo que funciona como seu eixo: a declaração de utilidade pública. Assim, regula quem tem competência para

²⁸ *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1, p. 73 e 236. Sobre a importância da fase anterior à declaração de utilidade pública ou interesse social: FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 54-58, 67, 344 e 482-483.

²⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 62. Itálicos nossos.

praticá-lo (arts. 6º e 8º), sobre quais bens ele pode incidir (arts. 2º e 4º), com base em que fundamentos (art. 5º), gerando quais efeitos imediatos (art. 7º) e durante quanto tempo (art. 10). Mesmo a já mencionada exigência de autorização parlamentar para desapropriação de bens públicos (art. 2º, § 2º) é inserida mais como detalhamento do objeto passível de ser atingido pelo ato do que como elemento de seu procedimento. Em forte contraste, a fase judicial da desapropriação, embora eventual – já que um acordo sobre o preço pode torná-la desnecessária –, é regulada de modo procedimentalizado (arts. 11 a 30). Como se vê, o diploma legal foi estruturado metodologicamente em torno da figura cardial do ato administrativo, privilegiando uma “vertente estrutural”³⁰.

Esta característica foi atenuada por reformas legislativas, tanto as duas já referidas que passaram a mencionar atos anteriores à declaração de utilidade pública em situações específicas (Lei nº 6.602, de 1978 e Lei nº 12.783, de 2013), quanto outra, mais recente e de caráter mais geral, contida na Lei nº 13.867, de 2019, que inseriu no Decreto-lei nº 3.365, de 1941, os arts. 10-A e 10-B, que estabelecem procedimento de negociação da indenização entre a Administração Pública e o proprietário do bem a ser desapropriado³¹ e prevêem a possibilidade de solução de eventual divergência por mediação ou arbitragem.

A questão chamou a atenção de Victor Rhein Schirato, que defendeu a necessidade de participação dos interessados na produção do ato de declaração de utilidade pública, para que o Decreto-lei nº 3.365, de 1941, seja aplicado de modo compatível com a Constituição³². Não é casual que a Lei nº 8.629, de 1993, que dispõe sobre a desapropriação para fins de reforma agrária, elaborada após o advento da Constituição de 1988, contenha um conjunto de normas que demonstram preocupação muito maior com a

³⁰ A expressão foi tomada de empréstimo de MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 96. Em sentido similar, Carlos Bastide Horbach sustenta que “o ato administrativo não mais é considerado como sendo a *figura estrutural* do direito administrativo” (*Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 278). Itálico nosso.

³¹ A Lei nº 3.833, de 1960, que dispõe sobre o “regime especial de desapropriação por utilidade pública para execução de obras no Polígono das Sêcas”, já previa uma fase de negociação em seu art. 2º. No mesmo sentido dispôs o art. 2º da Lei nº 4.519, de 1964, que “[d]ispõe sobre a liquidação, por acordo, das desapropriações efetuadas no Nordeste e dá outras providências”.

³² SCHIRATO, Vitor Rhein. A ressurreição das desapropriações para fins urbanísticos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 8, p. 981, ago. 2012. Encontra-se proposição similar, contudo *de lege ferenda*, em CUSTODIO, Vinícius Monte. *Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 134-135. Extrapola o escopo da tese avaliar se o contraditório estabelecido após a declaração de utilidade pública é suficiente para cumprir a exigência constitucional de contraditório (art. 5º, LV, da Constituição), como defende Florivaldo Dutra de Araújo (A lei geral de desapropriação em face da constituição de 1988. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca; BARBOSA, Maria Elisa Braz; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; CORDEIRO, Caio Barros (Coord.). *Estado e propriedade: estudos em homenagem à professora Maria Coeli Simões Pires*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 307).

posição do proprietário e o procedimento a ser adotado pelo Poder Público. Este diploma legal estabelece que “a obtenção de terras rurais destinadas à implantação de projetos de assentamento integrantes do programa de reforma agrária será precedida de estudo sobre a viabilidade econômica e a potencialidade de uso dos recursos naturais” (art. 17, I), prevê a elaboração de um Plano de Desenvolvimento de Assentamento – PDA (art. 17, III) e dispõe que o órgão federal competente poderá ingressar no imóvel a ser desapropriado “para levantamento de dados e informações, mediante prévia comunicação escrita ao proprietário, preposto ou seu representante” (art. 2º, § 2º), regras concernentes ao procedimento administrativo a ser obrigatoriamente observado pela Administração Pública, que incentivam a produção de fundamentação mais detalhada, o que facilita o exercício do controle dos atos praticados, bem como conferir ao proprietário atingido pela futura desapropriação a oportunidade de apresentar suas razões aos agentes públicos responsáveis pela verificação da produtividade do imóvel e pela sua avaliação.

Se o contraste com a Lei nº 8.629, de 1993, já evidencia a omissão do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, em relação à fase preparatória³³ da desapropriação, isto fica ainda mais evidente se a comparação envolver a legislação estrangeira³⁴. No Estado da Califórnia³⁵, por exemplo, o Título 7 (“Title 7”) do Código de Processo Civil de 1872 (“Code of Civil Procedure – CCP”³⁶), acrescentado por lei (“statute”) de 1975 e chamado de Lei de Desapropriação (“Eminent Domain Law”) pelo seu § 1230.010³⁷, contém todo um

³³ A expressão foi tomada de empréstimo de CORREIA, Fernando Alves. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Separata do volume XXIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1982. p. 177. A fase preparatória é anterior à declaração de utilidade pública.

³⁴ Uma conclusão similar, decorrente da comparação entre a legislação brasileira e a portuguesa, foi alcançada em FERRAZ, Luciano; GOUVEIA, Jorge Bacelar. Procedimento expropriatório e administração pública dialógica: estudo comparativo da expropriação no Brasil e Portugal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 113, p. 509, jul./dez. 2016.

³⁵ Sobre o caráter legislado e marcadamente processual do Direito Administrativo nos Estados Unidos da América: HORBACH, Carlos Bastide. O direito administrativo no sistema de Common Law. *Fórum Administrativo Direito Público FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=58301>>. Acesso em: 5 abr. 2021. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 59 e 65, jan./abr. 2015. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 58-59.

³⁶ O texto integral do Código de Processo Civil e de diversos outros diplomas legais do Estado da Califórnia pode ser consultado no sítio eletrônico intitulado “California Legislative Information” (<https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/home.xhtml>), mantido por força do § 10248.5 do Código Governamental (“Government Code”) do Estado da Califórnia. O link para acesso direto ao Código de Processo Civil, utilizado em 3 de abril de 2021, é o seguinte:

<https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=CCP&tocTitle=+Code+of+Civil+Procedure+-+CCP>.

³⁷ Em tradução livre: “Este título será conhecido e pode ser citado como Lei de Desapropriação” (na língua original: “This title shall be known and may be cited as the Eminent Domain Law”). No âmbito federal, o Título 40 da compilação legislativa denominada “United States Code”, que trata de edifícios públicos,

capítulo, o de nº 4 (“Chapter 4”), sobre atividades prévias ao ajuizamento da ação de desapropriação, que se divide em três seções (“articles”), sendo a primeira, composta de seis artigos, dedicada integralmente a providências preliminares à declaração de utilidade pública (“resolution of necessity”³⁸). Já a seção dedicada à declaração de utilidade pública exige que ela contenha um atestado da autoridade pública competente de que o empreendimento proposto teve sua localização definida de modo compatível com o interesse público e o menor impacto possível para o interesse privado (§ 1245.230, c, 2³⁹), devendo o proprietário ter a oportunidade de ser ouvido previamente sobre este e todos os outros aspectos contidos na declaração (§ 1245.235, a⁴⁰).

propriedade e obras (“public buildings, property, and works”), contém a seção II do capítulo 31, intitulada “Aquisição de Propriedade Imobiliária” (“Acquiring Land”). Este título da compilação pode ser acessado pelo seguinte link, utilizado em 5 de abril de 2021: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2018-title40/html/USCODE-2018-title40.htm>

³⁸ No § 3114 do “United States Code”, mencionado na nota de rodapé anterior, a expressão equivalente é “Declaration of taking” (declaração de desapropriação). Contudo, como já dito, a legislação federal não será objeto de estudo, inclusive pelo fato de ela se aplicar apenas às desapropriações por iniciativa do governo federal, o que fica claro na alínea *a* do mesmo artigo citado na presente norma de rodapé, que se refere, em tradução livre, a “qualquer procedimento em qualquer corte dos Estados Unidos fora do Distrito de Columbia, ajuizado pelos Estados Unidos ou em seu nome, sob a autoridade do governo federal (...)” (na língua original: “In any proceeding in any court of the United States outside of the District of Columbia brought by and in the name of the United States and under the authority of the Federal Government (...)”).

³⁹ A parte mais relevante do dispositivo, em tradução livre, é a seguinte: “Além de outros requisitos impostos por lei, a declaração de utilidade pública conterá o seguinte: (a) uma caracterização geral do uso público para o qual o bem será destinado e uma referência à lei que autoriza a entidade pública a adquirir o bem por desapropriação; (b) uma descrição da localização aproximada e da extensão do bem a ser desapropriado, com detalhamento suficiente para sua razoável identificação; (c) um atestado de que a autoridade pública constatou e decidiu o seguinte: (1) a necessidade e a utilidade pública exigem o empreendimento proposto; (2) o empreendimento proposto é planejado ou localizado de maneira mais compatível possível com o melhor interesse público e o menor impacto possível para o interesse privado; (3) o bem descrito na declaração é necessário para o empreendimento proposto; (4) A proposta exigida pelo artigo 7267.2 do Código Governamental foi feita ao proprietário ou proprietários indicados no registro, salvo se o proprietário não pôde ser encontrado, mesmo após as diligências razoáveis.” Na língua original: “In addition to other requirements imposed by law, the resolution of necessity shall contain all of the following: (a) A general statement of the public use for which the property is to be taken and a reference to the statute that authorizes the public entity to acquire the property by eminent domain. (b) A description of the general location and extent of the property to be taken, with sufficient detail for reasonable identification. (c) A declaration that the governing body of the public entity has found and determined each of the following: (1) The public interest and necessity require the proposed project. (2) The proposed project is planned or located in the manner that will be most compatible with the greatest public good and the least private injury. (3) The property described in the resolution is necessary for the proposed project. (4) That either the offer required by Section 7267.2 of the Government Code has been made to the owner or owners of record, or the offer has not been made because the owner cannot be located with reasonable diligence.”

⁴⁰ Em tradução livre: “A autoridade pública somente poderá declarar a utilidade pública após a entidade pública competente ter oferecido a todos os interessados cujos nomes e endereços constem do último cadastro municipal a oportunidade de comparecerem e serem ouvidos sobre as questões indicadas no artigo 1240.030.” Na língua original: “The governing body of the public entity may adopt a resolution of necessity only after the governing body has given each person whose property is to be acquired by eminent domain and whose name and address appears on the last equalized county assessment roll notice and a reasonable opportunity to appear and be heard on the matters referred to in Section 1240.030.”

Mesmo uma comparação sucessiva interna ao ordenamento brasileiro⁴¹ conduz ao mesmo contraste. Durante o Império, o Decreto nº 353, de 1845⁴², estabelecia que as obras qualificadas como de “utilidade pública geral ou municipal da Corte” (art. 1º) que exigissem a cessão ou desapropriação de prédios particulares deveriam ser objeto de um “plano da obra” elaborado por engenheiros (art. 2º), que seria depositado na câmara municipal por dez dias para conhecimento dos proprietários (art. 3º), que poderiam apresentar declarações e reclamações verbalmente ou por escrito (art. 4º), que seriam objeto de um parecer de dois engenheiros ou peritos distintos daqueles que elaboraram o plano (art. 5º). Todos estes elementos deveriam ser remetidos pelo presidente da província⁴³ ao governo imperial para aprovação pelo decreto imperial que equivale à atual declaração de utilidade pública (arts. 7º e 9º). Infelizmente, estas normas não foram reproduzidas no Decreto nº 1.021, de 1903⁴⁴, que passou a regular a desapropriação na República; seu regulamento, o Decreto nº 4.956, de 1903⁴⁵, continuou a exigir o “plano da obra” (art. 6º), mas não mais a fase de reclamações e parecer a respeito delas, bem como reproduziu e generalizou em seu art. 10 regra que era específica para a desapropriação para implantação de estradas de ferro, constante do art. 2º do Decreto nº 1.664, de 1855, segundo a qual “[n]enhuma autoridade judiciária ou administrativa poderá admitir reclamação ou contestação contra a desapropriação resultante de aprovação dos planos e

⁴¹ Sobre a distinção entre comparação sucessiva e comparação simultânea: MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 55, p. 244-247, abr./-jun. 2006. Uma síntese da evolução legislativa brasileira em matéria de desapropriações pode ser encontrada em FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 263-270 e 402-412.

⁴² A despeito de sua denominação, trata-se de ato legislativo da Assembléa Geral, como se vê em seu preâmbulo: “Hei por bem Sancionar e Mandar que se execute a seguinte Resolução da Assembléa Geral Legislativa”. A denominação é coerente com os arts. 62, 66 e 67 da Constituição de 1824, que chamam de decreto os atos do Poder Legislativo submetidos à sanção do Imperador. Ultrapassa o escopo da tese verificar se há distinção entre tais decretos e as leis do Império referidas nos arts. 68 a 70 e 103 da mesma constituição.

⁴³ O art. 8º previa algumas diferenças sutis de procedimento se a obra projetada fosse na Corte, ou seja, na capital imperial, e não nas províncias.

⁴⁴ A despeito de sua denominação, trata-se de ato legislativo do Congresso Nacional, como se vê em seu preâmbulo: “Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a resolução seguinte”. A denominação é coerente com o art. 34, inciso 33, da Constituição de 1891, que estabelecia a competência do Congresso Nacional para “decretar as leis e resoluções necessárias ao exercício dos poderes que pertencem á União”. Ultrapassa o escopo da tese verificar se, no regime da Constituição de 1891, há distinção entre os decretos que veiculam leis e os que veiculam resoluções do parlamento.

⁴⁵ Este sim é um decreto regulamentar, editado pelo Presidente da República com base no art. 48, 1º, da Constituição de 1891, que lhe atribuiu a competência para expedir regulamentos para fiel execução das leis e resoluções do Congresso. A generalização das regras que, no Império, eram específicas para as estradas de ferro foi determinada pelo art. 2º da resolução congressional regulamentada, vale dizer, o já mencionado Decreto nº 1.021, de 1903.

plantas do decreto”⁴⁶. Houve, portanto, revogação tácita, dos arts. 3º a 8º do Decreto nº 353, de 1845, como dá a entender o art. 43 do Decreto nº 4.956, de 1903: “Continuam em vigor as disposições da lei de 9 de setembro de 1826 e decs. ns. 353 de 1845, e 1.664 de 1855, não expressamente declaradas no presente regulamento, que não houverem sido revogadas pelo dec. n. 1.021 de 26 de agosto de 1903.”

Como se vê, não foi por falta de precedente interno que o legislador de 1941 deixou de dispor sobre uma fase preparatória anterior à declaração de utilidade pública. E nem por falta de consciência da questão. Mesmo editado com base no art. 180 da Constituição de 1937, que atribuía ao Presidente da República todos os poderes legislativos em período em que não estivesse reunido o parlamento nacional, o Decreto-lei nº 3.365, de 1941, foi precedido de anteprojeto elaborado pelo Ministério da Justiça, que foi publicado no Diário Oficial da União de 7 de agosto de 1940 (Seção I, p. 15.188-15.189) e recebeu diversas sugestões de juristas e interessados no tema⁴⁷. A Prefeitura do Distrito Federal – que, na época, vale lembrar, era na Cidade do Rio de Janeiro, e não em Brasília –, preocupada com os possíveis impactos da nova lei no projeto de abertura da Avenida Presidente Vargas no centro da capital, apresentou diversas sugestões ao governo central⁴⁸. Entre elas, merece destaque a que consta de trecho do parecer do então Procurador-Geral do Distrito Federal, José Saboia Viriato de Medeiros⁴⁹:

Já que se trata, e bem é que se tenha cogitado do caso, de reformar o diploma que regula presentemente as desapropriações por utilidade pública, fôra da maior conveniência, em resguardo dos direitos dos cidadãos, regular a fase anterior ao decreto de desapropriação, dando-se a conhecer primeiramente os planos e plantas das obras a executar e indicando-se com precisão as propriedades particulares atingidas pelas obras planejadas e os nomes dos respectivos proprietários, que seriam admitidos a apresentar suas observações, em prazo razoável fixado por lei. Estas seriam tomadas na consideração que merecessem, mas poderiam levar à Administração Pública expropriante informações úteis e

⁴⁶ A transcrição é do art. 10 do Decreto nº 1.021, de 1903. A redação da segunda parte do art. 2º do Decreto nº 1.664, de 1855, é quase idêntica, mas se refere apenas a “aprovação das plantas por Decreto”, sem menção a planos.

⁴⁷ J. Oliveira e Cruz insere como anexo de seu livro uma conferência proferida por ele mesmo, um artigo de autoria de Philadelpho Azevedo no *Jonal do Comércio* e um parecer, também publicado no *Jornal do Comércio*, da comissão de juristas do Club de Engenharia, que elaborou um substitutivo ao anteprojeto (*Da desapropriação*. Rio de Janeiro: Max Limonad, [entre 1941 e 1946], p. 220-244). Apesar de não constar a data da edição no exemplar consultado, a leitura da obra deixa claro que ela foi escrita e publicada na vigência da Constituição de 1937 e do Decreto-lei nº 3.365, de 1941.

⁴⁸ FURTADO, Fernanda; REZENDE, Vera. O financiamento da abertura da Avenida Presidente Vargas: estratégias institucionais e legais. *Revista do Arquivo-Geral da Cidade do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.10, p. 185-187, 2016.

⁴⁹ O parecer se encontra transcrito em artigo de autoria do Prefeito do Distrito Federal na época do projeto: DODSWORTH, Henrique. A Avenida Presidente Vargas: aspectos urbanísticos, jurídicos, financeiros e administrativos de sua realização. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 13, 1956.

ponderações razoáveis, capazes de provocar qualquer modificação para melhoria dos projetos elaborados. Já que é vedado, e com razão, discutir no processo judicial de desapropriação, se é caso ou não de utilidade pública, parece razoabilíssimo que, na fase preparatória, reservada à Administração a última palavra, se abrisse ensejo aos interessados de discutir a matéria em limite de tempo razoável.

Este alvitre teria a vantagem de pôr termo ao que se me afigura uma prática censurável, a saber, os decretos de desapropriação, que se referem a planos de obras aprovadas, que ninguém conhece, elaborados no recesso dos gabinetes técnicos, permanecendo os proprietários na inteira ignorância de estarem as suas propriedades abrangidas, ou não, em todo ou em parte, por êstes planos e projetos, porque o decreto de desapropriação muitas vezes não o dá a conhecer, nem sequer permite adivinhá-lo.

A sugestão não foi aceita. As diferenças entre o anteprojeto e a versão final do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, são diminutas. Houve a modificação da redação do art. 11 do anteprojeto, correspondente ao art. 10 do diploma vigente: o anteprojeto previa um prazo de cinco anos, contados do decreto de declaração de utilidade pública, para efetivação da desapropriação, bem como dois anos de intervalo mínimo entre uma declaração caduca e sua reedição; a versão vigente estabeleceu que este prazo é para “intentar-se judicialmente” a desapropriação, e não para sua efetivação⁵⁰, e reduziu o intervalo para reedição da declaração caduca para apenas um ano. Outra modificação, de maior impacto, foi a inserção do parágrafo único do art. 27 do decreto-lei, parágrafo inexistente no anteprojeto, e que fixou piso e teto para a indenização, nos seguintes termos:

Art. 27. (...).

Parágrafo único. Se a propriedade estiver sujeita ao imposto predial, o “quantum” da indenização não será inferior a 10, nem superior a 20 vezes o valor locativo, deduzida previamente a importância do imposto, e tendo por base esse mesmo imposto, lançado no ano anterior ao decreto de desapropriação.

Este dispositivo decorreu de sugestão da Prefeitura do Distrito Federal⁵¹ e foi

⁵⁰ Não fosse a modificação, o regime da desapropriação por necessidade ou utilidade pública seria mais parecido com o da desapropriação por interesse social, em que o prazo de caducidade, além de menor, é “para efetivar a desapropriação e iniciar as providências de aproveitamento do bem expropriado” (art. 3º, *caput*, da Lei nº 4.132, de 1964). Apesar da diferença significativa entre os dispositivos, José Cretella Júnior sustenta que por “efetivar a aludida desapropriação” deve-se entender a “propositura da ação judicial, iniciada com a distribuição da petição inicial” e que as “providências de aproveitamento (...) não implicam (...) caducidade do decreto expropriatório” (*Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 2, p. 344). Em sentido contrário ao entendimento de Cretella Júnior: SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 958-959.

⁵¹ DODSWORTH, Henrique. A Avenida Presidente Vargas: aspectos urbanísticos, jurídicos, financeiros e administrativos de sua realização. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 5 e 7, 1956. O artigo transcreve a sugestão, feita pela Comissão do Plano da Cidade, órgão da Prefeitura do Distrito Federal, de que o piso da indenização fosse de 12 (doze) vezes o valor locativo e o teto fosse 18 (dezoito) vezes este mesmo valor, bem como aquela, similar, feita pela Prefeitura de São Paulo, cuja faixa ia de 10

revogado pela Lei nº 2.786, de 1956.

Ainda que por omissão, o Decreto-lei nº 3.365, de 1941, parece pressupor a concepção de que a fase preparatória da desapropriação não merece tanta atenção por ser inofensiva aos interesses dos proprietários, tal como descreve Fernando Alves Correia ao tratar do ordenamento jurídico português:

A análise do “*iter*” procedimental da expropriação mostra-nos que o único acto dotado de dignidade suficiente para lesar os direitos ou interesses legítimos do particular é o acto de declaração de utilidade pública. De facto, todos os actos que o precedem são preparatórios daquele, não têm autonomia, nem são só por si capazes de afectar a esfera jurídica do particular. A fase preparatória do procedimento administrativo da expropriação é constituída por simples acções materiais (a elaboração de projectos, anteprojectos, planos, antepianos ou esquemas preliminares das obras que se pretende realizar), actos jurídicos de iniciativa (requerimentos dirigidos pela entidade beneficiária da expropriação à entidade competente para declarar a utilidade pública – art. 11º do Código das Expropriações), actos de instrução (junção ao requerimento dos documentos citados no artigo 12.º, n.º 1, de outros considerados úteis pela entidade requerida ou de esclarecimentos entendidos por esta como necessários – art. 12.º n.º 2).⁵²

No decorrer da tese, como já anunciado na introdução, ficará claro que vários atos praticados nesta fase preparatória da desapropriação afetam intensamente os interesses dos proprietários, não podendo, no ordenamento jurídico brasileiro, ser considerados inofensivos. De todo modo, o Decreto-lei nº 3.365, de 1941, não esgota as regras procedimentais aplicáveis, que podem estar previstas em outras leis, inclusive setoriais.

A Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo na Administração Pública federal, e suas congêneres locais como a Lei Municipal nº 14.141, de 2006, do Município de São Paulo, podem ser aplicadas, por exemplo, para definir a forma de notificações aos interessados, extensão do dever de motivação, prazo para decidir, entre outros aspectos⁵³.

O art. 16, § 4º, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 2000) estabelece que a estimativa de impacto orçamentário-financeiro e a declaração de adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com a

(dez) a 15 (quinze) vezes o valor locativo, ou seja, a mesma então vigente por força do art. 31, § 5º, do Decreto nº 4.956, de 1903.

⁵² CORREIA, Fernando Alves. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Separata do volume XXIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1982. p. 177.

⁵³ Um interessante detalhamento das repercussões da Lei nº 9.784, de 1999, na fase administrativa da desapropriação pode ser encontrado em ARAÚJO, Flórida Dutra de. A lei geral de desapropriação em face da constituição de 1988. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca; BARBOSA, Maria Elisa Braz; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; CORDEIRO, Caio Barros (Coord.). *Estado e propriedade: estudos em homenagem à professora Maria Coeli Simões Pires*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 306-310.

lei de diretrizes orçamentárias e o plano plurianual, subscrita pelo ordenador de despesas, são requisitos para a desapropriação de imóveis urbanos⁵⁴. O art. 46 do mesmo diploma legal comina de nulidade o “ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3º do art. 182 da Constituição, ou prévio depósito judicial do valor da indenização”.

A Lei nº 9.985, de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), prevê a necessidade de desapropriação para implantação de nove diferentes espécies de unidades de conservação (arts. 9º, § 1º, 10, § 1º, 11, § 1º, 12, § 2º, 13, § 2º, 17, § 1º, 18, § 1º, 19, § 1º, 20, § 2º). A criação e a ampliação de algumas destas unidades dependem de prévia consulta pública (art. 22, §§ 2º a 6º, do mesmo diploma legal), de que os proprietários de possíveis imóveis a serem desapropriados podem participar.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 2001) insere a desapropriação entre os instrumentos da política urbana (art. 4º, V, *a*) e dispõe que ela deve “ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil” (art. 4º, § 3º), mas não esclarece o momento e nem o procedimento desta participação. A este respeito, José Afonso da Silva observa que “a desapropriação urbanística tem como pressuposto a aprovação de um plano urbanístico geral, particularizado, parcial, especial ou setorial, ou projeto de urbanificação”⁵⁵, de sorte que, se correta a assertiva, a observância da legislação que trata destes planos e projetos assumiria o caráter de pressuposto da declaração de utilidade pública, institucionalizando a fase preparatória da desapropriação.

Contudo, o Decreto-lei nº 3.365, de 1941, não ampara esta interpretação. Ao contrário, ele só exige explicitamente a prévia aprovação do projeto na hipótese de “criação ou ampliação de distritos industriais” (art. 5º, § 2º) e ainda assim para a “efetivação da desapropriação”, e não para a decretação da utilidade pública, que ocorre antes, tal como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso em Mandado de Segurança nº 32.092/RJ, julgado pela Primeira Turma em 13-10-2015, relator o Ministro Benedito Gonçalves, cujo acórdão foi assim ementado:

⁵⁴ Antes do advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, a necessidade de verificação prévia da disponibilidade financeira já era destacada em FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 53, 60 e 486.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 409. p. 417. No mesmo sentido: SCHIRATO, Vitor Rhein. A ressurreição das desapropriações para fins urbanísticos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 8, p. 984, ago. 2012. CUSTODIO, Vinicius Monte. *Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 29-30.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO. CONSTRUÇÃO DO DISTRITO INDUSTRIAL DE SÃO JOÃO DA BARRA. PORTO DO AÇU. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. COMPETÊNCIA PARA EDIÇÃO DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO.

1. Quem possui direito sobre terrenos a serem desapropriados tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança contra decreto declaratório de utilidade pública para fins de desapropriação.

2. O Governador de Estado tem competência para proceder à desapropriação de bens imóveis do domínio municipal, desde que haja prévia declaração de utilidade pública, devidamente motivada, e o respectivo ato seja precedido de autorização legislativa (Decreto-Lei n. 3.365/1941, artigos 2º, caput e § 2º, e 6º).

3. A prévia aprovação do projeto de implantação do distrito industrial, condição prevista no § 2º do art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, não é necessária à declaração de utilidade pública nem à criação jurídica do distrito industrial, mas, sim, à efetivação da desapropriação, que é o meio pelo qual, efetivamente, o ente expropriante procura transferir o bem imóvel para o seu domínio, conforme esclarece o art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941.

4. No caso, não há ilegalidade no Decreto Estadual n. 41.584/2008, o qual declarou de utilidade pública diversos terrenos localizados no Município de São João da Barra com a finalidade de implementação de distrito industrial, por sua vez, criado, juridicamente, pelo Decreto Estadual n. 41.535/2008.

5. Recurso ordinário não provido.

A mera referência do art. 5º, *i*, à “execução de planos de urbanização”, melhoramentos viários ou parcelamento do solo não impede que a desapropriação ocorra de modo prévio ou concomitante à elaboração e aprovação dos projetos exigidos pela legislação específica, ainda que isto não seja desejável, ao menos sem uma justificativa circunstanciada que aponte urgência apta a caracterizar a conveniência de assumir o risco de ampliação de custos decorrente de mudanças nos projetos.

A situação foi diferente durante a efêmera vigência da Medida Provisória nº 700, de 2015, que alterou a redação de diversos dispositivos do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, exigindo que as diretrizes dos planos urbanísticos que justificam a desapropriação estivessem previstas no plano diretor (art. 5º, § 7º⁵⁶), mas ela perdeu a eficácia em 17 de maio de 2016, por não ter sido apreciada pelo Congresso Nacional (Ato Declaratório do

⁵⁶ A redação deste dispositivo era a seguinte: “§ 7º No caso de desapropriação para fins de execução de planos de urbanização, de renovação urbana ou de parcelamento ou reparcelamento do solo, as diretrizes do plano de urbanização ou de parcelamento do solo deverão estar previstas no Plano Diretor, na legislação de uso e ocupação do solo ou em lei municipal específica.” Antes da entrada em vigor do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, também era possível sustentar que a aprovação prévia do plano era exigida, no âmbito federal e distrital, pelo art. 8º do Decreto nº 4.956, de 1903, que estabelecia: “Art. 8º Aprovados os planos e plantas das obras por decreto do Presidente da Republica, ou do Prefeito (art. 5º), entender-se-hão desapropriados em favor da União, ou do Distrito Federal, ou respectivos concessionarios, todos os predios e terrenos nelles comprehendidos, total ou parcialmente, que necessarios forem para a sua execução.”

Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 23, de 2016)⁵⁷.

Diante da ausência, na legislação federal, de normas exaustivas a respeito desta fase preparatória da desapropriação, anterior à declaração de utilidade pública, diversos municípios estabeleceram regras a respeito em sua legislação local referente a alguma específica utilidade pública perseguida pela desapropriação, em especial o desenvolvimento urbano, que, segundo o art. 21, XX, da Constituição abrange não apenas a ordenação do espaço urbano, mas também “habitação, saneamento básico e transportes urbanos”.

A pauta de estudos da desapropriação não deve ser caudatária das escolhas temáticas do legislador, que pode separar arbitrariamente normas sobre um mesmo assunto em diplomas legais distintos. Esta separação pode obedecer inclusive a cortes temáticos feitos com base em critérios distintos que se sobrepõem parcialmente: ora o tipo de atuação sobre a propriedade privada (desapropriação ou restrições decorrentes de relações de vizinhança, por exemplo), ora a finalidade buscada pela norma (proteção ambiental ou do patrimônio cultural, por exemplo). Não é o caso, portanto, de atribuir ao legislador a responsabilidade por eventual falta de consideração integradora destas normas na construção da doutrina sobre o tema, mas sim de buscar alcançá-la.

1.2 – As restrições preordenadas à desapropriação no ordenamento jurídico italiano

No ordenamento jurídico italiano, o reconhecimento da estreita relação entre planos urbanísticos e desapropriação é antigo a ponto da primeira lei sobre desapropriação por utilidade pública da Itália unificada, a Lei nº 2.359, de 1865, ter instituído, em seus capítulos VI e VII, dois planos urbanísticos: o plano regulador e o plano de expansão⁵⁸.

Atualmente, a desapropriação por utilidade pública é tema de três diplomas legais: o Decreto Legislativo⁵⁹ nº 325, de 2001, que contém as disposições legislativas em matéria de desapropriação por utilidade pública; o Decreto Presidencial nº 326, de 2001, que contém as disposições regulamentares em matéria de desapropriação por utilidade pública;

⁵⁷ O projeto de conversão foi discutido em audiência pública, mas a ampla repercussão do *impeachment* da Presidente Dilma Rouseff praticamente monopolizou a atenção do parlamento nesta época, o que levou à perda de eficácia de várias medidas provisórias então pendentes de apreciação.

⁵⁸ Na língua original, os “piani regolatori” e os “piani di ampliamento”. MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 48-49.

⁵⁹ Apesar do nome, trata-se de ato do Presidente da República, e não do parlamento italiano. O preâmbulo do ato cita delegação de poderes legislativos por meio da Lei nº 50, de 1999, elaboração de minuta pelo Conselho de Estado e apresentação de parecer pela Câmara dos Deputados, o que demonstra tramitação sem paralelo no Brasil. De todo modo, o instrumento mais parecido no ordenamento jurídico brasileiro é a lei delegada, e não o decreto legislativo.

e, por fim, o Decreto Presidencial nº 327, de 2001, que contém o texto único das disposições legislativas e regulamentares em matéria de desapropriação por utilidade pública, sendo que as disposições de hierarquia legal são seguidas da letra L maiúscula, entre parênteses, e as disposições de natureza regulamentar são seguidas da letra R maiúscula, também entre parênteses⁶⁰. Este último será o diploma legislativo utilizado como referência principal na tese, seja porque a integração de disposições legais e regulamentares em um único texto facilita sua compreensão integrada, seja porque é dele que a doutrina italiana consultada se utiliza para discorrer sobre o tema.

Na Itália, a restrição preordenada à desapropriação é um conceito legal, constante do art. 9, item 1, do texto único sobre desapropriação por utilidade pública (Decreto nº 327, de 2001), que dispõe (em tradução livre):

Um bem é submetido à restrição preordenada à desapropriação quando se torna eficaz o ato de aprovação do plano urbanístico geral, ou equivalente, que prevê a realização de uma obra pública ou de utilidade pública. (L)⁶¹

O art. 10, item 1, do mesmo diploma legal esclarece que a restrição pode derivar de fontes diversas do plano urbanístico:

Se a realização de uma obra pública ou de utilidade pública não é prevista no plano urbanístico geral, a restrição preordenada à desapropriação pode ser estabelecida, desde que de modo expresse, por solicitação do interessado, nos termos do art. 14, item 4, da lei nº 241, de 7 agosto de 1990, ou por iniciativa da entidade pública competente para aprovação do projeto, mediante sessão conjunta, acordo de programa, bem como por outro ato, inclusive de natureza territorial, que por força da legislação vigente seja equiparável ao plano urbanístico. (L)⁶²

⁶⁰ CENTOFANTI, Nicola. *L'espropriazione per pubblica utilità*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 44-45. BORGIO, Maurizio; MORELLI, Marco. *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della P.A.: espropriazione per pubblica utilità e strumenti alternativa*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 2.

⁶¹ Na língua original: “Un bene è sottoposto al vincolo preordinato all'esproprio quando diventa efficace l'atto di approvazione del piano urbanistico generale, ovvero una sua variante, che prevede la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità. (L)” A tradução do termo “vincolo” para o português é problemática, dada sua amplitude na língua italiana. Os direitos reais de garantia, por exemplo, são considerados “vincoli”, ou seja, ônus, pelo art. 1.997 do Código Civil italiano, mas a relação de parentesco também é um vínculo, segundo o art. 74 do mesmo código. A opção de traduzir o termo por “restrição”, e não por “ônus” nem “vínculo”, se deve ao fato de que o “vincolo” referido no art. 9º do texto único sobre desapropriação por utilidade pública é imposto de modo unilateral e sem indenização, o que o diferencia tanto de uma obrigação quanto de um ônus real convencional. Como se vê, a tradução já contém embutida uma certa interpretação do dispositivo traduzido. Sobre a noção de “vincolo”: GAMBARO, Antonio. *La proprietà, beni, proprietà, possesso*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2017. p. 310. Sobre o caráter equívoco do termo: SANDULLI, Aldo M. *Scritti giuridici*. Napoli: Jovene, 1990. v. 6, p. 442-444. Para uma caracterização dos “vincoli” como conceito contraposto a limitações conformativas (“limitazioni conformative”): MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 38-43 e 182-187. Entendendo o “vincolo” como impedimento ao pleno exercício de um direito, sem extingui-lo: PAGLIARI, Giorgio. *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 105.

⁶² Na língua original: “Se la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità non è prevista dal piano urbanistico generale, il vincolo preordinato all'esproprio può essere disposto, ove espressamente se ne dia

A referência a estes instrumentos urbanísticos na legislação de desapropriação não surpreende, não apenas por ser da tradição italiana, mas pelo fato de que a própria declaração de utilidade pública se faz por meio deles ou pela aprovação do projeto da obra pública ou de utilidade pública, conforme art. 12, item 1, do texto único sobre desapropriação por utilidade pública, e não por decreto do Chefe do Poder Executivo. Não é sem razão que Stefano Benini afirma que as restrições urbanísticas são um instituto fronteiro, situados entre o governo do território e a expropriação⁶³.

Gian Carlo Mengoli assim descreve as restrições preordenadas à desapropriação no âmbito do plano regulador geral, que é o plano urbanístico mais importante no ordenamento italiano⁶⁴:

São distintos, quanto aos efeitos do plano regulador geral, dois tipos de normas: as direcionadas a *regrar a atividade costruttiva* dos particulares, aos quais se voltam pondo normas de conteúdo regulamentar, e, de outro lado, aquelas direcionadas à Comuna, enquanto continentes de *previsione di obras pubbliche* que devem ser realizadas no futuro, seja mediante intervenções ou planos executivos.

Este segundo tipo de normas não pretende tanto disciplinar e assim limitar a atividade construtiva privada, mas sim suspendê-la, na espera de que sobrevenha (se sobrevir) a intervenção pública que, promovendo a desapropriação da área, elimine o problema da duração e dos efeitos da restrição total de edificação imposta sobre a propriedade privada, que subsiste enquanto não se promova a desapropriação. Para este fim é constituída a restrição temporária de edificação.⁶⁵

Giorgi Pagliari apresenta distinção similar entre alocações (“localizzazioni”) e zoneamento (“zonizzazione”), sendo a primeira a determinação da localização de obras públicas no território comunal (que seria equivalente, no Brasil, a municipal), com efeitos imediatos sobre as possibilidades de utilização dos imóveis privados sobre as quais elas incidirão, e o segundo a subdivisão do território comunal em zonas homogêneas formadas

atto, su richiesta dell'interessato ai sensi dell'articolo 14, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero su iniziativa dell'amministrazione competente all'approvazione del progetto, mediante una conferenza di servizi, un accordo di programma, una intesa ovvero un altro atto, anche di natura territoriale, che in base alla legislazione vigente comporti la variante al piano urbanistico. (L)”

⁶³ BENINI, Stefano; MARZO, Giuseppe de. GISONDI, Raffaelo; LORO, Paolo. *I vincoli urbanistici preordinati all'esproprio*. Roma: Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2004. p. 18-19. O autor se vale do termo em língua inglesa “borderline”.

⁶⁴ MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 71.

⁶⁵ *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 178. Itálicos do original. Na língua original: “Si sono distinti, quanto agli effetti del piano regolatore generale, due tipi di norme: quelle dirette a *regolamentare l'attività edilizia* dei privati, ai quali se rivolge ponendo norme di contenuto regulamentare, e quelle invece dirette al Comune, in quanto contengono *previsione di opere pubbliche* che dovranno essere nel futuro realizzate, sia mediante singoli interventi, che mediante piani esecutivi. Questo secondo tipo di norme non viene tanto a disciplinare e quindi a limitare l'attività edilizia privata, quanto a sospenderla, in attesa che avvenga (se avverrà) l'intervento pubblico che, procedendo all'espropriação dell'area, abolisca il problema della durata e degli effetti del vincolo totale di inedificabilità imposto sulla proprietà privata, che sussiste fino a che non si proceda all'espropriação. Per tale fine viene costituito un vincolo di inedificabilità temporanea”.

por um conjunto de áreas, de acordo com diversas vocações ou destinações urbanísticas⁶⁶. Segundo o autor, ao contrário do zoneamento, a “restrição alocativa, de fato, implica, quase inevitavelmente, que o terreno será desapropriado para a realização da obra pública”, de modo que ela também é chamada de “restrição preordenada à desapropriação e à inedificabilidade absoluta”⁶⁷. A obra pública que motivou a restrição nem sequer é necessariamente uma obra de urbanização, podendo ser instrumental a outro interesse público⁶⁸.

A restrição preordenada à desapropriação abrange hipóteses similares às descritas na introdução desta tese a partir da legislação de municípios brasileiros.

Segundo o art. 7, item 1, da Lei nº 1.150, de 1942, conhecida apenas como “lei urbanística”⁶⁹, o plano regulador geral (PRG) deve indicar “a rede das principais vias de ligação rodoviárias, ferroviárias e aquaviárias e equipamentos relacionados”⁷⁰. Caso a previsão no plano seja de via projetada – ou seja, ainda não existente –, ela implica imediata restrição preordenada à desapropriação⁷¹. Assim, não há dúvida de que a inserção de um imóvel entre as “áreas do Município destinadas à implantação de projetos viários prioritários – PVP” de que trata o art. 113 do Plano Diretor do Município de Belo Horizonte (Lei Municipal nº 11.181, de 2019) seria considerada uma restrição preordenada à desapropriação à luz do ordenamento jurídico italiano.

A conclusão não é tão simples em relação ao alinhamento, pois o art. 40, item 1, da Lei nº 1.150, de 1942, na redação que lhe foi atribuída pelo art. 5 da Lei nº 1.187, de 1968, prevê que não é devida qualquer indenização por “ônus relativos ao alinhamento

⁶⁶ *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 57-63 e 109-110. Em sentido similar: GAMBARO, Antonio. *La proprietà, beni, proprietà, possesso*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2017. p. 323-324. A mesma distinção é atribuída à jurisprudência da jurisdição ordinária em BORGIO, Maurizio; MORELLI, Marco. *L’acquisizione e l’utilizzo di immobili da parte della P.A.: espropriazione per pubblica utilità e strumenti alternativa*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 34.

⁶⁷ PAGLIARI, Giorgio. *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 63. Na língua original: “Il vincolo localizzativo, infatti, comporta, quasi inevitabilmente, che il ‘fundum’ sarà espropriato per realizzazione dell’opera pubblica. Per questo, per il vincolo localizzativo si parla anche di vincolo preordinato all’espropriazione e all’inedificabilità assoluta.” O conceito é reforçado na p. 111 da mesma obra.

⁶⁸ PAGLIARI, Giorgio. *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 58.

⁶⁹ Trata-se do diploma legislativo que é o marco do direito urbanístico italiano e ainda constitui seu “esqueleto normativo fundamental” (MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 48 e 60).

⁷⁰ Na língua original: “la rete delle principali vie di comunicazione stradali, ferroviarie e navigabili e dei relativi impianti”.

⁷¹ MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 141. O autor cita, como fundamento de seu entendimento, decisão do Conselho de Estado proferida em 1996 (provvedimento nº 122), que infelizmente não se encontra disponível no sítio eletrônico da Justiça Administrativa italiana na internet.

edilício das novas construções”⁷². Contudo, o alinhamento é interpretado, no ordenamento jurídico italiano, de modo restritivo, como “fato bem específico e bem diverso do traçado de uma nova via de ligação e indubitavelmente se enquadra no âmbito das chamadas limitações, e não restrições, por isso não sujeitas nem a indenização nem a decadência, enquanto normas essencialmente de zoneamento”⁷³. Apesar da semelhança nos nomes, não se pode comparar medida de escopo tão restrito com a prevista no art. 29 da Lei Estadual nº 1.574, de 1967, do extinto Estado da Guanabara, vigente no Município do Rio de Janeiro, que determina o recuo por força de projetos de modificação do alinhamento, abrangendo a abertura de novas vias ou o expressivo alargamento de vias existentes, medida de maior similaridade à indicação de redes viárias prevista, no ordenamento jurídico italiano, no já mencionado art. 7, item 1, da Lei nº 1.150, de 1942.

Não é regulada entre as restrições preordenadas à desapropriação, contudo, a exclusão da indenizabilidade de construções, plantações e benfeitorias realizadas após a notificação do expropriado do início do procedimento administrativo (art. 32, item 2), regra que guarda certa semelhança com a do art. 26, § 1º, do brasileiro Decreto-lei nº 3.365, de 1941.

A restrição preordenada à desapropriação alcançou tamanha importância que o Título II do referido texto único sobre desapropriação por utilidade pública, contém um capítulo (“capo II”) sobre a fase de submissão do bem à restrição e um outro (“capo III”) sobre a fase de declaração de utilidade pública⁷⁴.

Mais do que isso, ela se tornou uma fase obrigatória do procedimento⁷⁵, como se vê na redação do art. 12, item 3, do texto único, que dispõe:

⁷² Na língua original, a redação do dispositivo é a seguinte: “Nessun indennizzo è dovuto per le limitazioni ed i vincoli previsti dal piano regolatore generale nonché per le limitazioni e per gli oneri relativi all’allineamento edilizio delle nuove costruzioni.”

⁷³ MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7ª ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 141. Na língua original: “fatto ben specifico e ben diverso dal tracciato di una nuova via di comunicazione ed indubbiamente rientra nell’ambito di quelle che si sono chiamate limitazioni e non vincoli, non soggette perciò né ad indennizzo né a decadenza, in quanto essenzialmente norme di zonizzazione”.

⁷⁴ Na língua original: “Capo II - La fase della sottoposizione del bene al vincolo preordinato all’esproprio”, abrangendo os artigos 9 a 11, e “Capo III - La fase della dichiarazione di pubblica utilità”, abrangendo os artigos 12 a 19. Para Maurizio Borge e Marco Morelli, contudo, não se trata de uma fase do procedimento de desapropriação propriamente dito, que se iniciaria com a declaração de utilidade pública, mas sim uma fase de ligação entre a desapropriação e o ordenamento do território (*L’acquisizione e l’utilizzo di immobili da parte della P.A.*: espropriazione per pubblica utilità e strumenti alternativa. Milano: Giuffrè, 2012. p. 31). Embora a distinção tenha potencial repercussão sobre a definição das competências legislativas do Estado e das regiões, bem como sobre a repartição de competência entre a jurisdição ordinária e a administrativas (CONTI, Roberto. *L’occupazione acquisitiva*: tutela della proprietà e dei diritti umani. Milano: Giuffrè, 2006. p. 640-655), ela não tem impacto sobre o raciocínio desenvolvido neste capítulo da tese.

⁷⁵ BORGIO, Maurizio; MORELLI, Marco. *L’acquisizione e l’utilizzo di immobili da parte della P.A.*: espropriazione per pubblica utilità e strumenti alternativa. Milano: Giuffrè, 2012. p. 29-30.

Se a restrição preordenada à desapropriação não tiver sido aplicada, a declaração de utilidade pública torna-se eficaz no momento de tal aplicação, nos termos dos artigos 9º e 10º. (L)⁷⁶

O art. 8 do texto único é mais claro a este respeito ao descrever as fases do procedimento de desapropriação:

A decisão de desapropriação pode ser editada quando:

a) a obra a realizar esteja prevista no instrumento urbanístico geral, ou em um ato de natureza e eficácia equivalentes, e sobre o bem a desapropriar tenha sido aplicada a restrição preordenada à desapropriação;

b) tenha havido a declaração de utilidade pública;

c) tenha sido determinada, ainda que de modo provisório, a indenização pela desapropriação. (L)⁷⁷

Diante destas normas, Maurizio Borgo e Marco Morelli chegam a afirmar que o texto único inovou ao transformar a restrição preordenada à desapropriação no novo ponto cardeal da função ablatória, no lugar antes ocupado pela declaração de utilidade pública⁷⁸.

Embora atualmente seja um conceito consagrado na legislação italiana, a restrição preordenada à desapropriação tem origem jurisprudencial⁷⁹. Sob a presidência de Aldo Sandulli, a Corte Constitucional italiana, na canônica Sentença nº 55, de 1968, declarou a inconstitucionalidade do art. 7, itens 2, 3 e 4, e do art. 40 da Lei nº 1150, de 1942, na parte em que deixam de prever “uma indenização pela imposição de limitações imediatamente eficazes e por tempo indeterminado em confronto com direitos reais, quando as próprias limitações tenham conteúdo expropriativo”⁸⁰. É o próprio tribunal que assim descreve a questão debatida:

Ambos os incidentes remetem à Corte outra questão assim pontuada: se a falta de previsão na lei urbanística de um termo final de efetiva eficácia das restrições que se enquadram no âmbito das disposições de

⁷⁶ Na língua original: “3. Qualora non sia stato apposto il vincolo preordinato all'esproprio la dichiarazione di pubblica utilità diventa efficace al momento di tale apposizione a norma degli articoli 9 e 10. (L)” Sobre a introdução deste dispositivo pelo Decreto Legislativo nº 302, de 2002: BENINI, Stefano; MARZO, Giuseppe de. GISONDI, Raffaello; LORO, Paolo. *I vincoli urbanistici preordinati all'esproprio*. Roma: Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2004. p. 32.

⁷⁷ Na língua original: “Il decreto di esproprio può essere emanato qualora: a) l'opera da realizzare sia prevista nello strumento urbanistico generale, o in un atto di natura ed efficacia equivalente, e sul bene da espropriare sia stato apposto il vincolo preordinato all'esproprio; b) vi sia stata la dichiarazione di pubblica utilità; c) sia stata determinata, anche se in via provvisoria, l'indennità di esproprio. (L)”

⁷⁸ *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della P.A.*: espropriazione per pubblica utilità e strumenti alternativa. Milano: Giuffrè, 2012. p. 30.

⁷⁹ PAGLIARI, Giorgio. *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 116-117. MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 39, 183 e 594-595. CENTOFANTI, Nicola. *L'espropriazione per pubblica utilità*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 83.

⁸⁰ Na língua original: “La Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale del numeri 2, 3, 4 dell'art. 7 della legge dichiara 17 agosto 1942, n. 1150, e dell'art. 40 stessa legge, nella parte in cui non prevedono un indennizzo per l'imposizione di limitazioni operanti immediatamente e a tempo indeterminato nei confronti dei diritti reali, quando le limitazioni stesse abbiano contenuto espropriativo nei sensi indicati in motivazione.”

um plano regulador geral e, ao mesmo tempo, a eficácia imediata, sem reconhecimento de qualquer compensação, das restrições impostas pelo próprio plano – algumas destinadas à manutenção obrigatória de sua atual utilização privada ou à implementação obrigatória de uma outra utilização privada, outras destinadas a futuras destinações concretas, a se realizarem por meio de intervenções públicas incertas em relação a quando e se ocorrerão – são conformes ao art. 42, item 3, da Constituição, que condiciona a sujeição da propriedade privada a desapropriação por motivos de interesse geral à atribuição de uma indenização correspondente.⁸¹

Após reiterar sua jurisprudência que considera desnecessária a transferência da titularidade da propriedade para caracterizar a desapropriação – questão que será abordada em momento posterior –, a Corte Constitucional italiana afirma que é um limite legítimo à propriedade privada a “sujeição à imodificabilidade, pela duração limitada (desde que razoável) dos planos pormenorizados, daquelas áreas que os próprios planos destinam à transferência em vista de transformações programadas ou utilizações diversas”⁸².

No entanto, a Corte reconhece que o art. 7 da “legge urbanística” de 1942 contempla restrições “temporárias (mas de duração ilimitada), preordenadas à sucessiva (porém incerta) transferência do bem por razões de interesse geral”, bem como “hipóteses de restrições que, embora admitindo a conservação da titularidade do bem, são todavia destinadas a gerar imediatamente uma incisão profunda, além dos limites a ela inerentes, sobre a faculdade de utilização subsistente no momento da imposição”, e “sem previsão de indenização, e ainda, no sentido mencionado, com uma previsão em contrário (art. 40)”⁸³.

Após esta decisão, proferida em maio de 1968, o parlamento italiano editou a Lei nº 1.187, de 19 de novembro de 1968, que além de modificar a redação dos arts. 7 e 40 da

⁸¹ Na língua original: “Entrambe le ordinanze devolvono alla Corte altra questione così puntualizzata: se la mancanza di previsione nella legge urbanistica, di un termine finale di effettiva operatività del vincoli riconducibili nell'ambito delle disposizioni di un piano regolatore generale e, nello stesso tempo, l'operatività immediata, senza il riconoscimento di alcun compenso, dei vincoli imposti dal piano stesso – taluni ordinati al mantenimento obbligatorio dell'attuale utilizzazione privata o alla realizzazione obbligatoria di una diversa utilizzazione privata, altri ordinati a future destinazioni concrete, da realizzare attraverso interventi pubblici incerti an e quando - siano conformi all'art. 42, terzo comma, della Costituzione che condiziona l'assoggettamento a espropriazione della proprietà privata, per motivi d'interesse generale, all'attribuzione di un corrispondente indennizzo.”

⁸² Na língua original: “Tra i limiti legittimi, in quanto connaturali alle anzidette esigenze (e storicamente tramandati), deve farsi rientrare anche l'assoggettamento a vincolo di immodificabilità per la limitata durata (purché ragionevole) del piani particolareggiati, di quelle aree che i piani stessi destinano al trasferimento in vista delle programmate trasformazioni o diverse utilizzazioni. E ciò in considerazione della particolare natura e funzione del piani stessi.”

⁸³ Na língua original: “Quello che è invece necessario e sufficiente qui rilevare è che l'art. 7 contempla (...): tra le quali imposizioni sono sicuramente comprese, sia ipotesi di vincoli temporanei (ma di durata illimitata), preordinati al successivo (ma incerto) trasferimento del bene per ragioni di interesse generale, sia ipotesi di vincoli che, pur consentendo la conservazione della titolarità del bene, sono tuttavia destinati a operare immediatamente una definitiva incisione profonda, al di là del limiti connaturali, sulla facoltà di utilizzabilità sussistenti al momento dell'imposizione. Tutto ciò senza la previsione di indennizzo, ed anzi, nel senso che si è detto, con una previsione del contrario (art. 40) (...)”.

Lei nº 1.150, de 1942, incorporou em seu art. 2 o conceito de restrição preordenada à desapropriação⁸⁴ construído pela Corte Constitucional na citada Sentença nº 55, de 1968:

As indicações do plano regulador geral, na parte em que incidam sobre bens determinados e os submetam a restrições preordenadas à desapropriação ou a restrições que impliquem inedificabilidade, perdem toda eficácia se dentro de cinco anos da data de aprovação do plano regulador geral não forem aprovados os respectivos planos pormenorizados ou autorizados os planos de loteamento convencionados. A eficácia das referidas restrições não pode ser prolongada para além do prazo de implementação dos planos pormenorizados e de loteamento.

No caso dos planos reguladores gerais aprovados antes da data de entrada em vigor da presente lei, o prazo de cinco anos a que se refere o item anterior flui a partir da presente data.⁸⁵

Este dispositivo foi revogado pelo já mencionado texto único sobre desapropriação por utilidade pública, que contém regra similar em seu art. 9, item 2.

As controvérsias entre o parlamento italiano e a Corte Constitucional sobre este tema estavam distantes de seu fim, mas neste momento é o suficiente demonstrar que o conceito surgiu na jurisprudência, foi incorporado na legislação logo depois e subsiste no diploma legal atualmente em vigor.

Neste conceito, contudo, não se incluem as restrições (“vincoli”) de natureza paisagística ou ambiental, que a jurisprudência da Corte Constitucional considera que são “expressivas de características intrínsecas do bem, cuja existência a administração se limita a registrar” (Sentença nº 276, de 2020) e que, por isso, não são restrições de caráter expropriativo, mas meramente conformativo. Embora esta jurisprudência seja derivada da Sentença nº 56, de 1968, proferida na mesma data da canônica Sentença nº 55, do mesmo ano, e tenha sido mantida em decisões posteriores como a Sentença nº 106, de 1976, e a Sentença nº 417, de 1995, é mais relevante para esta tese a já mencionada Sentença nº 276, de 2020, pois nela fica mais claro que este entendimento jurisprudencial é aplicável em questões ambientais tal como entendidas no Brasil, e não apenas paisagísticas, uma vez

⁸⁴ As restrições que implicam inedificabilidade, mencionadas no dispositivo legal a seguir transcrito, extrapolam o tema da presente tese. A respeito da diferença entre elas e as restrições preordenadas à desapropriação: PAGLIARI, Giorgio. *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 133-134. Em sentido diverso, problematizando a viabilidade da diferenciação após o texto único sobre desapropriação por utilidade pública: BENINI, Stefano; MARZO, Giuseppe de. GISONDI, Raffaello; LORO, Paolo. *I vincoli urbanistici preordinati all'esproprio*. Roma: Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2004. p. 19-21 e 31.

⁸⁵ Na língua original: “Le indicazioni di piano regolatore generale, nella parte in cui incidono su beni determinati ed assoggettano i beni stessi a vincoli preordinati all'espropriazione od a vincoli che comportino l'inedificabilità, perdono ogni efficacia qualora entro cinque anni dalla data di approvazione del piano regolatore generale non siano stati approvati i relativi piani particolareggiati od autorizzati i piani di lottizzazione convenzionati. L'efficacia dei vincoli predetti non può essere protratta oltre il termine di attuazione dei piani particolareggiati e di lottizzazione. Per i piani regolatori generali approvati prima della data di entrata in vigore della presente legge, il termine di cinque anni di cui al precedente comma decorre dalla predetta data.”

que em tal acórdão a Corte rejeitou o incidente de inconstitucionalidade do art. 7, itens 1 e 2, da Lei Regional nº 7, de 2018, da Região do Lácio (“Lazio”), que ampliou o perímetro do parque regional da “Appia Antica”, vedando a atividade de edificação nos imóveis atingidos, medida similar à instituição ou ampliação de unidades de conservação de proteção integral previstas, no ordenamento jurídico brasileiro, na Lei nº 9.985, de 2000.

É importante notar que a exclusão das restrições ambientais do conceito de restrição preordenada à desapropriação, na Itália, deriva do entendimento de que não será necessária, no futuro, qualquer desapropriação, sendo a medida meramente conformativa. Não se trata, portanto, de uma restrição do próprio conceito, mas de um entendimento sobre a espécie de restrição que acaba por excluí-la do âmbito do conceito. No Brasil, a necessidade de desapropriação dos imóveis inseridos no perímetro das unidades de conservação de proteção integral e de algumas de uso sustentável é prevista explicitamente em lei (arts. 9º, § 1º, 10, § 1º, 11, § 1º, 12, § 2º, 13, § 2º, 17, § 1º, 18, § 1º, 19, § 1º, e 20, § 2º da Lei nº 9.985, de 2000). Portanto, sendo necessária a desapropriação, as medidas que antecipem seus efeitos devem ser consideradas preordenadas à desapropriação. Ao contrário do que se pode imaginar a princípio, a jurisprudência italiana, lida cuidadosamente à luz de sua fundamentação, antes de contrariar a assertiva, acaba por confirmá-la.

1.3 – Adaptação do conceito italiano ao contexto brasileiro por meio de estipulações

A utilização da expressão “restrição preordenada à desapropriação” no contexto brasileiro implicaria a adoção de inconveniente ponto de partida sobre sua natureza jurídica, uma vez que se entende restrição como limitação ao direito de propriedade, dotada de generalidade e que não gera o dever de indenizar⁸⁶. Como visto no item anterior,

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 400-404. Embora não seja uniforme na doutrina, esta nomenclatura adotada por José Afonso da Silva é seguida, por exemplo, em MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 344. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Dos instrumentos da política urbana. In: MEDAUAR, Odete; ____ (Coord.). *Estatuto da cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 52. MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Comentários ao estatuto da cidade: Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 46. CUSTODIO, Vinícius Monte. *Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 58-59. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, utiliza nomenclatura diversa, em que a restrição é o gênero e a limitação a espécie (*Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 127). Já Luciano Ferraz utiliza os termos “limitações” e “restrições” como sinônimos, conceituando-os como “medidas unilaterais, de ordem geral e abstrata, impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, abaixo de previsão legal, e incidentes sobre propriedades indeterminadas, com o fim de satisfazer interesses coletivos abstratamente considerados” (MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade*. São Paulo: Revista dos

a medida preordenada à desapropriação incide sobre bens específicos e determinados, o que já torna inadequado o uso do conceito de restrição. Já a existência do dever de indenizar será consequência da definição da natureza jurídica da medida, razão pela qual, a depender da conclusão a que se chegasse posteriormente, constituiria petição de princípio ou contradição adotar o termo “restrição” antes de verificar se tal natureza, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, não é de expropriação. A teoria desenvolvida por Carlos Ari Sundfeld, cuja nomenclatura difere da tradicional, não basta para solucionar o problema, pois a adoção do conceito de imposição administrativa de condicionamento apresentaria o mesmo inconveniente, uma vez que tal conceito exclui de antemão a ocorrência de sacrifício, equivalente à desapropriação⁸⁷.

Portanto, ao invés de “restrição”, convém utilizar um conceito mais abrangente, que não envolva tomada de posição sobre a existência de dever de ressarcimento e não exclua atos que incidem especificamente sobre bens determinados. Uma possibilidade seria utilizar o termo “limitação” no seu já mencionado sentido amplo, o que eliminaria o inconveniente posicionamento precoce sobre o dever de indenizar, mas não a desvantagem de abranger normas gerais e abstratas. Esta desvantagem precisaria ser eliminada por uma nova estipulação do que se entende por “limitação”, o que ampliaria ainda mais o caráter polissêmico deste último termo na linguagem do Direito Administrativo, com inevitável prejuízo para o entendimento da tese.

Não se pode ignorar que uma tese se destina não apenas a ser lida por inteiro pela banca examinadora do trabalho, mas também em pedaços por futuros pesquisadores, interessados em trechos específicos, razão pela qual não se deve abusar da ferramenta da estipulação, sob pena de tornar sua leitura mais onerosa do que o necessário para atingir a indispensável precisão conceitual, prejudicando sua acessibilidade mesmo para aqueles familiarizados com o tema nela versado. Assim, as escolhas terminológicas adotadas visam encontrar um equilíbrio entre rigor e acessibilidade. Cabe explicitá-las, em sucessivas aproximações do conceito de “medidas (i) administrativas (ii) preordenadas (iii) à desapropriação (iv)”, que dá título à tese.

1.3.1 – Medida

Como prenuncia o título deste trabalho, a opção é pelo conceito de “medida”.

Tribunais, 2014. v. 3, p. 313). Por fim, Carlos Ari Sundfeld entende que a restrição é sacrifício parcial e, como tal, indenizável (*Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 112-117).

⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 56-57.

Estruturada desde suas origens em torno do conceito do ato administrativo como espécie de ato jurídico⁸⁸, a doutrina administrativista brasileira não costuma utilizar a expressão “medidas administrativas” como um conceito de modo que há espaço para estipular o sentido que lhe será atribuído, com o objetivo de alcançar o máximo valor explicativo possível.

A legislação, contudo, se vale do termo “medida”, no singular ou plural, para se referir a decisões ou providências estatais em diversos diplomas, como a Lei de Responsabilidade Fiscal (arts. 17, § 5º, 31, § 1º, II, 55, II, e 58, entre outros), o Estatuto da Cidade (arts. 32, §§ 1º e 2º, e 42-A, IV), a lei federal de processo administrativo (art. 54, § 2º) e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 20, parágrafo único). Este sentido não é estranho à Constituição, que trata de “medidas cabíveis” (art. 71, § 1º), “medidas necessárias” (art. 129, II) e “medidas coercitivas” (arts. 136, § 1º, e 138, § 3º) como providências estatais.

A despeito da inexistência, na doutrina ou legislação, de uniformidade conceitual⁸⁹, o termo “medida” é utilizado para indicar não apenas atos administrativos, mas também providências materiais da Administração Pública⁹⁰. Sua utilidade para a presente tese, contudo, não é essa, e sim as seguintes: o termo enfatiza o aspecto finalístico da providência (ou seja, a intenção de que ela resolva um problema determinado) e não evoca de imediato, no imaginário do leitor ou do estudioso, qualquer aspecto orgânico, ou seja, sugere a abrangência de atos praticados ou providências tomadas não apenas pela Administração Pública, mas também pelo parlamento e até mesmo pelo Poder Judiciário.

⁸⁸ MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57925>>. Acesso em: 21 abr. 2021. HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 26-38. De modo inovador, Marcos Augusto Perez defende que, após o advento do Código Civil de 2002, o ato administrativo é espécie de negócio jurídico (O negócio jurídico administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 271). Para tanto, Perez parte de conceito amplo de negócio jurídico, que não será o pressuposto nesta tese.

⁸⁹ Também não há uniformidade no conceito doutrinário de ato administrativo, havendo quem nele inclua os contratos administrativos e os regulamentos, como destaca Almiro do Couto e Silva (*Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 145). No mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57925>>. Acesso em: 21 abr. 2021. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5, p. 75 e 108-109. Portanto, a falta de uniformidade não é desvantagem que pese contra a escolha conceitual adotada.

⁹⁰ O citado art. 42-A, IV, do Estatuto da Cidade, por exemplo, se refere a “medidas de drenagem pluvial”, ou seja, providências materiais, e não atos administrativos que envolvam declaração ou manifestação produtora de efeitos jurídicos. Sobre a distinção entre providências materiais – que ele chama de “atos materiais” – e atos administrativos: COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 153-155.

Ademais, ainda que o conceito de ato administrativo mantenha sua importância⁹¹, é mais operacional para o desenvolvimento desta tese o foco em um outro que admita mais facilmente estipulação de significado apta a ensejar a compreensão do fenômeno sob estudo à luz sobretudo dos seus efeitos sobre direitos dos administrados, em uma perspectiva *ex parte populi*, ou seja, daqueles que estão submetidos ao poder⁹². É perfeitamente possível adotar uma tal perspectiva a partir do conceito de ato administrativo, interpretando seus elementos, pressupostos, atributos e sobretudo seu regime de invalidade antes como garantias do seu destinatário que como manifestações do poder de seu autor, mas não é essa a abordagem tradicionalmente feita a partir deste clássico conceito. Portanto, ao invés de tentar superar a tradição, entendeu-se mais simples e proveitoso alterar o foco da reflexão para outro conceito ao invés de iniciar um mergulho para o qual o fôlego poderia se mostrar insuficiente. Em suma, entende-se que o conceito de medida atende a esta escolha metodológica de modo satisfatório, sem desconsiderar as finalidades da atividade de administração pública e sem constituir inovação tão radical a ponto de dificultar o diálogo com a doutrina já existente. Com âmbito mais restrito do que o ato administrativo em termos de estrutura e mais amplo em termos orgânicos ou formais, o conceito de medida não é candidato a substituí-lo na doutrina administrativista, mas tão somente nos estreitos limites da presente tese, cujos objetivos são restritos. Não há, aliás, ruptura metodológica, pois, tal como a noção de ato administrativo, a de medida também será construída por meio de uma abordagem estrutural. Ademais, também será utilizado o conceito de ato administrativo de modo pontual, embora a reflexão não se desenrole em torno dele.

Feito este intróito metodológico, o momento é de iniciar a construção do conceito de medida.

A sua primeira nota caracterizadora é a unilateralidade da decisão que a põe, entendida como heteronomia, ou seja, não há coincidência entre quem edita o ato jurídico

⁹¹ Como afirma Ricardo Marcondes Martins, “a valorização dos temas do procedimento e da relação administrativa não tem o condão de dispensar o estudo do ato administrativo” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5, p. 31). Em sentido similar: COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 166-167.

⁹² Sobre a distinção entre a perspectiva *ex parte populi* e a perspectiva *ex parte principis*, ou seja, daqueles que detêm o poder: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 125-126. A dicotomia também é utilizada em MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 95-96.

ou pratica a providência material e quem sofre seus efeitos⁹³. Para que a decisão que veicula a medida seja considerada unilateral, é necessário que ela seja apta a produzir efeitos independentemente do consenso do seu destinatário. Portanto, se tal consenso for requisito de validade ou eficácia do ato, tal como ocorre na nomeação de servidor público estatutário⁹⁴, não se caracteriza a medida administrativa.

Isto não impede que a medida seja veiculada por decisão aparentemente bilateral, mas que na verdade é heterônoma, tal como a aprovação de projeto de loteamento do solo urbano (art. 12 da Lei nº 6.766, de 1979). Ainda que a aprovação coincida integralmente com o que foi proposto pelo empreendedor, trata-se de decisão que pode afetar direitos de terceiros residentes no mesmo município, região metropolitana ou aglomeração urbana, que também são seus destinatários. Para estes terceiros, há heteronomia, como bem percebe Benjamin Defoort: a “unilateralidade de um ato resulta da resposta a uma única questão: saber se há ou não identidade completa entre o autor ou autores do ato e seu destinatário ou seus destinatários”⁹⁵. Assim, a aprovação do projeto de loteamento do solo pode, em relação a este elemento de unilateralidade, ser considerada medida administrativa.

Também não descaracteriza a unilateralidade a circunstância da medida ser decorrente de proposta inicialmente apresentada por seu destinatário, como pode ocorrer, por exemplo, com ônus ou encargo⁹⁶ estabelecido em licença ambiental, frequentemente designado como medida condicionante ou medida mitigadora. Em primeiro lugar, porque a proposta feita pelo destinatário da licença não visa formar acordo de vontades criador de direitos e obrigações para as partes, mas apenas convencer a autoridade administrativa de que é viável o deferimento da licença. Em segundo lugar, porque a proposta não vincula o

⁹³ Em sentido similar, mas fazendo referência a sujeito ativo e sujeito passivo, ao invés de autor e destinatário, e a formulação e execução. ao invés de edição e submissão a efeitos: BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001. p. 89.

⁹⁴ Florivaldo Dutra de Araújo sustenta que é contratual a relação entre o servidor público não celetista e a entidade pública a que está vinculado (*Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 89 e 154), como fizera Hans Kelsen (*Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 394-395), enquanto Ricardo Marcondes Martins, apesar de qualificá-la como ato-união, continua a considerar a nomeação ato unilateral em razão da Administração Pública determinar previamente seu conteúdo (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5, p. 115 e 134). Seja contrato ou ato-união, não há o caráter unilateral no sentido de heteronomia, uma vez que o ato não produz efeitos na esfera jurídica do nomeado sem sua aceitação.

⁹⁵ *La décision administrative*. Paris: LGDJ, 2015. p. 214. Na língua original: “L’unilatéralité d’un acte résulte de la réponse à une question unique: savoir s’il y a ou non identité complète entre le ou les auteurs et son ou ses destinataires.”

⁹⁶ Sobre a distinção entre ônus e encargo: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60.

órgão licenciador, que pode dispensar o ônus ou encargo eventualmente proposto ou exigir outro completamente distinto. Por fim, a concessão da licença não torna obrigatória a implementação do empreendimento licenciado, mas apenas estabelece em que termos ele é permitido, sendo o empreendedor livre para simplesmente desistir de sua iniciativa, ao contrário do que ocorreria em um contrato de obra pública, por exemplo. A este respeito, ensina Fernando Dias Menezes de Almeida:

A hipótese em que uma *convenção* substitui o ato unilateral não se confunde com a hipótese de ato unilateral que pressuponha aquiescência de seu destinatário para ganhar efetividade prática.

Numa situação como esta última, não se estaria diante de uma verdadeira convenção. Por exemplo, dizer que uma licença ou uma autorização pressupõe, que seu destinatário as aceite não significa que tais atos não valham, ou não tenham efeitos jurídicos sem a aceitação; apenas significa que, na prática, a efetividade da licença ou autorização, em termos de realização da atividade licenciada ou autorizada, pode operar-se, ou não, conforme a vontade do sujeito que a tenha pleiteado e obtido. Por outras palavras, no exemplo aventado, o ato unilateral editado pela Administração não cria obrigação para o destinatário – senão, eventualmente, um ônus de exercício, sob certo prazo.⁹⁷

A exigência de que a expedição da licença ambiental seja precedida de requerimento do empreendedor interessado não tem relação com a necessidade de alcançar consenso, mas sim com a racionalização da atividade administrativa, pois seria desarrazoado movimentar a estrutura administrativa para avaliar a possibilidade de realização de um empreendimento fictício que ninguém pretende implementar. Como descreve Florivaldo Dutra de Araújo, a “expedição do alvará de licença tem como requisito *procedimental* o pedido do particular”⁹⁸. Trata-se, portanto, de participação do particular interessado na iniciativa e na instrução do processo administrativo, situação que difere substancialmente de transformá-lo em coautor da decisão administrativa⁹⁹, ainda que seja usual que desta participação decorra a adoção da providência administrativa tal como requerida, do mesmo modo que a sentença que julga uma demanda judicial inteiramente procedente representa o acolhimento da pretensão do autor da referida demanda, mas não o torna prolator da decisão em conjunto com o juiz.

Uma vez explicado o elemento da unilateralidade como heteronomia, convém precisar uma outra distinção. A medida é o produto do ato estatal, que sobrevive a ele e

⁹⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 297-298. Itálico do original. Convém notar que o autor citado não nega ao ato nem validade nem eficácia, mas apenas “efetividade prática”.

⁹⁸ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 56. Itálicos nossos.

⁹⁹ DEFOORT, Benjamin. *La décision administrative*. Paris: LGDJ, 2015. p. 215.

produz efeitos jurídicos, mas não se confunde com o ato que a põe, tal como, no Direito Civil, o negócio não se confunde com o instrumento; ela é conteúdo, e não continente, conforme a distinção esclarecida por Ricardo Marcondes Martins:

Há no mesmo documento duas linguagens: a primeira refere-se à atividade produtora do documento e é denominada de *veículo introdutor de normas*, a segunda refere-se aos enunciados lançados pelo veículo introdutor no sistema de direito positivo, refere-se à *norma introduzida*. (...)

Exercer função estatal é, mais especificamente, editar *atos jurídicos*, veículos introdutores de *normas jurídicas*. Leis, sentenças e atos administrativos são *atos jurídicos*: veículos introdutores de, respectivamente, normas legislativas, jurisdicionais e administrativas. A doutrina não costuma diferenciar o *veículo introdutor* da *norma introduzida*. Atribui denominações próprias às espécies de normas administrativas (licença, autorização, permissão, regulamento etc.) e denominações próprias aos veículos introdutores (decreto, portaria, alvará, instrução, aviso, circular, ordem de serviço, ofício etc.), mas considera ambos espécies de atos administrativos. A confusão gera ambiguidade e contraria a exigência científica de precisão no uso dos termos, mas implica valiosa *simplificação* para exame do instituto. Efetua-se aí típica *metonímia*: toma-se o continente pelo conteúdo. Ao se referir à lei, à sentença e ao ato administrativo, faz-se, salvo indicação em contrário, alusão tanto à norma introduzida como ao veículo introdutor.¹⁰⁰

Convém notar que o autor acima citado utiliza o termo “norma” de modo abrangente, admitindo a existência de normas individuais e concretas, tal como Kelsen¹⁰¹. Nesta tese, ao contrário, entende-se que a norma é necessariamente geral e abstrata, em contraposição a comando, que é singular ou concreto¹⁰². Feita esta ressalva, a distinção descrita deve ser aproveitada: o ato que põe a medida deve ser denominado “decisão”, que é seu continente.

A distinção é compatível com a legislação brasileira, o que é essencial para atender à diretriz metodológica traçada por Rodrigo Pagani de Souza:

O que parece ser preciso é uma construção teórica mais atenta à nova legislação e à jurisprudência. Se, no passado, a doutrina brasileira construía uma teoria dos atos administrativos com os olhos voltados para a própria doutrina, estrangeira ou nacional, na atualidade essa construção deve estar muito mais atenta ao que dizem as leis, especialmente as leis

¹⁰⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5, p. 54-55. Itálicos do original. No mesmo sentido: AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 28.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 256 e 263-273. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 52-54.

¹⁰² A distinção é inspirada em BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001. p. 181. Contudo, Bobbio traça duas dicotomias: normas gerais e comandos e normas abstratas e ordens. A distinção entre comando e ordem não é relevante nesta tese, de modo que é satisfatório utilizar um único termo. Referindo-se a Montesquieu, Carl Schmitt se vale da distinção entre lei e comando no mesmo sentido utilizado nesta tese (*Constitutional theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008. p. 182-184).

gerais de processo administrativo e a Constituição, bem como atenta às linhas jurisprudenciais no Brasil. É que a nossa legislação e a nossa jurisprudência em matéria de *atos administrativos*, vale insistir, expandiram-se e robusteceram-se. Assim, os pontos de referência da produção doutrinária precisam deslocar-se para outras searas.

Na produção teórica sobre atos administrativos como em tantas outras, a doutrina autorreferenciada não subsistirá. A que atentar para a nova realidade da legislação administrativa e da construção jurisprudencial brasileiras, esta sim terá chances de apresentar melhores contribuições.¹⁰³

O art. 20, parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído pela Lei nº 13.655, de 2018, estabelece que a “motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta”, ou seja, distingue a medida de sua motivação, o que evidencia que aquela é o conteúdo da decisão – a providência por ela determinada de modo impositivo –, que não é integrado por sua motivação, elemento diverso. Já o *caput* do dispositivo se utiliza do verbo “decidir”, ou seja, faz referência à prolação do ato jurídico que veicula a medida, este sim integrado pela motivação, como se vê no art. 27, § 1º, do mesmo diploma legal, segundo o qual “a decisão sobre a compensação será motivada”, e na Lei nº 9.784, de 1999, segundo a qual os “elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão” (art. 38, § 1º) e há situações em que deve haver “decisão fundamentada” (art. 38, § 2º). Tanto é assim que a motivação feita por remissão torna o objeto desta “parte integrante do ato” (art. 50, § 1º). A redação de todos estes dispositivos é coerente com a estipulação de que a decisão é o ato veiculador da medida, como o continente é o veiculador do conteúdo.

O art. 32, § 2º, do Estatuto da Cidade considera medidas “a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias” (inciso I) e a “a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente”, tomadas em área previamente delimitada por lei específica (art. 32, *caput*, do mesmo estatuto). Embora as medidas indicadas no inciso I sejam veiculadas por decisão parlamentar, elas são concretas, de modo que a lei específica em questão é lei em sentido meramente formal e ato administrativo em sentido material¹⁰⁴, mais especificamente medida administrativa.

O Código Florestal (Lei nº 12.651, de 2012) é pródigo na adoção do termo, em especial ao mencionar condutas que a Administração Pública exige de quem é proprietário

¹⁰³ SOUZA, Rodrigo Pagani de. A legalização da teoria dos atos administrativos: apontamentos sobre os seus impactos na jurisprudência do STF. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 399-400. Itálicos do original.

¹⁰⁴ GARCIA, Fernando Couto. *Operação urbana consorciada: regime jurídico e mecanismos de controle*. 2017. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 102-105.

ou exerce atividade sobre a qual incidem normas de proteção ambiental. São neste sentido as referências a “medidas de controle previstas no licenciamento” (art. 11-A, § 4º, I, acrescentado pela Lei nº 12.727, de 2012), “medidas que favoreçam a regeneração de espécies nativas” (art. 22, III), “medidas compensatórias e mitigadoras que assegurem a conservação da espécie” da flora ou fauna ameaçada de extinção (art. 27), “medidas mitigadoras dos impactos ambientais e sociais” (art. 31, § 1º, IX) ou “que garantam a estabilidade das margens e a qualidade da água” (art. 61-A, § 14, acrescentado pela Lei nº 12.727, de 2012), medidas preconizadas no projeto de regularização fundiária (art. 64, § 1º), “medidas de compensação” (art. 66, § 9º) e até “medidas de restrição às importações de bens” (art. 74). Além disso, a penalidade de embargo de obra ou atividade é considerada “medida administrativa voltada a impedir a continuidade do dano ambiental” (art. 51).

A já mencionada Lei nº 9.985, de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, também menciona “medidas que visem a restauração de ecossistemas modificados” em estação ecológica (art. 9º, § 4º, I), “medidas de recuperação” de ecossistemas alterados em reserva biológica (art. 10, *caput*), medidas previstas no plano de manejo da unidade de conservação para “promover sua integração à vida econômica e social das comunidades vizinhas” (art. 27, § 1º)

Por sua vez, a Lei de Regularização Fundiária (Lei nº 13.465, de 2017) prevê, por exemplo, “medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes”, “medidas de mitigação e compensação urbanística e ambiental” (art. 38, III e § 2º), e menciona “medidas indicadas nos estudos técnicos realizados” (art. 39, § 1º) e “lei municipal específica que trate de medidas ou posturas de interesse local aplicáveis a projetos de regularização fundiária urbana”.

Embora algumas destas referências digam respeito a condutas adotadas por particulares ou por eles propostas, elas são objeto de decisões administrativas que as tornam obrigatórias, integrando-as em seu conteúdo, o que torna sua utilização compatível com o conceito estipulado nesta tese, tal como anteriormente explicado.

A abrangência do termo “medida” levou à sua inserção na redação do art. 54, § 2º, da Lei nº 9.784, de 1999, segundo o qual se considera exercício do poder de anulação de ato administrativo “qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato”. Por esta razão, o Superior Tribunal de Justiça já ressaltou que o mencionado diploma legal “adotou um critério amplo para a configuração do exercício da autotutela, bastando uma medida de autoridade que implique impugnação do ato”

(Mandado de Segurança nº 20.149/DF, decidido em 23 de setembro de 2015 pela Primeira Seção, relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho). Apesar disso, tanto o Superior Tribunal de Justiça, no precedente que acaba de ser mencionado, quanto o Supremo Tribunal Federal, no Recurso em Mandado de Segurança nº 31.841, julgado pela Primeira Turma em 2 de agosto de 2016, relator o Ministro Edson Fachin, decidiram que notas jurídicas e pareceres da Advocacia-Geral da União não se caracterizam como “medida de autoridade administrativa”, seja, na voz do Ministro Fachin, “em razão da generalidade de suas considerações” ou “do caráter meramente opinativo que possuem”.

Estes dois precedentes são consistentes e sugerem uma conexão entre o conceito de medida e o de autoridade competente para proferir decisão que a veicule, definida pelo art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.784, de 1999, como “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”. Atos enunciativos, pareceres técnicos ou jurídicos – salvo se sua observância se tornar obrigatória por força de outro ato –, coleta de informações, notificações e comunicações não são medidas administrativas, até porque não são veiculados por decisão.

Para a estipulação buscada nesta tese, todavia, este esclarecimento é insuficiente. O “poder de decisão” indicado no art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.784, de 1999, abrange tanto a competência de proferir atos administrativos vinculados singelos como o deferimento de exoneração a pedido do servidor e aposentadoria compulsória por idade¹⁰⁵, outros que envolvem certo trabalho prévio de coleta de informações ou análise documental, mas que, na maioria das situações, são simples em razão do alto teor de repetição e especialização dos agentes públicos envolvidos, como a concessão de licença para construir ou para demolir edificação que ocupa um lote urbanizado, até questões de alta complexidade fática ou jurídica, em que surgem conflitos de opiniões opostas, todas razoáveis e bem embasadas, como concessão de licença ambiental de usinas térmicas, edição do plano de manejo de unidade de conservação da natureza, revisão extraordinária de tarifa no âmbito de concessão de rodovia e apreciação de estudo de impacto de vizinhança de uma ponte que conectará o sistema viário de duas cidades, reduzindo drasticamente o tempo de viagem de uma à outra e integrando, na prática, seus serviços, atividades comerciais e mercado de trabalho. Nem todas estas decisões se enquadram no conceito de medida pressuposto nesta tese.

Em mais um sucessivo ajuste para a estipulação do conceito de medida, propõe-se

¹⁰⁵ Este é o exemplo de ato vinculado apresentado por Marcos Augusto Perez (Controle da discricionariedade administrativa. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 65).

uma classificação do comando ou disposição que constitui o conteúdo da decisão. Caso se trate de simples observância de direitos que dependam de mera implementação de normas que esgotam qualquer margem de apreciação do agente público, não só de conveniência e oportunidade, mas também de natureza cognitiva, a decisão administrativa veiculará um provimento. Por outro lado, se o comando ou disposição derivada da decisão for resultado de juízo inserido no âmbito de uma margem de apreciação, não apenas de conveniência e oportunidade, que é uma margem discricionária e imune ao controle jurisdicional, mas também cognitiva, que envolve interpretação densificadora de valores jurídicos abstratos ou conceitos indeterminados, sujeita a controle jurisdicional pleno¹⁰⁶, a decisão administrativa veiculará uma medida, que é apta a definir, ainda que por meio do exercício de competência juridicamente vinculada, os efeitos jurídicos que produz.

Esta classificação reflete, de certa maneira, a distinção de Celso Antônio Bandeira de Mello entre “atos negociais ou negócios jurídicos”, que criam os efeitos jurídicos pretendidos, “embora dentro dos quadros legais”, e os atos administrativos puros, “nos quais os efeitos jurídicos descendem diretamente da lei, de tal sorte que o ato nada mais faz

¹⁰⁶ A necessidade de abranger estas duas espécies de margem de apreciação deriva da premissa de que conceitos jurídicos indeterminados não são atributivos de discricionariedade administrativa, tal como reconheceu o Supremo Tribunal Federal no acórdão do Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699, julgado pela Primeira Turma em 30 de novembro de 2004, relator o Ministro Eros Grau, e assim ementado: “RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. *A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.* 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido.” Itálicos nossos. A doutrina a respeito da relação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados foi revisada e analisada em GARCIA, Fernando Couto. O princípio jurídico da moralidade administrativa. *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*, Brasília, v. 5, n. 55, item II.1, dez. 2003. Neste artigo, encontra-se assim justificada a distinção: “A corrente que vê nos conceitos indeterminados uma atribuição de discricionariedade incorre em confusão teórica por não dar conta de distinguir entre a discricionariedade administrativa, que é um conceito dogmático, e o que poderíamos chamar de discricionariedade interpretativa, que é um conceito hermenêutico que traduz a liberdade de interpretação, e não a discricionariedade em sentido técnico.”

que implementar uma condição legal para a deflagração deles”¹⁰⁷.

Tal distinção é criticada por Ricardo Marcondes Martins, por duas razões: a) a nomenclatura utilizada seria inadequada para atos dotados de imperatividade, pois negócio pressuporia o consenso de ao menos dois sujeitos; b) a classificação confundir-se-ia com outra, entre atos declaratórios e atos constitutivos¹⁰⁸.

A crítica não se justifica inteiramente. Negócio jurídico não é sinônimo de contrato, este sim dependente do concurso de ao menos duas manifestações. O Direito Civil conhece diversos exemplos de negócios jurídicos unilaterais, como o testamento, a instituição de fundação e a promessa de recompensa¹⁰⁹ e não é diferente no Direito Administrativo, em que o edital de licitação se enquadra no conceito. A classificação também não se confunde com eventual caráter constitutivo ou declaratório do ato. A aposentadoria voluntária de servidor público federal é ato constitutivo, pois antes de sua prolação não são pagos proventos (art. 188 da Lei nº 8.112, de 1990), mas ainda assim é ato administrativo puro, pois seus efeitos decorrem de modo exaustivo da lei. A aposentadoria compulsória de servidor público federal em razão da idade, por sua vez, é “automática, e declarada por ato” (art. 187 da Lei nº 8.112, de 1990), ou seja, é ato declaratório, que reconhece eventuais efeitos anteriores à sua prolação, se esta houver ocorrido depois que o servidor aposentador completou a idade máxima prevista na Constituição; ainda assim, a aposentadoria compulsória também é ato administrativo puro, pois seus efeitos decorrem de modo exaustivo da lei, não havendo qualquer espaço para definição de efeitos distintos pela autoridade administrativa. Por outro lado, o ato administrativo de anulação de outro ato administrativo anterior, que poderia ser considerado meramente declaratório de ilegalidade anterior e como tal dotado de efeitos

¹⁰⁷ *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 389. Convém alertar para o fato de que Hely Lopes Meirelles chama de atos administrativos negociais uma categoria inteiramente diversa, definindo-os como aqueles “que são expedidos a requerimento do particular interessado na realização de um negócio jurídico ou de uma atividade material dependente da aquiescência da administração pública” (Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 158, p. 15-19, out./dez. 1984, p. 15). Como se vê, Hely atribui ao adjetivo “negocial” conotação relacionada ao consenso entre a Administração Pública e o destinatário do ato, e não ao grau de liberdade de definição dos efeitos jurídicos do ato, como faz Celso Antônio. Para a presente tese, o conceito de Hely também é inútil, pois já foi exposta a diferença entre necessidade de provocação para a prática do ato administrativo e busca de consenso para criação de direitos e obrigações, situações substancialmente diversas que este último conceito de ato administrativo negocial acaba por misturar. O conceito de Hely poderia ser mais bem descrito pela expressão “ato administrativo por provocação do interessado” ou, para usar a expressão do art. 5º da Lei nº 9.784, de 1999, ato administrativo “a pedido de interessado”.

¹⁰⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5, p. 158-160.

¹⁰⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239.

retroativos, pode ser modulado por força do compromisso previsto no art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o que o caracteriza como ato negocial no sentido utilizado por Celso Antônio Bandeira de Mello. Para encerrar a demonstração, o tombamento, típico ato administrativo constitutivo¹¹⁰, é também ato negocial pois há liberdade para que a autoridade administrativa defina a extensão de seus efeitos, que pode, por exemplo, ser restrita à fachada da edificação tombada. Como se vê, há atos administrativos negociais constitutivos e declaratórios, assim como há atos administrativos puros constitutivos e declaratórios.

Contudo, a nomenclatura de Celso Antônio Bandeira de Mello não será utilizada nesta tese, pois há um detalhe em que a crítica de Ricardo Marcondes Martins é certa: sua inadequação a atos dotados de imperatividade. O negócio jurídico unilateral, no Direito Civil, deve observar a “incolumidade das esferas jurídicas”, ou seja, sua eficácia é “limitada à esfera jurídica de quem o praticou”, salvo se for para beneficiar terceiro ou para formar posterior negócio jurídico bilateral, como ocorre após a aceitação da proposta¹¹¹. Embora a adoção, no Direito Administrativo, de nomenclatura própria do Direito Civil seja desejável quando os fenômenos descritos são similares¹¹², pois contribui para que se alcance “o menor número de exceções e contradições”¹¹³, isto não ocorre se o sentido do termo tomado de empréstimo for subvertido. Em outras palavras, é inútil reduzir o número de exceções por meio de uma nomenclatura única se isto aumentar a contradição entre os conceitos. Em suma, não convém chamar de “atos administrativos negociais” decisões

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 160. Em sentido, contrário, considerando que se trata de ato declaratório: GAIO, Daniel. *A interpretação do direito de propriedade em face da proteção constitucional do meio ambiente urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 86.

¹¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 238. Pontes de Miranda não observou este aspecto ao considerar a requisição administrativa exemplo de negócio jurídico unilateral (*Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 5, p. 529-530).

¹¹² Como afirma Carlos Bastide Horbach, “sem medo de comprometer a autonomia científica do Direito Administrativo, deve-se buscar suas conexões com o Direito Privado, gerando essa prospecção de traços comuns um ambiente propício para a solução das diversas situações aparentemente novas com as quais se depara o administrador e o jurista dedicado à normatividade da Administração Pública” (Direito administrativo e direito privado na obra de Ruy Cirne Lima. *Fórum Administrativo Direito Público FA*, Belo Horizonte, nº 98, abr. 2009. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57124>>. Acesso em: 5 abr. 2021).

¹¹³ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. 2a ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. v. 1, p. 187. A orientação de Mayer é ampliada em HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 244 e 252-253. Para Mayer, o menor número de exceções e contradições é um teste para verificar se é preferível explicar um fenômeno por meio dos conceitos do Direito Civil ou construir conceitos próprios do Direito Administrativo, ou seja, a verificação é feita a partir da explicação específica do fenômeno que guarda relação com a Administração Pública. Para Horbach, de modo mais amplo, interessa o menor número de exceções e contradições em uma explicação unitária do fenômeno, válida tanto para o Direito Privado quanto para o Direito Público. É esta segunda concepção metodológica a adotada nesta tese.

heterônomas, aptas a produzir efeitos desfavoráveis ou indesejados na esfera jurídica de quem não é autor do ato, pois o conceito de negócio jurídico pressupõe justamente que seu objetivo é produzir efeitos na esfera jurídica de seu autor. Mesmo o conceito contraposto, de ato administrativo puro, pode gerar confusão, pois no Direito Civil o ato jurídico puro é aquele que não é modulado por termo, encargo ou condição¹¹⁴, e não o ato jurídico que não é negócio.

Por esta razão, ao invés de utilizar a distinção entre atos administrativos negociais e atos administrativos puros, a escolha feita nesta tese foi de construir outra: aquela entre provimento, entendido como comando ou disposição veiculada por decisão cujos efeitos são predeterminados pela legislação de modo exaustivo, e medida, entendida como comando ou disposição (e, como tal, vale lembrar, incidente sobre pessoas singulares ou situações concretas) veiculada por decisão cujos efeitos são estabelecidos pela autoridade competente no exercício de margem de apreciação decorrente da legislação, seja ela de natureza discricionária, se referente a juízo de conveniência e oportunidade, ou de natureza cognitiva, se referente a juízo técnico ou juízo de legalidade que envolva a concretização de valores jurídicos abstratos ou conceitos indeterminados.

O trecho “comando ou disposição veiculada por decisão cujos efeitos são”, presente tanto na definição de medida quanto na de provimento, pode ser substituído, sem alteração de sentido, simplesmente por “comando ou disposição”, uma vez que eles correspondem justamente aos efeitos da decisão que os veicula. Assim, na versão mais sintética, provimento é o comando ou disposição predeterminados pela legislação de modo exaustivo e medida é o comando ou disposição estabelecidos pela autoridade competente no exercício de margem de apreciação decorrente da legislação, seja ela de natureza discricionária, se referente a juízo de conveniência e oportunidade, ou de natureza cognitiva, se referente a juízo de legalidade que envolva a concretização de valores jurídicos abstratos¹¹⁵ ou conceitos indeterminados.

A referência a “legislação”, e não apenas a lei, não é casual, pois visa abranger regulamentos por meio dos quais o Poder Executivo pode ter exaurido previamente eventual margem de apreciação decorrente de lei, desde que por meio de normas gerais e abstratas. É o mesmo sentido que o art. 96 do Código Tributário Nacional atribui ao termo,

¹¹⁴ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 315.

¹¹⁵ A expressão “valores jurídicos abstratos” foi extraída do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído pela Lei nº 13.655, de 2018, e não implica qualquer juízo sobre seu caráter normativo ou se é preferível a utilização do termo “princípio” ao invés de valor jurídico abstrato, uma vez que o tema não é indispensável para o desenvolvimento desta tese.

desde que se entenda que, na expressão “normas complementares” estão implícitos os requisitos da generalidade e abstração, tal como decorre do art. 100 do mesmo diploma legal.

Como se pode notar, pretende-se fazer uso de uma rede de conceitos fortemente conectados uns aos outros.

1.3.2 – Administrativa

Entendido como o ato que veicula norma, comando ou disposição, a decisão estatal pode ser parlamentar, judiciária ou administrativa, a depender de seu órgão prolator. Trata-se de uma classificação da decisão com base no seu elemento orgânico ou formal.

Se o conteúdo ou produto veiculado pela decisão for imperativo¹¹⁶, geral e abstrato, trata-se de norma jurídica. Se, ao contrário, for singular ou concreto, bem como unilateral no sentido de heterônomo, trata-se de comando ou disposição. Se o comando ou disposição decorrem de predeterminação contida em norma, trata-se de provimento. Se, ao contrário, forem resultado de escolha da autoridade competente contida em sua margem de apreciação, seja ela discricionária ou cognitiva, trata-se de medida.

Sendo o produto ou conteúdo de uma decisão, a medida, ao contrário desta, não é parlamentar, judiciária ou administrativa, uma vez que a classificação pelo elemento orgânico se refere ao ato que a veicula. A medida, contudo, pode ser classificada não pelo ato que a veicula, mas por si mesma, ou seja, pelo conteúdo que é. Pode-se cogitar, por exemplo, a classificação em medidas ampliativas ou restritivas de faculdades dos particulares.

No título desta tese, contudo, o adjetivo “administrativa” não é propriamente uma classe, mas sim um pleonismo, conveniente para maior clareza. Como a classificação pelo elemento orgânico não se adequa à medida, fica evidente que o adjetivo foi utilizado em sentido material¹¹⁷ para destacar o aspecto singular ou concreto da providência, e não apenas de seus objetivos ou da decisão que a põe.

Assim, torna-se mais claro que foram excluídas do âmbito do estudo medidas estatais que, a despeito de seus objetivos intensamente contingentes e conjunturais, são

¹¹⁶ Ainda que se trate de norma que faculta ou permite, ela é imperativa no sentido de que proíbe que alguém desrespeite a decisão do sujeito de direito de se valer da faculdade ou permissão derivada da norma.

¹¹⁷ Sobre a distinção entre os atos estatais pelo aspecto material ou funcional, e não apenas orgânico ou formal: FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 22-28. COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 25-26, 158-161, 165, 370-371 e 382-384.

veiculadas por normas dotadas de certo teor de generalidade e abstração¹¹⁸, que coincidem com o conceito diverso de lei-medida, bem esclarecido por Luiz Henrique Antunes Alochio:

Quando foi enunciado o conceito de leis-medida, não se preconizava uma contraposição entre atos gerais e abstratos, e atos especiais e concretos. Pressupunha-se, sim, a admissão de dois tipos de leis: uma tendente a ordenar a vida social, através de critérios de justiça, e aquelas outras que se consubstanciavam já em pura *actio*. A distinção não se operava na averiguação de uma relação geral/abstrato ou especial/concreto, mas, isto sim, em saber se a lei era *razão* de agir, ou se já seria a própria *ação*.¹¹⁹

A título de exemplo, a Medida Provisória nº 1.047, de 2021, que “[d]ispõe sobre medidas excepcionais para a aquisição de bens e a contratação de serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia da covid-19”, é uma lei-medida¹²⁰, pois seu objetivo é acelerar a resposta das entidades públicas aos problemas de saúde pública decorrentes da pandemia, e não simplesmente estabelecer padrões obrigatórios de conduta com base em critérios de justiça. Seu caráter contingente salta aos olhos e a põe em forte contraste com diplomas como um novo Código Civil ou o Estatuto da Cidade, por exemplo. Ainda assim, tal medida provisória veicula um conjunto de normas gerais e abstratas – como a redução pela metade dos prazos ordinários do procedimento licitatório na modalidade de pregão (art. 5º, *caput*) –, de modo que não pode ser considerada uma medida administrativa no sentido dado a esta expressão nesta tese. As leis-medida, portanto, a despeito de seus objetivos intensamente contingentes e conjunturais, são medidas legislativas, e não administrativas. Na verdade, a partir do conceito de medida estipulado nesta tese, nem medidas são, ainda que se encontre na legislação o uso do termo “medida” de modo mais amplo do que o estipulado, para fazer

¹¹⁸ Aplica-se a esta tese a advertência metodológica de Fernando Dias Menezes de Almeida: “Neste estudo, simplificada, estão sendo utilizadas as expressões *generalidade*, *individualidade*, *abstração* e *concretude* como tipos ideais. No entanto, há que se admitir que, na realidade fática, existam graus maiores ou menores dessas características. Adote-se a forma simplificada de abordagem para facilitação da exposição. De todo modo, ainda que se admita essa variedade de graus, em cada situação real, hão de ser encontrados parâmetros práticos suficientes para dizer um ato como geral ou individual e abstrato ou concreto” (Atos administrativos normativos. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 219-236, p. 224). Itálicos do original.

¹¹⁹ *Plano diretor urbano e estatuto da cidade: medidas cautelares e moratórias urbanísticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 121-122. Itálicos do original. Sobre as variações do conceito de lei-medida na doutrina: SPUNTARELLI, Sara. *L'Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 7-9 e 132-134. Em sentido diverso, compreendendo lei-medida como lei em sentido meramente formal: GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 254-255.

¹²⁰ A reflexão não tem relação com a origem presidencial da norma e muito menos com a denominação “medida provisória”. A lei resultante de eventual aprovação da medida provisória sem mudanças significativas também será uma lei-medida. Poder-se-ia dizer o mesmo de diploma legal com o mesmo conteúdo que fosse resultante de projeto de lei de iniciativa parlamentar.

referências ao que pode abranger tanto medidas administrativas quanto leis-medida ou mesmo qualquer outra providência, como se vê no art. 58 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que exige que a prestação de contas apresentada pelo Chefe do Poder Executivo evidencie as “demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições”, que podem incluir leis que instituem ou majoram tributos, e no art. 103, § 2º, da Constituição, que menciona “a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”, abrangendo tanto lei, seja ela lei-medida ou não, quanto ato administrativo¹²¹.

Embora a inserção do adjetivo “administrativa” tenha a desvantagem de mitigar o teor inorgânico do substantivo “medida” no imaginário do leitor – o que a estipulação feita neste item visa minimizar, mas não é capaz de evitar completamente –, a opção por ele se justifica diante da excessiva estreiteza conceitual das alternativas “medida individual”, “medida singular” ou “medida concreta”, que fariam referência incompleta a apenas um específico aspecto do seu âmbito de incidência, ou seja, apenas ao caráter determinado dos destinatários ou da situação sobre os quais se produzem efeitos jurídicos, sendo que qualquer deles indistintamente é suficiente para descaracterizar o aspecto normativo, que depende da presença conjunta dos elementos da generalidade e abstração¹²².

É possível cogitar até mesmo a equiparação às medidas administrativas preordenadas à desapropriação de medidas judiciais que imponham ao proprietário ou titular de um bem efeitos similares, como uma decisão que suspende liminarmente por mais de uma década os efeitos de licença para construir em imóvel inserido em perímetro de terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos sem que sobrevenha sequer a declaração de utilidade pública ou interesse social para que seja providenciada a desapropriação prevista no art. 13 do Decreto nº 4.887, de 2003, ou sentença que julgue improcedente ação reivindicatória com base exclusivamente no art. 1.228, § 4º, do Código Civil, acolhendo o que já foi denominado de “exceção de posse socialmente qualificada”,

¹²¹ Segundo Virgílio Afonso da Silva, “[n]esse dispositivo, *medida* pode significar ao menos duas coisas distintas: uma lei ou uma política pública” (*Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021. p. 584). Itálicos do original.

¹²² COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 151. O autor oferece exemplos interessantes de atos dotados apenas de um dos atributos em questão, seja a generalidade ou a abstração. A doutrina francesa se refere aos atos gerais e concretos como “*décisions d’espèce*”: DEFOORT, Benjamin. *La décision administrative*. Paris: LGDJ, 2015. p. 424-425. A diferença entre generalidade e abstração é descrita em BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001. p. 180-181. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 163, nota de rodapé nº 328. O tema foi tratado em detalhes no estudo sobre lei em sentido formal e lei em sentido material contido em GARCIA, Fernando Couto. *Operação urbana consorciada: regime jurídico e mecanismos de controle*. 2017. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 76-102.

sem exigir previamente o pagamento da indenização prevista no § 5º do mesmo dispositivo, sustentando que ela seria necessária apenas para a transferência registral da propriedade¹²³. Contudo, o enfrentamento desta específica questão dependeria de aprofundamento acerca de sua compatibilidade com os efeitos imunizadores da coisa julgada e da identificação do devedor à luz do art. 302 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a responsabilidade da parte pelo prejuízo decorrente de efetivação da tutela de urgência, questões complexas que ultrapassam o escopo da tese.

1.3.3 – Preordenada

Como constata Benjamin Defoort, “a significação de diversas decisões administrativas poderá ser pormenorizada em função de *relações substanciais* que mantêm entre si; serão assim distinguidas as decisões administrativas que contribuem para concretizar uma outra decisão daquelas que mais precisamente têm a função de executá-las”¹²⁴. Ainda segundo Defoort, as decisões administrativas podem ter relações procedimentais entre elas e se imbricar em procedimentos diferentes, exercendo ou não função preparatória uma da outra¹²⁵.

A preordenação é a conexão entre a medida e sua finalidade, declarada ou implícita, que se relaciona necessariamente a uma projetada desapropriação, que por sua vez será decorrente de decisões administrativas futuras conjugadas com decisões judiciais ou acordos administrativos futuros. Esta finalidade não surge posteriormente; ao contrário, ela compõe a decisão que estabelece a medida e como tal lhe é contemporânea. Há preordenação no sentido de que a destinação da medida é prévia à futura desapropriação, que ainda não ocorreu, e não à própria medida. Medida preordenada é, portanto, sinônimo

¹²³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 158. Se não extrapolasse os §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil – que procura ler de modo autônomo –, esta interpretação o tornaria inconstitucional por permitir expropriação judicial da propriedade sem prévia indenização, violando o art. 5º, XXIV, da Constituição. Ainda assim, o exemplo é válido pois se refere a uma sentença judicial que tenha entendido de modo diverso, tal como fez a doutrina citada.

¹²⁴ *La décision administrative*. Paris: LGDJ, 2015. p. 440. Itálicos do original. Na língua original: “la signification des diverses décisions administratives pourra être précisée en fonction des *relations substantielles* qu’elles entretiennent entre elles (§ 2); seront ainsi distinguées les décisions administratives contribuant à concrétiser une autre décision de celles qui ont plus précisément pour fonction de les exécuter”.

¹²⁵ DEFOORT, Benjamin. *La décision administrative*. Paris: LGDJ, 2015. p. 440. O autor francês alcança alto grau de pormenorização da classificação em razão de sua utilidade para o estudo dos aspectos processuais da justiça administrativa francesa. Embora tenha servido de inspiração para o conceito adotado nesta tese, a constatação não precisa ser detalhada e não há necessidade de tanto rigor na definição dos detalhes da relação procedimental ou substancial entre as decisões, uma vez que estes pormenores não geram, no ordenamento jurídico brasileiro, aplicação de diferentes regimes jurídicos. O objetivo de usar a constatação de Defoort é apenas tornar visíveis relações que, de outro modo, poderiam facilmente passar despercebidas.

de medida predestinada.

Ao mesmo tempo, a própria medida pode ser descrita como a predestinação do bem de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social à futura desapropriação. Assim, as denominações “medida predestinadora” ou “medida preordenadora” também seriam coerentes com o conceito. Da perspectiva do titular do bem atingido, o futuro expropriado, a situação jurídica abordada na presente tese poderia, de modo mais sintético, ser descrita como “predestinação de bem à desapropriação” ou simplesmente “predestinação à desapropriação”. Mantém-se, contudo, a referência à medida administrativa pois ela agrega elementos relevantes ao modo como se dá esta predestinação, evitando que se cogite, por exemplo, de ato de vontade do proprietário que tenha onerado o bem, tema alheio ao presente estudo.

Sob o ponto de vista da autoridade pública, a relação entre a medida preordenada e as decisões futuras é uma relação substancial, uma vez que a desapropriação é fruto de decisões que aplicam a medida preordenada, ainda que, a depender da situação, possa também haver uma acidental ou contingente – ou seja, não essencial – imbricação procedimental ou até inserção em um mesmo procedimento. Nesta tese, estas relações procedimentais não serão detalhadas, por serem desnecessárias para fixar as regras jurídicas aplicáveis ao fenômeno em estudo, mas tão somente mencionadas para esclarecer que sua diversidade não afeta a caracterização da medida. Feito este esclarecimento, convém retornar à conexão objeto deste item.

A finalidade da medida não se confunde com a finalidade como pressuposto ou elemento do figurino legal do ato administrativo, ou seja, como o “fim (...) previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (art. 2º, parágrafo único, *e*, da Lei nº 4.717, de 1965). Ela é, na verdade, a “representação de algo futuro que a vontade pretende realizar”¹²⁶, ou seja, do resultado que o ato visa alcançar, abstraída a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, que é questão a ser analisada no decorrer da tese e não integra o conceito. Em outras palavras, é uma finalidade aferida de modo concreto, e não fixada previamente pela norma como “pressuposto teleológico de regularidade do ato

¹²⁶ JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1, p. 19. Na presente tese, não há referência à vontade para evitar a necessidade de posicionamento sobre sua compatibilidade com a impessoalidade da Administração Pública, tema que não tem repercussão no objeto do estudo. A este respeito, merecem adesão as justificativas pela compatibilidade contidas em PEREZ, Marcos Augusto. O negócio jurídico administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 266-268. Em sentido contrário, opondo vontade e função: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5, p. 55-56 e 159.

administrativo”¹²⁷.

Uma comparação permite iluminar estes dois sentidos de finalidade. A finalidade como pressuposto ou elemento do figurino legal do ato administrativo é comparável à frase atribuída a uma personagem no roteiro de uma peça teatral; são palavras escritas, sem voz que lhes dê vida, mas que expressam o papel do personagem no enredo. Por outro lado, a finalidade concreta da medida administrativa equivale à frase do roteiro falada pelo ator no palco, dotada de tom, volume e compasso, bem como acompanhada de gestual, expressão corporal e facial, e que por vezes pode se afastar do sentido original que apresentava no roteiro, se a interpretação for carregada de ironia ou sarcasmo, o próprio teor do texto for alterado de improviso no palco ou as vestimentas ou aparência do ator sugerirem forte contraste com o texto isoladamente considerado, por exemplo. Todavia, para que seja viável estudar a finalidade concreta de modo doutrinário, mais amplo do que em um estudo de caso, é necessário admitir que a cognição tem por objeto não apenas uma interpretação específica de determinado ator que subiu ao palco para viver aquela personagem em dada oportunidade, mas um estereótipo – entendido como aproximação inevitavelmente simplificadora indispensável para a produção do conhecimento – construído a partir das mais relevantes, emblemáticas e difundidas interpretações do texto frio que constava do roteiro. Ainda assim, em comparação com a frase do roteiro original, o estereótipo da representação que lhe dá vida é bem mais concreto, o que sustenta a diferenciação, ainda que com a ressalva feita acima.

A finalidade concreta não se confunde com o *móvel* do ato, ou seja, a intenção subjetiva do seu autor¹²⁸, frequentemente imperscrutável. Ela é, diversamente, aferível pelo contexto em que proferida a decisão que veicula a medida, bem como por seus elementos ou pressupostos, em especial a motivação. Para tal identificação, não é necessário que a finalidade concreta tenha sido explicitada; na verdade, é possível até mesmo que ela tenha sido dissimulada com o objetivo de justificar a aplicação de regime jurídico diverso, mas estará presente ainda assim, se o contexto, incluindo os antecedentes da decisão que põs a

¹²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5, p. 233.

¹²⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5, p. 237-238. Em sentido contrário, entendendo que a finalidade pode, a depender da hipótese, se confundir com a intenção do autor do ato: DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. A contribuição de Charles Eisenmann na identificação das regras relativas a finalidade dos atos administrativos, com vista a aplicação da teoria do desvio de poder. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme (Coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 631 e 637-639.

medida e a maneira de a implementar, for suficiente para que se constate a dissimulação¹²⁹.

O grau de preordenação da medida, ou seja, de sua conexão teleológica com a desapropriação, é variável. Podem ser consideradas medidas preordenadas à desapropriação não apenas aquelas que pretendem viabilizá-la no sentido de a tornarem possível ou antecipar parcela significativa de seus efeitos, mas também as que visam influir no seu futuro modo de ser, por meio da redução da indenização devida, por exemplo.

1.3.4 – À desapropriação

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a Constituição distinguiria entre desapropriação, que implicaria o dever de indenizar, em dinheiro ou títulos, e expropriação, que ocorreria sem indenização, como na hipótese de imóveis utilizados para culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou em que haja exploração de trabalho escravo (art. 243)¹³⁰.

Por outro lado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta que o art. 243 da Constituição teria utilizado nomenclatura imprecisa, pois a hipótese nele prevista seria confisco, não expropriação, que seria sinônimo de desapropriação e, como tal, pressuporia indenização¹³¹.

Partindo de uma versão atenuada da proposta de Virgílio Afonso da Silva, ou seja, com o objetivo de estipular o sentido dos termos de modo compatível com sua utilização pela Constituição – ao invés de identificar o sentido por ela utilizado, como pretende Virgílio, ou avaliar sua coerência com conceitos já estabelecidos, como fez Manoel Gonçalves Ferreira Filho no trecho acima citado –, chega-se, curiosamente, a resultado mais próximo daquele apresentado por este último.

A Constituição utiliza o termo “expropriação” em sentido amplo, como gênero, abrangendo tanto desapropriação mediante indenização quanto confisco, em que não há indenização. É por isso que, no mencionado art. 243, o texto constitucional estabelece que os bens imóveis em questão serão expropriados sem indenização, tendo sido necessário especificar esta consequência justamente porque o termo utilizado foi o genérico

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 134-135 e 138.

¹³⁰ *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021. p. 221.

¹³¹ *Curso de direito constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 270-271. Em sentido similar, acerca da sinonímia entre desapropriação e expropriação: SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 60. Em sentido similar, entendendo confisco como “perda da propriedade sem indenização”: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 1245.

“expropriadas”, o que não ocorreria se o dispositivo estabelecesse que os bens seriam simplesmente confiscados, tal como fez em seu parágrafo único¹³². A estipulação é compatível com o art. 150, IV, da Constituição, que veda que os tributos tenham “efeito de confisco”. Há ainda a previsão de perdimento ou “perda de bens” como pena criminal (art. 5º, XLV e XLVI, *b*), que é sinônimo de confisco¹³³. Por outro lado, quando se refere a desapropriação ou à ação de desapropriar, a Constituição explícita ou pressupõe a necessidade de indenização (arts. 5º, XXIV, 22, II, 182, §§ 3º e 4º, III, 184, 185 e 216, § 1º), seja em dinheiro ou em títulos de dívida.

A estipulação também é compatível com o Decreto-lei nº 3.365, de 1941, que utiliza o gênero “expropriação” para se referir à espécie “desapropriação” – o que, se não é preciso, ao menos não chega a ser contraditório –, e o Código de Processo Civil, que trata da expropriação como mecanismo de satisfação dos direitos do credor (arts. 523, § 3º, 525, § 6º, 642, § 3º, 674, IV, 824, 825, 843, § 2º, e 875, além do título da Seção IV do Capítulo IV do Título II do Livro II).

Estipulado que expropriação é o gênero, que se divide nas espécies sem indenização (confisco) e com indenização (desapropriação)¹³⁴, cabe compreender melhor o conceito desta última, que integra o título da tese.

¹³² A redação completa do dispositivo é a seguinte: “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. 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.”

¹³³ Também são confisco a perda de bens prevista nos arts. 6º, 12, I e II, e 18 da Lei nº 8.429, de 1992, conhecida como lei de improbidade administrativa, e nos arts. 19, I, e 24 da Lei nº 12.846, de 2013, bem como a apreensão de produtos e instrumentos de crime e infrações administrativas ambientais prevista no art. 25 da Lei nº 9.605, de 1998. A perda de bens e valores prevista como pena restritiva de direitos nos arts. 43, II, e 45, § 3º, do Código Penal e a perda de instrumentos e produtos da prática de crime prevista nos arts. 91, II, e 91-A do Código Penal, no art. 109, II, do Código Penal Militar e nos arts. 122, 124, 124-A, 133, 133-A, § 4º, e 530-G do Código de Processo Penal constituem concretização dos mencionados incisos XLV e XLVI do art. 5º da Constituição. Tendo em vista o ordenamento jurídico português, Fernando Alves Correia também considera a sanção penal de perdimento como confisco (*As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Separata do volume XXIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1982. p. 60). Em sentido contrário, Pontes de Miranda distingue confiscoação e perdimento, considerando que naquela há aquisição do bem confiscado pelo Fisco e neste tão somente a perda do bem pelo condenado (*Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 14, p. 286-289).

¹³⁴ Esta estipulação constitui modificação da nomenclatura utilizada em GARCIA, Fernando Couto. A desapropriação por hasta pública no ordenamento jurídico português e a constitucionalidade da proposta de sua introdução no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, n. 5 e 6, p. 305-325, mar./jun. 2014. p. 315-319. Neste artigo, desapropriação e expropriação foram considerados sinônimos e não foi abordado o confisco. Estipulação similar à feita na presente tese pode ser encontrada em QUADROS, Fausto de. *A proteção da propriedade privada pelo direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 188.

O art. 1.275, V, do Código Civil de 2002 prevê a desapropriação como hipótese de perda da propriedade, tal como fizera o art. 590, *caput*, do Código Civil de 1916. De igual modo, o art. 1.228 do Código Civil de 2002 prevê que a desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, priva o proprietário da coisa.

De maneira coerente com a norma que emana destes dispositivos, Pontes de Miranda afirma que a “desapropriação é a retirada da propriedade com indenização integral”¹³⁵, conceituando-a a partir de sua característica essencial: o efeito que produz sobre a esfera jurídica do seu destinatário. A partir deste conceito simples e direto, pode-se inferir que a concomitante aquisição da propriedade pela entidade pública desapropriante é elemento accidental, que pode ou não ocorrer, tal como sustenta Carlos Ari Sundfeld:

Inexiste fundamento jurídico para, no Brasil, defini-la [a desapropriação] como instrumento restrito à aquisição estatal de bens, do que resulta a negativa de aplicar o procedimento e as garantias expropriatórias quando falte tal aquisição.

Desde logo, por razões terminológicas. Desapropriar é desfazer a apropriação, é privar, é suprimir direitos. Nada no termo induz à idéia de que o instituto seja necessariamente ligado à constituição de direitos em favor do Estado. (...).

Saber se, em virtude da expropriação, o Estado vai ou não enriquecer-se, é questão residual, que não tem relevância na fixação do conceito. O que importa é se o indivíduo vai ou não perder patrimônio, independentemente de saber se o Estado vai ou não adquiri-lo.¹³⁶

Por esta razão, não se adere à crítica de José Cretella Júnior ao conceito de Pontes de Miranda, que seria uma “posição privatística”, uma vez que “*desapropriação é perda e, ao mesmo tempo, aquisição da propriedade; perda sob o ângulo do direito civil (...), aquisição sob a ótica do direito público*”¹³⁷. A posição de Pontes é derivada de perspectiva

¹³⁵ *Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 5, p. 400. Em outros trechos da mesma obra, ele é ainda mais enfático: “A desapropriação não é modo de adquirir, é modo de perder a propriedade” (p. 418); “O que sofre a desapropriação nada tem com a futura titularidade do direito” (p. 421); “O que é preciso é que nunca se perca de vista que a desapropriação, em si, tira – não dá” (p. 423); “pode dar-se o caso de desapropriação sem que o Estado, ou alguém, individualmente adquira” (p. 435); “Alguns juristas deixam escapar que a desapropriação tem como efeito principal, que corresponde, outrossim, à sua natureza, a transferência da propriedade. Mas tal conceituação é de repelir-se: o efeito de aquisição é posterior, ainda logicamente; a desapropriação tira a propriedade a alguém, é causa de perda da propriedade, e não de perda e aquisição por outrem” (p. 522).

¹³⁶ Revisão da desapropriação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 192, p. 38-48, abr./jun. 1993. p. 41-42. Em obra anterior, o autor já registrara: “Nem sempre a desapropriação importa em aquisição de algum bem pelo Estado. Na expropriação da licença de construir, apenas se extingue o direito do particular, sem sua incorporação ao patrimônio público. Por isto, parece mais adequado dizer que, através da desapropriação, se afeta um direito ao interesse público ou social, o que se pode dar de duas formas: incorporando-o ao patrimônio público ou proibindo seu exercício” (*Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 14).

¹³⁷ *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1, p. 70. Itálicos do original. Em outro trecho da mesma obra, o autor afirma que “o *direito civil* não rege, de modo algum, a *desapropriação*” (p. 20). Itálicos do original. Em outro volume, repete a reflexão sobre as duas óticas (v. 2, p. 257). Manoel de Oliveira Franco Sobrinho apresenta conceito similar: “Desapropriar, assim, é desapossar, tirar a coisa do

ex parte populi, coincidente com a adotada nesta tese e leva em conta que a “significação de um enunciado é indissociável da identificação de seu destinatário”¹³⁸; saber se ela é privatística ou publicística é questão de menor importância, pois não convém medir a consistência do conceito por sua aderência ao conjunto de lugares comuns que forma a ideia do que é ser “publicístico”, ainda que a crítica seja perfeitamente compreensível à luz da concepção metodológica dominante ao tempo em que escreveu Cretella Júnior, que dava grande importância à autonomia do direito administrativo¹³⁹.

Por ser efeito – a perda do bem expropriado –, a desapropriação é resultado do procedimento, mas não se confunde com ele¹⁴⁰.

Dando seguimento ao raciocínio, Pontes de Miranda sustenta que “desapropriar não é só atingir o poder de dispor. Desapropria-se mesmo se se deixa a propriedade ao titular do direito, como, por exemplo, se só se lhe tira o uso.”¹⁴¹ O conceito é coerente com o art. 5º, XXIV, da Constituição, que não exige a aquisição do bem desapropriado pela entidade pública¹⁴².

domínio privado, passando-a ao público”, de modo que a “certeza jurídica expropriatória está em que a propriedade particular forçadamente passará ao domínio público (*Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19 e 455). Odete Medauar, apesar de definir a desapropriação como “a retirada, pelo poder estatal, de bem de um patrimônio, para satisfação do interesse público” (p. 19), de modo compatível com o conceito de Pontes de Miranda, posteriormente sustenta que uma “das consequências da desapropriação é a transladação do domínio” (*Destinação dos bens expropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 85), o que a aproxima do posicionamento de Cretella Júnior e Franco Sobrinho. Mais recentemente, a aquisição do bem é elemento do conceito de desapropriação de Vinícius Monte Custodio (*Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 241), que considera aplicável a outras ablações da propriedade a nulidade decorrente da garantia constitucional de permanência da propriedade e o regime da responsabilidade civil por atos lícitos (p. 150), tema que será abordado, ainda que de modo breve, no capítulo 3 da presente tese.

¹³⁸ DEFOORT, Benjamin. *La décision administrative*. Paris: LGDJ, 2015. p. 218. Na língua original: “La signification d’un énoncé est indissociable de l’identification de celui ou ceux à qui il est adressé.”

¹³⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 8-9. Sobre o caráter ambíguo e exagerado da suposta autonomia do Direito Administrativo: EISENMANN, Charles. Un dogme faux: l’autonomie du droit administratif. In: CORTIÑAS-PELAEZ, Leon (Org.). *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX: homenaje a Enrique Sayagues-Laso*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969. v. 4, p. 419-438.

¹⁴⁰ Definindo a desapropriação como procedimento: SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 14 e 19. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 447. MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3. p. 423 e 445-446. CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1, p. 21. Em outros trechos da mesma obra, este último autor define a desapropriação como “ato de direito público” (p. 28), “ato de império” (p. 29), “operação complexa” (p. 30) e “processo” (p. 30). Em outra obra, ele optou pela definição como “procedimento complexo de direito público” (*Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 569). A pluralidade de conceituações é destacada em MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens expropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 24-25.

¹⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 5, p. 401.

¹⁴² PINHEIRO, Renata Peixoto. *Desapropriação para fins urbanísticos em favor de particular*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 114.

Se a desapropriação resulta em aquisição do bem por entidade pública, Pontes de Miranda a denomina *transdesapropriação*¹⁴³. Nesta tese, a expressão utilizada será desapropriação translativa, que inclui aquelas para destinação do bem adquirido ao uso comum do povo (art. 99, I, do Código Civil), como na hipótese de abertura de vias ou logradouros públicos (art. 5º, *i*, do Decreto-lei nº 3.365, de 1941).

Por outro lado, se a desapropriação, mesmo constituindo perda total ou parcial das utilidades que integram o bem, não implica aquisição de sua titularidade pela entidade expropriante, ela será denominada desapropriação meramente ablativa ou, por elipse, desapropriação ablativa.

A estipulação destes dois conceitos – desapropriação translativa e desapropriação ablativa – deriva do reconhecimento de que não há nomenclatura consagrada na doutrina nem na jurisprudência para distingui-los. A desapropriação ablativa já foi chamada de desapropriação material que, ao lado da desapropriação de fato (ou apossamento administrativo), integraria o gênero das desapropriações anômalas¹⁴⁴. Foi denominada desapropriação indireta regulatória que, ao lado da *desapropriação indireta-esbulho*, integraria o gênero das desapropriações indiretas¹⁴⁵, o que é inconveniente pois esta expressão é usada pela jurisprudência (por exemplo, pelas Súmulas 114 e 119 do Superior Tribunal de Justiça) e pela legislação (arts. 15-A, § 3º, e 27, § 3º, II) para fazer referência à conversão em indenização da pretensão reivindicatória de bem imóvel em que tenha sido realizada obra pública intangível. Mais recentemente, foi chamada de “desapropriação à brasileira”¹⁴⁶, denominação incoerente com a circunstância de que ela existe em diversos ordenamentos jurídicos e não é uma peculiaridade nacional. Segundo Fernando Alves Correia, a distinção foi elaborada pela doutrina e jurisprudência alemãs e posteriormente incorporada em diversos outros ordenamentos jurídicos, como o português, o italiano e o francês, bem como ao Direito Internacional e à jurisprudência da Corte Europeia de

¹⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 5, p. 405.

¹⁴⁴ SÉ, João Sento. Desapropriações anômalas. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 152, p. 27-44, abr./jun. 1983. p. 37.

¹⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Limitações administrativas e a sua excepcional indenizabilidade. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de polícia na atualidade: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 115-120.

¹⁴⁶ HEINEN, Juliano. Limitações administrativas e o conteúdo econômico da propriedade: uma “desapropriação à brasileira”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012.

Direitos do Homem sobre a Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁴⁷. A nomenclatura por ele utilizada é assim descrita:

Como é sabido, é possível distinguir dois sentidos de expropriação: a expropriação em “*sentido clássico*” ou “*expropriação clássica*” (...) e a *expropriação de sacrifício* (...), também designada *expropriação substancial* ou *larvada*. A primeira pode ser definida como um acto de privação ou de subtração de um direito de conteúdo patrimonial e na sua transferência para um sujeito diferente, para a realização de um fim público. (...).

A segunda caracteriza-se por uma *destruição* ou uma *afecção essencial* de uma posição jurídica garantida como propriedade pela Constituição, à qual falta, porém o *momento translativo do direito*, bem como a relação tripolar: entidade expropriante – expropriado – beneficiário da expropriação. Estamos perante actos do poder público cujo escopo não é o da aquisição de um bem para a realização de um interesse público, mas que produzem modificações *especiais* e *graves* na *utilitas* do direito de propriedade e que devem ser qualificados como “expropriativo” e, conseqüentemente, ser acompanhados da obrigação de indemnização.¹⁴⁸

Esta nomenclatura não será adotada por conflitar com o uso amplo que a doutrina brasileira faz do termo sacrifício, considerando-o como gênero de que a desapropriação translativa seria espécie¹⁴⁹, equivalente à desapropriação¹⁵⁰ ou até mesmo abrangente de restrições gerais e abstratas que não pressupõem indenização¹⁵¹.

Em suma, na desapropriação translativa há transferência da titularidade da bem, seja para o expropriante ou outro beneficiário da expropriação, e na desapropriação ablativa não existe tal transferência. A distinção tem seus limites. Embora a desapropriação

¹⁴⁷ *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Separata do volume XXIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1982. p. 37-39 e 77-80. Posteriormente, o autor atualiza e aprofunda a exposição no texto *A indenização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance*. *Revista de legislação e de jurisprudência*. Coimbra, n. 3966, p. 156-158, 2011.

¹⁴⁸ *A indenização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance*. *Revista de legislação e de jurisprudência*. Coimbra, n. 3966, p. 156, 2011. Convém o alerta de que desapropriação por sacrifício e indenização por sacrifício não são, para o autor, expressões sinônimas. A nomenclatura lembra aquela adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, 544 U.S. 539 (2005), que distingue entre “classic taking” (expropriação clássica) e “regulatory taking” (expropriação regulatória).

¹⁴⁹ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Limitação e sacrifícios de direito: o conteúdo e as conseqüências dos atos de intervenção da administração pública sobre a propriedade privada*. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 7, p. 52, 2003. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 354-356. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do estado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 17, 38, 82, 138, 144-145 e 159-160.

¹⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 86-87 e 95-101. O autor ressalva que a requisição extraordinária prevista no art. 5º, XXV, da Constituição também é sacrifício de direito, mas excepcionalmente se submete a regime distinto (p. 111-112).

¹⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 7, p. 242.

translativa também seja ablativa, pois a privação precede a aquisição (ou se dá em conjunto com ela), a denominação permanece útil por propiciar ênfase à ablação. Ademais, como já dito, trata-se de elipse de “desapropriação meramente ablativa” ou “desapropriação exclusivamente ablativa”.

A desapropriação ablativa pode se dar por aniquilação, em que o conteúdo econômico do bem é esvaziado completamente, remanescendo na esfera jurídica do proprietário tão somente sua carcaça exterior, ou por excisão, em que apenas alguns elementos típicos – ou melhor, utilidades – do bem são retirados, ou seja, extraídos, entalhados, de modo que ela subsiste, mesmo mutilada. Como afirma Carlos Ari Sundfeld:

Assim como atinge quaisquer direitos patrimoniais, a desapropriação pode colhê-los em qualquer grau, é dizer, total ou parcialmente, temporária ou definitivamente. A extinção do direito é apenas o caso mais frequente na realidade cotidiana, mas não é o único juridicamente concebível.¹⁵²

Em termos rigorosos, a desapropriação ablativa não deixa de ser também uma desapropriação translativa de um bem constituído por utilidade destacada de outro bem, fenômeno de fácil percepção no caso de bens imóveis, em que a legislação prevê a possibilidade de fragmentação da propriedade plena em direitos que são também bens, tal como direito de superfície, usufruto ou servidão¹⁵³. São duas maneiras distintas de ver a diferença: uma a partir da lâmina que faz a ablação, em que fica destacada a parcialidade da perda sofrida pelo destinatário da medida, e outra a partir do pedaço destacado encarado como novo bem, em que fica destacada sua nova titularidade.

Portanto, tem razão Carlos Ari Sundfeld ao defender um conceito unitário de desapropriação por constatar que a concepção restritiva – que entende que a aquisição do bem por entidade pública seria traço essencial do conceito – “peca por imaginar que a expropriação disfarçada seja uma categoria jurídica e não apenas isto: uma expropriação disfarçada”¹⁵⁴.

Mesmo com a consciência da relatividade da distinção, a comodidade proporcionada pela classificação permanece, por permitir rápida referência a conceitos que foram construídos na doutrina e na jurisprudência de modo distinto e que suscitam controvérsias e debates também distintos.

A desapropriação referida no título da presente tese é principalmente a

¹⁵² Revisão da desapropriação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 192, p. 42, abr./jun. 1993.

¹⁵³ Lafayette Rodrigues Pereira chama esta possibilidade de “decomposição do domínio” (*Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 106-108).

¹⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 90.

desapropriação translativa, porque as medidas identificadas na introdução – e que serão detalhadas no item seguinte – têm por finalidade influir em algum aspecto da futura aquisição na forma do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, seja na qualificação do bem como de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social ou no montante da indenização que é requisito de validade da perda patrimonial do destinatário do ato. Esta será a situação de ocorrência mais frequente. Contudo, não foram excluídas as desapropriações ablativas, porque o regime jurídico é o mesmo e há medidas que podem ser consideradas preordenadas a esta classe de desapropriações, como o tombamento provisório previsto no art. 10 do Decreto-lei nº 25, de 1937, na hipótese de o tombamento definitivo constituir supressão de alguma utilidade do bem tombado.

Contudo, deve ser excluído do conceito de desapropriação a impropriamente chamada “desapropriação indireta”, ou seja, a conversão em indenização da pretensão reivindicatória de bem imóvel em que tenha sido realizada obra pública, que é considerada intangível. A denominação “desapropriação indireta” é imprópria. Não se trata de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, por não ser precedida do pagamento de justa indenização. Ao contrário do que por vezes registra a doutrina¹⁵⁵, a desapropriação não é fato gerador do dever de indenizar. Na verdade, não há propriamente dever de indenizar¹⁵⁶, mas sim ônus de fazê-lo para que seja preenchido o suporte fático da norma que permite a desapropriação, como destaca Pontes de Miranda:

A indenização é pela desapropriação, pela perda que se vai dar. No direito brasileiro, tal prestação é prévia; é pressuposto da desapropriação, e não consequência: não se presta a indenização, porque se tirou a alguém o bem; e, sim, porque se lhe vai tirar; tem-se de prestar, para que se componha o suporte fático, para que a regra jurídica da extinção da propriedade do desapropriando incida sobre ele e a transcrição da sentença, tratando-se de bem imóvel, produza a *perda*. Não há, propriamente, obrigação de indenizar.¹⁵⁷

Não tendo o expropriante se desincumbido deste ônus, não há desapropriação¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Por exemplo: MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3, p. 424.

¹⁵⁶ Apesar deste entendimento, será mantido o uso da expressão “dever de indenizar”, por ser consagrado, evitando-se sua desnecessária substituição por “ônus de indenizar”.

¹⁵⁷ *Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 5, p. 471. Itálicos do original. Em sentido similar, referindo-se, respectivamente, a “pressuposto necessário” e “condição de legitimidade da medida ablativa”: CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 2, p. 121 e 255-256. SUNDFELD, Carlos Ari. Revisão da desapropriação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 192, p. 48, abr./jun. 1993.

¹⁵⁸ Em sentido similar, considerando que não há desapropriação propriamente dita se ela não foi “precedida de declaração de utilidade pública ou de interesse social e do competente processo judicial”: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Limitações administrativas e a sua excepcional indenizabilidade. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de polícia na atualidade*: anuário do Centro de Estudos de

O mero desapossamento administrativo, que é ilícito, também não implica perda da propriedade, salvo a partir de eventual consumação da usucapião, modalidade de perda da propriedade que não se confunde com a desapropriação. A realização da obra deveria tão somente atrair, a depender da hipótese, a incidência do art. 1.255, parágrafo único, ou dos arts. 1.258 e 1.259 do Código Civil, acerca da acessão invertida, que dispõem:

Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

(...)

Art. 1.258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção.

Art. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.

Estes dispositivos, em verdade, estabelecem hipóteses de expropriação privada¹⁵⁹ e são perfeitamente aplicáveis à Administração Pública, uma vez que o Decreto-lei nº 3.365, de 1941, não dispõe em sentido contrário, limitando-se a estabelecer regras sobre juros e honorários de sucumbência para a impropriamente denominada desapropriação indireta (arts. 15-A, § 3º, e 27, § 3º, II). O art. 1.255, parágrafo único, do Código Civil deixa claro que a aquisição se dá “mediante pagamento da indenização”, ou seja, ela deve

Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 115.

¹⁵⁹ Neste sentido, referindo-se à sua interpretação do Direito Romano, que reconhece ser contrária aos manuais de sua época: JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1, p. 348-349. A edição alemã é de 1877.

ser prévia¹⁶⁰. Os arts. 1.258 e 1.259 do Código Civil não fazem tal exigência em atenção à especial circunstância da construção ter sido feita em terreno próprio e, de boa-fé, ter invadido inadvertidamente o terreno alheio. Ainda assim, a aquisição da propriedade só pode se dar após o pagamento da indenização, por força do art. 5º, XXIV, da Constituição, que é aplicável à hipótese, razão pela qual os dispositivos devem ser interpretados de modo conforme à Constituição.

Considerando que o conceito de desapropriação adotado na presente tese é centrado na perda da propriedade, e não em sua aquisição por entidade pública, ele pode ser utilizado para explicar situações previstas no Direito Privado, conforme as acima mencionadas. Isto não constitui inovação alguma. Além da referência já feita a Jhering, no século XIX o italiano Enrico Cimbali, conceituava como desapropriação certas hipóteses de servidão legal¹⁶¹, que o proprietário da coisa dominante adquire mediante indenização. No Brasil, o conceito é utilizado por San Tiago Dantas para tratar dos direitos de vizinhança onerosos, que hoje encontram amparo mais claro no art. 1.278 do Código Civil, que prevê explicitamente a possibilidade de substituir a tutela específica do direito do vizinho se contrapor ao uso anormal da propriedade por indenização, se “as interferências forem justificadas pelo interesse público”. Ainda na vigência do Código Civil de 1916, ensinava o referido autor:

Casos inequívocos, e todos de *indenização necessária*, isto é, absolutamente indispensáveis ao exercício do direito, são os dos artigos 559 (passagem forçada), 567 (aquedutos) e 579 (madeiramento em parede-meia) do Código Civil. Os direitos de vizinhança que emergem desses artigos não se estabelecem sem que o beneficiário previamente indenize ao dono do prédio vizinho pela verdadeira diminuição patrimonial que ele vai sofrer. (...).

(...).

Que caráter têm essas indenizações? (...) as indenizações em causa são em tudo análogas às das expropriações, de que tomam, não só a índole, mas certas peculiaridades.

Esse cunho expropriativo convém grandemente à iniludível semelhança entre os direitos de vizinhança que nos ocupam e as servidões

¹⁶⁰ Como afirma Vinicius Monte Custodio, “a acessão inversa não tem efeitos retroativos e o pagamento da indenização não tem efeitos declaratórios, mas constitutivos” (*Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 128)

¹⁶¹ CIMBALI, Enrico. *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*. Torino: Unione, 1885. p. 195. Em sentido similar, em relação à servidão de passagem: JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1, p. 346. Enrico Cimbali não é autor desconhecido da doutrina brasileira. A obra aqui mencionada é citada, por exemplo, em LEITE, Solidonio. *Desapropriação por utilidade pública*. Rio de Janeiro: J. Leite, 1921. p. 8. Atualmente, Antonio Gambaro considera que tais hipóteses previstas na legislação civil e a expropriação por utilidade pública são espécies do mesmo gênero, o das transferências coativas: *La proprietà, beni, proprietà, possesso*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2017. p. 568 e 572-573.

(...).¹⁶²

(...) Igual sufrágio nos dá o exame da lei civil, bastando atentar em dois ou três pontos fundamentais. O primeiro deles é a anterioridade da indenização, traço característico da doutrina da desapropriação, e que mostra como o legislador teve em mira reparar sobretudo a lesão do direito, a diminuição imposta à propriedade.

(...)

De quanto fica exposto, retenhamos duas conclusões fundamentais:

1.^a – que os direitos de vizinhança onerosos não são constituídos diretamente pela lei, mas esta apenas permite que um proprietário os adquira mediante indenização;

2.^a – que esta indenização corresponde a uma verdadeira expropriação, feita em benefício de um prédio, o que vale dizer uma expropriação no interesse de um particular.¹⁶³

O conceito não foi totalmente esquecido pela doutrina civil atual, que atribui “natureza expropriativa”, por exemplo, à ampliação da servidão para atender “necessidades da cultura, ou da indústria”, mediante indenização, como previsto no art. 1.385, § 3º, do Código Civil¹⁶⁴.

Em boa parte destas expropriações privadas reguladas pelo Código Civil¹⁶⁵, a exigência de boa-fé é logicamente incompatível com medidas administrativas que lhe sejam preordenadas. Ainda assim, é possível cogitar da possibilidade de entidade pública pretender a instituição de servidão em seu favor, com base no Código Civil, mediante indenização prévia, e adotar medida administrativa preordenada a esta instituição, que seria subsumível ao conceito em estudo nesta tese.

¹⁶² DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 256-257. Itálicos do original.

¹⁶³ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 261-262. Outras considerações de interesse sobre esta natureza expropriativa podem ser encontradas nas p. 264 e 272 da mesma obra.

¹⁶⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 299.

¹⁶⁵ Mesmo sem a pretensão de esgotar as hipóteses previstas no Código Civil, podem ser mencionadas as seguintes: a especificação do art. 1.271; a confusão, comissão e adjunção do art. 1.272, § 2º; a servidão de aqueduto do art. 1.293; o ressarcimento de benfeitorias ao possuidor de boa-fé para que haja concentração de posse no proprietário, previsto no art. 1.220; e a acessão da plantação pelo proprietário de má-fé dos arts. 1.254 e 1.256. Também há outras situações similares previstas em outras leis, como a retirada de circulação de obra pelo autor prevista no art. 24, V e VI, e § 3º, da Lei nº 9.610, de 1998, e a licença compulsória de patente por emergência nacional ou interesse público prevista no art. 73, § 6º, da Lei nº 9.274, de 1996, cuja remuneração é fixada com base no art. 5º, § 3º, do Decreto nº 3.201, de 1999, renumerado pelo Decreto nº 4.830, de 2003. Uma destas hipóteses, a servidão de aqueduto, foi tratada como hipótese de sacrifício de direito, distinto da desapropriação, em SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jachinto Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Servidão de aqueduto em imóvel público. *Revista de direito administrativo contemporâneo*. São Paulo, v. 2, p. 41-51, set./out. 2013. A distinção é desnecessária para fundamentar a conclusão dos autores de que é possível que a servidão de aqueduto onere imóvel público, uma vez que, mesmo sendo desapropriação, a ela não se aplica a proibição do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, que só rege as desapropriações por utilidade pública nas quais o expropriante exerce função pública, ainda que por delegação (art. 3º do mesmo diploma legal). San Tiago Dantas entende a indenização devida pelo aqueduto como de cunho expropriativo (*O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 259).

1.4 – Identificação de medidas administrativas preordenadas à desapropriação no ordenamento jurídico brasileiro

1.4.1 – Análise das medidas identificadas antecipadamente na introdução da tese

Na introdução desta tese, foram apresentados os seguintes exemplos, no ordenamento jurídico brasileiro, de medidas administrativas preordenadas à desapropriação:

a) destinação de áreas à implantação de projetos viários prioritários no Município de Belo Horizonte (art. 113 e anexos IV e XII do Plano Diretor – Lei Municipal nº 11.181, de 2019);

b) alcance de bem imóvel por projeto aprovado de alinhamento no Município de Rio de Janeiro (art. 29 da Lei Estadual nº 1.574, de 1967, do extinto Estado da Guanabara, recepcionada com status de lei municipal e art. 113, parágrafo único, do Decreto Municipal nº 322, de 1976);

c) alcance de bem imóvel por plano de melhoramento público no Município de São Paulo no período de vigência da Lei Municipal nº 10.671, de 1988, revogada pelo atual Código de Obras (Lei Municipal nº 16.642, de 2017);

d) limitações decorrentes da criação de unidades de conservação da natureza, e eficazes desde logo, que proíbem ou inviabilizam a exploração econômica dos bens imóveis inseridos em seu perímetro, quando a implantação da unidade depende de desapropriação por força dos arts. 9º, § 1º, 10, § 1º, 11, § 1º, 12, § 2º, 13, § 2º, 17, § 1º, 18, § 1º, 19, § 1º, ou 20, § 2º, da Lei nº 9.985, de 2000.

Todas estas medidas incidem sobre bens específicos e determinados, identificáveis por descrição perimétrica ou representação cartográfica da área atingida pelo projeto, plano ou unidade de conservação.

A circunstância da medida administrativa *a)* ser veiculada por lei em sentido formal não a descaracteriza como tal, pois a lei é apenas a decisão parlamentar que põe a referida medida, que é singular e concreta, por ser aplicável apenas a pessoas e situações determinadas ou determináveis.

O comando é concreto porque se refere a situações determinadas, vale dizer, a ocupação de um conjunto finito de bens imóveis, conhecidos de antemão pela autoridade

dotada de poder de decisão¹⁶⁶. Pouco importa que esta situação seja desdobrável em diversos comportamentos em tempos distintos, uma vez que a influência de um ato em atos futuros não é apanágio exclusivo daqueles que veiculam normas abstratas. Ao contrário, uma sentença judicial que condena o réu locatário a pagar ao autor locador determinada quantia a título de aluguéis atrasados serve de fundamento para diversos atos executivos futuros (por exemplo, penhora, leilão e arrematação do bem penhorado), mas nem por isso se torna abstrata, pois é referente a uma situação específica em termos de tempo e espaço: a locação de certo bem por determinado período. De igual modo, a possibilidade de dois ou mais indeferimentos de licença para construir distintas edificações no mesmo imóvel não caracteriza abstração do comando que os embasa, uma vez que esta característica deve ser identificada no próprio comando em questão, e não na possibilidade de provimentos futuros que o executem ou complementem. A destinação de áreas à implantação de projetos viários prioritários, analisada em si mesma, é aplicável a situações específicas determináveis de antemão, quais sejam, aquelas que impliquem a edificação nos bens imóveis inseridos no anexo IV do Plano Diretor do Município de Belo Horizonte. No esquema “se A é, B deve ser”, o elemento A é um conjunto finito e determinado de bens imóveis e o elemento B é um par de limites de edificação descritos no anexo XII do mesmo diploma legal: “a área total edificada é limitada a 1.000 m²” e a “altura máxima da edificação é limitada a 8,0 m”, ainda que os parâmetros da zona em que o terreno está inserido sejam mais permissivos. Não existe, neste esquema, qualquer elemento de generalidade, razão pela qual não se está diante de norma, mas sim de comando.

Além de concreto, o comando é singular, pois embora os proprietários, posseiros ou detentores de outros direitos reais ou pessoais sobre os bens não tenham sido nomeados, eles também são determináveis de antemão, ou são sucessores destes, o que não elimina a singularidade. A mera possibilidade de sucessão, total ou parcial, não é capaz de tornar geral um ato singular; não fosse assim, até os contratos e os lançamentos tributários seriam considerados dotados de generalidade. Os sucessores não são destinatários originais do comando; só passam a ser após a sucessão, de modo que a determinação do âmbito pessoal de incidência não é afetada por tal modificação subjetiva.

Como visto, a circunstância de a autoridade decisória ser um parlamento, ao invés de um administrador público, não descaracteriza a medida. Sendo singular e concreta, ela é

¹⁶⁶ Sobre o caráter concreto da medida referente tanto a comportamentos determinados quanto a comportamentos futuros identificáveis de antemão: SPUNTARELLI, Sara. *L'Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 95.

medida administrativa. A previsão de utilização do bem em um projeto viário não deixa dúvida de que há uma projetada desapropriação, em função da qual a medida foi adotada. A limitação à edificabilidade nos imóveis tem por efeito prático reduzir seu valor de mercado e, por consequência, a indenização que será paga pelo expropriante como pressuposto da desapropriação. Portanto, a medida administrativa é preordenada à desapropriação.

Por fim, a destinação do bem à implantação de projeto viário prioritário é unilateral, ou seja, não depende da anuência do destinatário da medida, e resultado de juízo inserido no âmbito de uma margem de apreciação da autoridade pública, ou seja, não é mero provimento, e sim medida.

Aplica-se o mesmo raciocínio à medida *d*), ou seja, às limitações decorrentes da criação de unidades de conservação da natureza sobre os imóveis inseridos em seu perímetro, caso esta criação se dê por lei. O art. 22 da Lei nº 9.985, de 2000, exige apenas que a unidade de conservação seja criada “por ato do Poder Público”. Interpretando este dispositivo, José Eduardo Ramos Rodrigues aponta que “as Unidades de Conservação podem originar-se de atos administrativos infralegais, tais como decreto, portaria, resolução”, mas que “[n]ada impede (...) que se utilize lei específica”¹⁶⁷. Na introdução, foi citada como exemplo a Lei Estadual nº 15.979, de 2006, do Estado de Minas Gerais, que criou a Estação Ecológica do Cercadinho, em Belo Horizonte. A ele pode-se acrescentar a Lei Estadual nº 7.826, de 2017, do Estado do Rio de Janeiro, que criou o Refúgio de Vida Silvestre Estadual da Serra da Estrela, localizado em área espalhada pelos territórios dos municípios de Duque de Caxias, Petrópolis e Magé. Seja criada por lei, decreto ou outro ato infralegal, a unidade de conservação deve ter “limites definidos” (art. 2º, I, da Lei nº 9.985, de 2000), o que demonstra seu caráter singular e concreto, por serem determináveis de antemão os imóveis atingidos e seus proprietários.

As medidas *b*) e *c*) são veiculadas por decisão administrativa e se assemelham muito à medida *a*).

Em relação ao plano de melhoramento público previsto na legislação do Município de São Paulo – medida *c*) –, convém abordar seu perfil jurídico atual, decorrente do Código de Obras (Lei Municipal nº 16.642, de 2017). Apesar de ter suavizado o regime

¹⁶⁷ *Sistema nacional de unidades de conservação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p 88-89. O § 1º do citado art. 22, que mencionava “lei de criação” da unidade, foi vetado pelo Presidente da República por violação ao art. 225, § 1º, III, da Constituição. Segundo as razões do veto, a “definição dos espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos é da competência tanto do Poder Executivo, como do Poder Legislativo, indistintamente, sendo que tão-somente a alteração e a supressão desses espaços e componentes protegidos dependem de autorização do Poder Legislativo mediante lei.”

da revogada Lei Municipal nº 10.671, de 1988, restringindo o início da eficácia limitativa do plano de melhoramento à declaração de utilidade pública ou interesse social para fins de desapropriação, o Código de Obras só permite “a execução de qualquer obra, a título precário, (...) não sendo devida ao proprietário qualquer indenização pela benfeitoria ou acessão quando da execução do melhoramento público” (art. 105, § 1º). Trata-se de exercício antecipado da faculdade discricionária prevista no art. 26, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, que estabelece que as benfeitorias úteis feitas após a declaração de utilidade pública¹⁶⁸ somente serão indenizadas quando previamente autorizadas pelo expropriante. A legislação municipal de São Paulo proibiu ao Poder Executivo Municipal que conceda esta autorização, em norma que constitui autolimitação da faculdade discricionária prevista na legislação federal.

Como a eficácia desta medida é decorrente da declaração de utilidade pública ou interesse social, ela não seria considerada medida preordenada à desapropriação no ordenamento jurídico italiano. Contudo, o estudo da legislação e jurisprudência italianas serviu como inspiração para que fosse traçado um conceito específico para o ordenamento jurídico brasileiro, o que foi feito neste capítulo. Uma vez traçado tal conceito, não deve haver apego às peculiaridades do regime italiano.

A proibição de autorização para realização de benfeitorias úteis em imóveis específicos atingidos por plano de melhoramento público é ato unilateral, decorrente de exercício de margem de apreciação pelo legislador municipal, não constituindo mero provimento nem execução de decisão anterior, tem natureza administrativa por ser singular e concreta e tem por finalidade a redução de potencial indenização na projetada desapropriação, ou seja, é medida administrativa preordenada à desapropriação. Sua intensidade foi reduzida pelo Código de Obras de 2017, mas o comando não perdeu sua natureza nem características.

Por fim, convém notar que tanto os planos de melhoramento paulistanos quanto os projetos de alinhamento cariocas e projetos viários prioritários belo-horizontinos incidem sobre lotes, legalmente definidos como terrenos servidos de infraestrutura básica (art. 2º, § 4º, da Lei nº 6.766, de 1979, incluído pela Lei nº 9.785, de 1999), inclusive “vias de

¹⁶⁸ Na verdade, a lei diz “após a desapropriação”, mas o sentido do texto é “após a declaração” (FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 330. CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 2, p. 136. SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 108), pois depois da perda da propriedade não faria qualquer sentido cogitar benfeitoria feita pelo expropriado. A mesma regra é aplicável à declaração de interesse social por força da remissão feita pelo art. 5º da Lei nº 4.132, de 1962.

circulação” (art. 2º, § 5º, do mesmo diploma legal, na redação da Lei nº 11.445, de 2007), bem como “destinados a edificação” (art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.766, de 1979), e não meras glebas indivisas desprovidas de infraestrutura viária cuja implantação seria ônus legalmente atribuído ao loteador (art. 2-A do mesmo diploma legal)¹⁶⁹.

1.4.2 – Análise sobre a previsão de medidas similares na legislação local de Curitiba e do Distrito Federal

Como visto no item anterior, a legislação municipal de São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte prevê claramente que a inserção de certo bem imóvel em áreas atingidas por planos de melhoramento público, projetos aprovados de alinhamento e projetos viários prioritários geram impactos na possibilidade de edificação, sendo que no caso do Município de Belo Horizonte estas áreas foram previstas desde logo no próprio Plano Diretor.

Em Curitiba e no Distrito Federal, a legislação local não dispõe de previsões tão explícitas, razão pela qual a identificação de medidas administrativas preordenadas à desapropriação pode depender da interpretação atribuída às leis em vigor.

No Distrito Federal, a Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei Complementar Distrital nº 948, de 2019¹⁷⁰) prevê em seu art. 75:

Art. 75. Os lotes ou as projeções que estejam comprovadamente sobrepostos a unidades de conservação, parques ecológicos ou urbanos, sistema viário ou infraestrutura estão vedados de utilização dos critérios e dos parâmetros de uso e ocupação desta LUOS.

Parágrafo único. O Poder Executivo deve realizar estudo específico para realocação ou supressão de lotes ou projeções que se enquadrem no *caput*.

O dispositivo legal acima transcrito não esclarece o que se deve entender por “sistema viário” nem por “infraestrutura”, termos que não constam do glossário que constitui o anexo XI do diploma legal. É possível que ele seja interpretado de modo restritivo, abrangendo tão somente o sistema viário e a infraestrutura já existentes e devidamente implantados, hipótese em que a vedação de aplicação dos parâmetros

¹⁶⁹ Sobre a distinção entre gleba e lote e suas implicações: PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 237-238.

¹⁷⁰ Ao contrário do que se poderia supor, este diploma legal não se aplica ao Plano Piloto, uma vez que seu art. 1º, § 3º, estabelece que as “áreas abrangidas pela Zona Urbana do Conjunto Tombado têm critérios e parâmetros de uso e ocupação do solo estabelecidos pelo Plano de Preservação do Conjunto Urbano – PPCUB”, que ainda não foi aprovado por lei e, por isso, não está em vigor. Sobre as peculiaridades do Direito Urbanístico do Distrito Federal, fragmentado em diversos planos de abrangência territorial parcial e marcado pela intensidade da influência do tombamento federal: PINTO, Victor Carvalho. O regime urbanístico de Brasília. *Cadernos ASLEGIS*. Brasília, n. 42, p. 179-201, jan./abr. 2011.

urbanísticos é similar à tutela da intangibilidade da obra pública.

Por outro lado, também é possível que ele seja interpretado de modo amplo, abrangendo o sistema viário e a infraestrutura *projetados*, à semelhança do que ocorre, como visto, nos municípios de São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte. Caso seja adotada tal interpretação ampla, haverá medida administrativa preordenada à desapropriação, salvo se a realocação – na verdade, uma permuta – prevista no parágrafo único for acordada entre o proprietário do lote atingido e o Distrito Federal.

Enquanto no Distrito Federal a questão gira em torno da leitura de um dispositivo legal, em Curitiba, a identificação de medida administrativa preordenada à desapropriação similar às existentes nos municípios de São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte exige interpretação sistemática da legislação local.

É que nestas três capitais da região sudeste, a legislação municipal estabelece as medidas preordenadas como sobrepostas ao zoneamento, ou seja, elas vedam que o proprietário dê ao imóvel o aproveitamento que as normas urbanísticas decorrentes do zoneamento lhe possibilitam. Esta circunstância torna a limitação e seu fundamento mais evidentes.

Em Curitiba, ao contrário, a limitação que tutela futuras desapropriações para obras viárias não se sobrepõem ao zoneamento, mas, ao contrário, se incrusta nele¹⁷¹. O zoneamento de Curitiba é previsto na Lei Municipal nº 15.511, de 2019, que prevê que o território municipal se divide em eixos, zonas e setores especiais (art. 4º). Apesar da lei estabelecer que o objetivo do zoneamento é “dar a cada região melhor utilização em função do sistema viário, topografia, transporte e infraestrutura *existente*”, há outros dispositivos que sugerem que a ordenação do uso do solo também pode ter sido estabelecida em função da infraestrutura *projetada*. Prestam-se a tal finalidade, em tese, os setores especiais, que, segundo o referido diploma legal, “compreendem áreas para as quais são estabelecidas *ordenações especiais* de uso e ocupação do solo, condicionadas às suas características locais, funcionais ou de ocupação urbanística, *existentes ou projetadas*”. Na já descrita distinção cunhada pela doutrina italiana, os setores especiais curitibanos se prestam à alocação, e não apenas ao zoneamento.

Entre tais setores cuja ordenação leva em conta características *projetadas* está o Setor do Sistema Viário Básico – SEVB (arts. 94, VI, e 129 da Lei Municipal nº 15.511, de

¹⁷¹ Há discussão similar na Itália: BENINI, Stefano; MARZO, Giuseppe de. GISONDI, Raffaello; LORO, Paolo. *I vincoli urbanistici preordinati all'esproprio*. Roma: Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2004. p. 73-77.

2019). E dentre os objetivos da hierarquia do Sistema Viário Básico está “acomodar os diversos modais de deslocamento, *tanto os existentes quanto os projetados*” (art. 130, V). Fortalecendo a ideia de que esta modalidade de zoneamento tem finalidades que extrapolam a ordenação urbanística, o art. 133, § 3º, estabelece que a “localização dos Setores do Sistema Viário Básico está contida no Mapa de Zoneamento e no Mapa do Sistema Viário Básico, em anexo, partes integrantes desta Lei”, disposição que constitui indício de que o zoneamento e a projeção de obras viárias se confundem neste setor especial.

A lei curitibana de zoneamento, todavia, não se limita a traçar o SEVB em mapa anexo, mas explicita que, em lotes com testada para vias setoriais (tipos 1 e 2) e coletoras (tipos 1 e 2), ele é composto por uma faixa de 80 m (oitenta metros) traçada a partir do alinhamento até o máximo de metade da quadra (art. 133, *caput*), sendo que, nas vias prioritárias, ele abrange a totalidade do lote (art. 133, § 1º). E nas vias prioritárias, o Setor do Sistema Viário Básico abrange a totalidade do lote (art. 133, § 1º). Para completar o quadro normativo, o art. 203, § 3º, da lei de zoneamento prevê o seguinte:

Art. 203. As dimensões do recuo frontal obrigatório para cada eixo, zona ou setor especial estão definidos nos diversos Quadros em anexo, parte integrante desta Lei.

(...)

§ 3º Para novas edificações em que o lote é atingido por projeto viário aprovado, que modifique o alinhamento predial estabelecido ou diretriz de arruamento, o recuo frontal obrigatório deverá ser contado a partir do novo alinhamento ou do limite da diretriz de arruamento.

A necessidade de desapropriação, por sua vez, é reconhecida pelo art. 224, II, *a*, da lei de zoneamento, que se refere a “desapropriação parcial ou total de imóveis necessários a adequação do sistema viário básico”, a ser feita preferencialmente mediante permuta por potencial construtivo alienável a terceiros (arts. 223 e 226, parágrafo único), o que depende de acordo entre expropriante e proprietário expropriado, que pode exigir indenização em dinheiro.

Não se trata de arranjo inédito. A Lei Municipal nº 2.662, de 1976, primeira lei de uso e ocupação do solo do Município de Belo Horizonte, previa um zoneamento específico, intitulado SE-3 (Setor Especial 3), que abrangia “*espaços destinados ao desenvolvimento de projetos especiais, como implantação de sistema viário, eixos de transportes ferroviários ou de massa, áreas destinadas a programas habitacionais*” (art.

9º, § 3º)¹⁷² e estava sujeito a uma série de normas restritivas. A aplicação desta disposição a um específico lote, que teve seu zoneamento anterior alterado para SE-3, quando já havia sido obtida licença para construir com base nos parâmetros do zoneamento anterior, levou o Superior Tribunal de Justiça a considerar que ocorrera “desapropriação indireta” (REsp 43.806/MG, da Segunda Turma, julgado em 14 de agosto de 1997, relator o Ministro Ari Pargendler), pois “a propriedade foi congelada por prazo indeterminado, até ser desapropriada”¹⁷³.

A peculiaridade da legislação curitibana é a ênfase na perequação¹⁷⁴, ou seja, na atribuição ao proprietário de vantagens urbanísticas que visam evitar que as limitações lhe ocasionem prejuízos ou ao menos minimizá-los. Vale a pena transcrever os arts. 31, 223 e 226 da lei de zoneamento, que preveem o seguinte:

Art. 31. A Prefeitura Municipal de Curitiba poderá solicitar a transferência sem ônus para o patrimônio público das áreas necessárias para a implantação do sistema de circulação viária, sendo que o potencial construtivo das áreas atingidas poderá ser incorporado ao terreno remanescente ou compensado com o instrumento da transferência do direito de construir.

(...)

Art. 223. Poderá ser estabelecida condição especial de ocupação, por meio da autorização dada pelo Poder Executivo Municipal para edificar com parâmetros construtivos especiais, ou autorizado pelo órgão competente a transferência a terceiros do potencial construtivo parcial ou total permitido no imóvel, em virtude da existência de restrições legais, ambientais ou urbanísticas sobre o imóvel.

Art. 226. No caso de atingimento do lote por projeto de rua devidamente aprovado na Secretaria Municipal de Urbanismo - SMU, o coeficiente de aproveitamento será calculado com base na área original do lote, podendo ser utilizado o potencial total na área remanescente, até o limite do coeficiente máximo permitido, desde que o proprietário transfira a área atingida, sem ônus, para o Município.

Parágrafo único. Caso se verifique a inviabilidade de utilização do potencial total do lote na porção remanescente, será concedida ao proprietário a autorização para utilizá-lo em outro lote de sua propriedade ou transferi-lo a terceiros.

¹⁷² No mesmo sentido dispôs o art. 10, § 3º, da Lei Municipal nº 4.034, de 1985, considerada a segunda Lei de Uso e Ocupação do Solo do Município de Belo Horizonte. Ela foi sucedida pela Lei Municipal nº 7.166, de 1996, já mencionada na introdução.

¹⁷³ A decisão foi tomada por apertada maioria, com três votos vencedores e os votos vencidos dos Ministros Peçanha Martins e Adhemar Maciel. A “desapropriação indireta” a que se impropriamente se refere o acórdão é denominada, na presente tese, desapropriação ablativa.

¹⁷⁴ Esta peculiaridade foi descrita e criticada em GAIO, Daniel. *A interpretação do direito de propriedade em face da proteção constitucional do meio ambiente urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 227-237. A crítica se volta sobretudo à perequação na hipótese de bens dotados de atributos ambientais e culturais, por entender que as limitações são decorrentes de características inerentes a tais bens, premissa que não é compartilhada na presente tese.

A despeito da existência de peculiaridades importantes – como a fonte legal ou formalmente administrativa da limitação e sua eficácia anterior ou posterior à declaração de utilidade pública –, há notável similaridade entre as legislações locais do Distrito Federal e dos municípios de Belo Horizonte, Curitiba, Rio de Janeiro e São Paulo em relação às medidas administrativas preordenadas à desapropriação para futura implantação ou ampliação de vias de ligação.

1.4.3 – A declaração de utilidade pública ou interesse social

Como já mencionado, uma vez traçado o conceito de medidas administrativas preordenadas à desapropriação aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, a circunstância de determinada limitação não se enquadrar no conceito equivalente no ordenamento italiano não é relevante a ponto de impedir que seja diferente no Brasil.

Como no Brasil o conceito não foi incorporado em textos legislativos, é necessário avaliar se pode se enquadrar nele o mais clássico ato preparatório da desapropriação: a declaração de utilidade pública ou interesse social.

Os efeitos de tal declaração são bem sintetizados por Seabra Fagundes:

Da declaração decorrem os seguintes efeitos especiais:

- A) autorização implícita para que a autoridade administrativa penetre nos imóveis compreendidos na declaração [art. 7º];
- B) início do prazo de caducidade da própria declaração [art. 10];
- C) fixação do estado material da coisa, sobre o qual será calculado o seu valor e arbitrada a indenização [art. 26];
- D) desobrigação do expropriante do pagamento das benfeitorias voluptuárias, que ainda realize o proprietário [art. 26, parágrafo único];
- E) desobrigação do expropriante do pagamento das benfeitorias úteis, que o proprietário ainda venha a realizar, salvo as autorizadas por ele próprio [art.26, parágrafo único];
- F) impossibilidade de deslocação da coisa exproprianda para circunscrição territorial diferente daquela em que se deve efetuar o expropriação”¹⁷⁵.

A possibilidade de a autoridade pública ingressar “nos prédios compreendidos na declaração” para colher informações não representa, na maioria das situações, interferência relevante sobre o direito de propriedade e não se diferencia da visita ocasional de agente da

¹⁷⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 67. Na transcrição, os artigos citados pelo autor em notas de rodapé foram mencionados entre colchetes. A consequência C (“fixação do estado material da coisa”) desapareceu após a relevantíssima reforma promovida pela Lei nº 2.786, de 1956, que alterou a redação, entre outros, do art. 26 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, estabelecendo que o valor da indenização deve ser “contemporâneo da avaliação”, e não mais da declaração de utilidade pública, como estabelecia a redação original. Neste sentido: SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 109.

fiscalização sanitária, edilícia ou urbanística¹⁷⁶ e nem de limitações de vizinhança, como o dever de permitir que o vizinho entre em seu prédio, mediante prévio aviso, para “apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente” (art. 1.313, II, do Código Civil) ou promover “limpeza ou reparação de esgotos, goteiras, aparelhos higiênicos, poços e nascentes” (art. 1.313, § 1º, do Código Civil). É sensato que o agente público procure agendar com antecedência a visita, tal como o Código Civil prescreve ao vizinho, o que propiciará provável redução de eventual resistência do proprietário ou prejuízo a atividade comercial que seja exercida no local. O art. 7º do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, prevê indenização “[à]quele que for molestado por excesso ou abuso de poder”, tal como o art. 1.313, § 3º prevê em benefício do vizinho “obrigado a tolerar que o vizinho entre no [seu] prédio”, o que é suficiente para equacionar o direito de propriedade e a necessidade de conhecimento do imóvel antes de consumada a desapropriação, inclusive para avaliação do seu valor de mercado.

O início do prazo de caducidade é efeito benéfico para o proprietário, de modo que este não é o momento adequado de abordá-lo.

A suposta proibição de deslocamento da coisa móvel de utilidade pública, que não tem fundamento legal explícito¹⁷⁷, pode ser relevante em situações muito peculiares, como a de um quadro de artista famoso que é locado para exposições diversas em todo o território nacional ou no exterior. Sem imissão imediata na posse ou tombamento¹⁷⁸, esta limitação não tem amparo legal e, por isso, é incompatível com o art. 5º, XV, da Constituição, que prevê a liberdade de locomoção e de sair do território nacional com seus bens, nos termos da lei. De toda sorte, se a limitação for aplicada com base na interpretação de Seabra Fagundes, trata-se de antecipação do efeito que é a essência de desapropriação: a perda da propriedade.

Com maior razão, pode-se dizer o mesmo da proibição de realização de benfeitorias voluptuárias e da submissão a autorização discricionária do expropriante da faculdade do proprietário de realizar benfeitorias úteis em seu bem.

Na verdade, na redação original do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, anterior à

¹⁷⁶ Sobre o dever de suportar a fiscalização como sujeição: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 75-76.

¹⁷⁷ Trata-se de construção doutrinária para evitar que o proprietário possa frustrar a expropriação: FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 63-66.

¹⁷⁸ Em situações com a do exemplo, a melhor solução é o tombamento do bem, que atrai a incidência do art. 14 do Decreto-lei nº 25, de 1937, que estabelece: “A coisa tombada não poderá sair do país, senão por curto prazo, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.”

importante reforma promovida pela Lei nº 2.786, de 1956, o art. 26, parágrafo único, que prevê a possibilidade de autorização do expropriante para erguer benfeitorias era benéfica para o expropriado, uma vez que constituía exceção à regra do *caput* do art. 26, segundo o qual o valor da indenização seria “contemporâneo da declaração de utilidade pública”. Assim, se o expropriante tivesse interesse na benfeitoria a ser erguida, poderia autorizá-la e inseri-la, excepcionalmente, na indenização¹⁷⁹. De benéfica, a norma passou a limitativa quando a referida lei de 1956 alterou a redação do *caput* do art. 26, estabelecendo que o valor da indenização deve ser “contemporâneo da avaliação”.

A proibição e eventual negativa de autorização são unilaterais e decorrentes de exercício de poder discricionário. Isto é evidente em relação à negativa de autorização para benfeitorias úteis, mas também é verdadeiro para a proibição de benfeitorias voluptuárias, uma vez que ela só se aplica a bens específicos declarados de utilidade pública ou interesse social pela decisão discricionária, singular e concreta que é a declaração de utilidade pública. Ambas as medidas têm por finalidade a redução da indenização na projetada desapropriação.

Este quadro não é alterado pela permissão de realização de benfeitorias necessárias, uma vez que estas conservam a coisa ou evitam que ela se deteriore (art. 96, § 3º, do Código Civil), ou seja, mantém o seu valor, mas não o ampliam. Em outras palavras, a indenização continua a mesma que antes.

Portanto, este importante efeito da declaração de utilidade pública ou interesse social – a submissão unilateral da faculdade de edificar (art. 1.299 do Código Civil) em um bem concreto, incorporando-lhe a edificação (art. 79 do Código Civil), à autorização discricionária de terceiro que não é proprietário e, além disso, tem interesse contraposto ao do proprietário – a caracteriza como medida administrativa preordenada à desapropriação.

Se o proprietário não houver esgotado pelo menos grande parte do potencial construtivo que a legislação urbanística reconhece ao imóvel de sua propriedade, a restrição será suficiente para reduzir drasticamente, de um momento para o outro, o valor de uso e de troca do bem. A Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal – segundo a qual “verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada” – é insuficiente para modificar tal constatação, pois na maioria das vezes de pouco adianta ao proprietário obter

¹⁷⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 330-331.

licença para construir se pode perder a propriedade do imóvel sem nada receber pelo relevante acréscimo de valor decorrente da edificação. É possível imaginar exceções, como na hipótese de terreno cuja vocação econômica primordial seja servir de base para eventos circenses itinerantes, mas seu caráter ocasional não basta para desmentir a constatação feita no texto. Fora destas circunstâncias especiais, o que a Súmula 23 consagra é algo como um direito a perseguir quixotesicamente o insucesso ou o prejuízo provável (ou arriscar muito e confiar que a desapropriação não será efetivada).

A doutrina brasileira até reconhece que a declaração de utilidade pública ou interesse social afeta, antes da promoção da ação judicial de desapropriação e do pagamento da indenização, o valor do bem¹⁸⁰, mas por vezes minimiza a intensidade da interferência, como faz José Cretella Júnior por meio de uma metáfora biológica:

*Declarar é proclamar, é “anunciar que pretende desapropriar”. Ainda não houve intervenção concreta e profunda no direito de propriedade, mas já se fazem sentir reflexos epidérmicos, maiores ou menores, decorrentes da auto-executoriedade do decreto expropriatório.*¹⁸¹

*A declaração não é ato de transferência de domínio. Atingindo de leve o direito de propriedade, a declaração limita-o, não o extingue, pois continua a ser exercido pelo titular, que põe em prática o *jus fruendi et abutendi*, “quase” como vinha fazendo, até então, porque, após o ato declaratório, o expropriante pode penetrar livremente no imóvel. O expropriando não pode executar as *benfeitorias* que quiser.*¹⁸²

Como já dito, os reflexos até podem ser “leves” e “epidérmicos”, ou seja, superficiais, se o imóvel for bem edificado, com aproveitamento substancial do potencial construtivo decorrente da legislação urbanística, e apto a ser explorado economicamente sem necessidade de benfeitorias, mas serão bens mais graves e profundos se o bem for lote vago ou mesmo lote ocupado por edificação que demande ampliação ou obras de melhoria para que possa ser viabilizada sua melhor exploração econômica. Pouco importa se o proprietário dispõe do capital para promover tais modificações, pois a mera potencialidade delas ocorrerem influi decisivamente no preço de mercado do bem, assim como influi sua ablação, apta a reduzir drasticamente o universo de potenciais compradores e, por consequência, o valor de troca. Não é por acaso que Seabra Fagundes, aparentemente valendo-se de analogia com a legislação falimentar, denomina como “período crítico ou duvidoso” aquele entre a declaração de utilidade ou interesse e o pagamento da

¹⁸⁰ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 51, 58-59 e 485.

¹⁸¹ *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1, p. 67. Itálicos do original.

¹⁸² *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1, p. 74. Itálicos do original.

indenização¹⁸³.

Este efeito não é excoutoriedade da declaração de utilidade pública ou interesse social. Ao contrário, executá-la seria celebrar acordo ou ajuizar desde logo a ação judicial de desapropriação. Muito mais que isso, o efeito é a subtração de faculdade decorrente da propriedade, o que constitui antecipação, ainda que parcial e temporária, dos efeitos da desapropriação.

Luiza Vereza considera que a norma do art. 26, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, constituiria “solução adequada” para evitar que o proprietário atue com temeridade (*moral hazard*) diante da perspectiva de receber indenização integral pelo valor de mercado do seu bem¹⁸⁴, ou seja, que ele seja incentivado a realizar benfeitorias no imóvel em razão da segurança de que será pago por elas, o que mitigaria o risco delas não serem tão lucrativas, antes da efetivação da desapropriação. Embora tratando do ordenamento jurídico português, são compatíveis com esta preocupação as observações de Fernando Alves Correia:

Já no que concerne ao valor das benfeitorias úteis e voluptuárias, a lei determina a sua exclusão da indemnização. Compreende-se que a indemnização não abranja os melhoramentos feitos pelo proprietário ou por terceiro depois de declarada a utilidade pública do prédio e que não sejam necessários para a sua conservação. A lei presume que as benfeitorias são feitas apenas com o intuito de o proprietário obter uma indemnização mais elevada. A não existir esta restrição legal, quantos melhoramentos, tantas vezes apenas de fachada, não seriam feitos pelos proprietários somente para alcançar um aumento de indemnização em montante superior aos gastos por eles suportados para realizar as benfeitorias.¹⁸⁵

O risco cogitado não é convincente e, mesmo que fosse, poderia ser enfrentado de modo distinto.

A limitação da indenizabilidade das benfeitorias não é inovação do Decreto-lei nº 3.365, de 1941. Antes dele, o art. 32, § 2º, do Decreto nº 4.956, de 1903, estabeleceu, fazendo igualmente uso do verbo “atender”:

Art. 32. (...).

(...)

§ 2.º As construções, porem, plantações e quaisquer benfeitorias feitas na propriedade, posteriormente ao decreto aprovando o plano das obras,

¹⁸³ *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 279 e 392. Na falência, costuma-se falar em “período suspeito”. Em sentido similar: CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 2, p. 135. SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 261.

¹⁸⁴ *Regulações expropriatórias: requisitos procedimentais e parâmetros materiais de identificação*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 42-43.

¹⁸⁵ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 560-561.

não serão atendidas pelos arbitradores (decreto de 1845, art. 26).

Apesar de fazer referência ao Decreto nº 353, de 1845, o decreto de 1903 não lhe foi inteiramente fiel. Vale a pena reproduzir o art. 26 da lei imperial:

Art. 26. Nas indenizações os Jurados atenderão à localidade, ao tempo, ao valor em que ficar o resto da propriedade por causa da nova obra, ao dano que provier da desapropriação, e a quaisquer outras circunstâncias que influam no preço; porem as construções, plantações e quaisquer benfeitorias feitas na propriedade, depois de conhecido o plano das obras, e com o fim de elevar a indenização, não serão atendidas.

Há diferença essencial entre o diploma de 1903 e o de 1845. Este último excluía da indenização tão somente as benfeitorias feitas “*com o fim de elevar a indenização*”, instituindo um elemento subjetivo que posteriormente foi excluído¹⁸⁶. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, atualmente “é indiferente se a benfeitoria erigida após a edição do decreto expropriatório ocorreu de boa ou má-fé, pois a norma em comento não faz esta distinção” (REsp 1.820.311/MG, Segunda Turma, relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 12 de novembro de 2019). É interessante notar que este precedente reformou acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nele transcrito, que negava qualquer efeito da declaração de utilidade pública, afirmando o seguinte:

A transferência da propriedade somente se consolida com o efetivo e integral pagamento da indenização. Sequer o decreto declaratório produz qualquer efeito jurídico sobre o direito de propriedade, quanto mais o ato administrativo desprovido de qualquer caráter decisório, limitado a uma avaliação técnica e à constatação de uma realidade.

Uma vez mais, a legislação imperial era superior e deveria ter sido mantida, pois permitia a avaliação sobre tentativa dolosa e abusiva do proprietário de ampliar a indenização, mas não submetia seu direito de erguer benfeitorias e ser indenizado por elas à discricionariedade do expropriante.

Não é sensato presumir que qualquer proprietário ergueria benfeitorias, sejam elas úteis ou voluptuárias, mobilizando de imediato recursos próprios, para receber de volta o mesmo valor, talvez anos depois, a depender do trâmite do processo judicial de desapropriação. Pode-se argumentar que a expectativa dele não seria receber o valor gasto, mas sim montante superior, decorrente da valorização do bem, que pode ser superior ao

¹⁸⁶ Apesar disso, escrevendo na vigência do decreto de 1903, Firmino Whitaker continua a fazer referência ao elemento subjetivo ao mencionar a necessidade de malícia do proprietário: “Somente se legitima o recuo pela desapropriação e indenização nos termos do preceito constitucional. Antes de ser indenizado, embora esteja em vigor o decreto que desapropria, o dono do edificio continua a manter seus direitos, com a proibição apenas de realizar, *maliciosamente*, melhoramentos que alterem o valor da propriedade.” (de Firmino Whitaker (O recuo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 44, p. 163, jan./jun. 1925). Itálicos nossos. Solidonio Leite parece entender da mesma maneira, pois, ao comentar o art. 32 do decreto de 1903, afirma que as benfeitorias não devem ser contempladas na indenização se o proprietário as “fizer (...) no intuito de obter maior quantia” (*Desapropriação por utilidade pública*. Rio de Janeiro: J. Leite, 1921. p. 110).

custo das benfeitorias. Ainda assim, o ganho teria que ser excepcionalmente alto para justificar o risco de subavaliação durante o procedimento de expropriação e o de simples revogação do decreto que declarou a utilidade pública ou interesse social do bem, ocorrência comum diante da mutação dos projetos das entidades públicas sujeitos a contínuo escrutínio eleitoral e da imprensa. A decisão de investir no bem só deveria ser considerada fraudulenta se irracional ou extravagante à luz do retorno financeiro que poderia proporcionar antes da desapropriação ou até mesmo na hipótese dela não se consumir, se tal hipótese puder ser considerada séria à luz de eventuais hesitações do expropriante em promover a ação judicial. A má-fé não deveria ser presumida nem tratada de modo abstrato como se fosse questão puramente jurídica, e sim demonstrada como questão de fato à luz das circunstâncias do caso concreto.

Uma solução intermediária seria prever que a indenização das benfeitorias não poderia ultrapassar o custo de sua construção, o que ao menos diminuiria a redução patrimonial sofrida pelo proprietário, eliminando o risco de ganhos da parte deste, preocupação do legislador que por vezes é posta acima do objetivo de evitar que a indenização paga seja injusta ou insuficiente.

De todo modo, a instituição de um “período suspeito” que tenta justificar a redução antecipada – porque anterior ao pagamento da indenização – de faculdades decorrentes da propriedade, imposta por decisão discricionária, singular e concreta é não apenas medida administrativa preordenada à desapropriação, mas a mais clássica e evidente delas.

Se alguma novidade há, ela está em desnudar os objetivos e implicações da prática, mas não na prática ela mesma.

Capítulo 2

CADUCIDADE DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PREORDENADAS À DESAPROPRIAÇÃO

Se for negligenciada a necessidade de sua análise à luz de parâmetros constitucionais, as medidas administrativas preordenadas à desapropriação podem deixar de preceder e preparar futuras desapropriações e, em voo livre, passar a substituí-las, funcionando como indesejável fuga do dever de indenizar de modo prévio.

Não é desconhecida da praxe administrativa a utilização de declaração de utilidade pública ou interesse social de áreas privadas ocupadas ilegalmente por população de baixa renda¹⁸⁷, com concomitante aviso político de bastidores às lideranças dos potenciais beneficiários de que não há recursos orçamentários e financeiros para promovê-la antes da caducidade do decreto, com os objetivos de fornecer ferramenta retórica de mobilização política dos interessados e, ao mesmo tempo, alquebrar os ânimos do proprietário em obter novamente a posse de seu bem em razão da redução, mesmo temporária, das possibilidades de sua utilização futura, decorrente do decreto. Trata-se de situação em que a declaração de utilidade pública ou interesse social torna-se autônoma, descolando-se da desapropriação, e é editada, dissimuladamente, para finalidade incompatível com o Decreto-lei nº 3.365, de 1941. Ainda assim, a chance de que ela seja eficaz em atingir seus objetivos dissimulados é alta, seja porque o proprietário pode nunca se dar conta da real motivação da medida, seja porque pode ser impossível demonstrá-la em juízo.

A substituição da desapropriação pela medida administrativa preordenada vem ocorrendo com a criação de unidades de conservação da natureza, que atrai a incidência de severas limitações à propriedade dos bens inseridos em seu perímetro até que ocorra a futura desapropriação. Como mencionado na introdução, a gratuidade e a gravidade da limitação, associada à resistência do Poder Judiciário a controlar a legalidade de medidas que tenham por fundamento a proteção do meio ambiente¹⁸⁸, funciona como forte

¹⁸⁷ A expressão “população de baixa renda” foi tomada de empréstimo da Lei nº 13.465, de 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária urbana e rural, entre outros temas conexos.

¹⁸⁸ Diversos magistrados se veem – e desejam ser vistos – mais como protetores do meio ambiente do que como garantidores do Estado de Direito, o que pode explicar esta resistência. As motivações para tanto e sua relação com a reputação do magistrado na sociedade são temas de grande interesse, mas que extrapolam o escopo da tese.

incentivo para que a entidade pública jamais implante a unidade de conservação. É o que constata José Eduardo Ramos Rodrigues:

(...) Ocorre que criar uma Unidade de Conservação não significa apenas expedir um decreto em alguma data festiva (dia do meio ambiente, dia da árvore etc.) e abandonar a área em seguida à própria sorte. Mas é isto que costuma acontecer em geral no Brasil. Temos então Unidades de Conservação sem vigilância, sem infra-estrutura para funcionamento, sem disponibilidade orçamentária, sem localização precisa, entregues ao domínio de particulares.

(...)

A exigência expressa da Lei do SNUC de desapropriação das terras particulares situadas naquelas Unidades em que tal procedimento se faz necessário é importante mecanismo para a responsabilização do administrador público. Pois atualmente é procedimento comum que o administrador público, em vez de buscar recursos financeiros para desapropriar regularmente os imóveis privados que tiveram sua atividade econômica inviabilizada pela Unidade de Conservação, fique inerte, provocando a iniciativa dos particulares por meio de ações de indenização por desapropriação indireta.¹⁸⁹

No entanto, ao contrário do que parece pressupor o autor acima citado, a situação por ele descrita não decorre de inépcia do gestor público, mas de distorção decorrente da combinação entre gratuidade, gravidade e eficácia imediata e por tempo indeterminado das limitações à propriedade decorrentes da mera criação da unidade de conservação. O gestor público tão somente se aproveitou destes elementos e provavelmente mobilizou os recursos financeiros escassos para atingir objetivos outros que ele não poderia alcançar de forma gratuita e perene.

Por outro lado, esta mesma combinação de elementos incentiva os proprietários à destruição dos atributos que justificam a medida, antes que seja proferida decisão que a estabeleça, como percebido por Luiza Vereza:

(...) a inexistência de direito à indenização poderia levar os proprietários a acelerarem o desenvolvimento da propriedade para evitar prejuízos advindos de futuros normativos instituidores de áreas de preservação ambiental. Da mesma forma, pode-se dizer que a política de não compensação para propriedades objeto de tombamento encoraja os proprietários de bens dotados de características potencialmente valorizadas pelos órgãos de proteção ao patrimônio histórico-cultural a demolirem seus bens, afastando a probabilidade de expropriação gratuita.¹⁹⁰

A reação estatal a esta tendência de autoproteção dos proprietários foi incrementar a gravidade da medida, instituindo a possibilidade de antecipá-la ainda mais, por

¹⁸⁹ *Sistema nacional de unidades de conservação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 142-143. Como visto, o autor utiliza a expressão “desapropriação indireta” em sentido amplo, nomenclatura que não foi adotada nesta tese. Ainda assim, o raciocínio por ele desenvolvido está correto.

¹⁹⁰ *Regulações expropriatórias: requisitos procedimentais e parâmetros materiais de identificação*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 57.

anteposição aos estudos para criação da unidade de conservação, como se vê no art. 22-A da Lei nº 9.985, de 2000, incluído pela Lei nº 11.132, de 2005:

Art. 22-A. O Poder Público poderá, ressalvadas as atividades agropecuárias e outras atividades econômicas em andamento e obras públicas licenciadas, na forma da lei, decretar limitações administrativas provisórias ao exercício de atividades e empreendimentos efetiva ou potencialmente causadores de degradação ambiental, para a realização de estudos com vistas na criação de Unidade de Conservação, quando, a critério do órgão ambiental competente, houver risco de dano grave aos recursos naturais ali existentes.

§ 1º Sem prejuízo da restrição e observada a ressalva constante do caput, na área submetida a limitações administrativas, não serão permitidas atividades que importem em exploração a corte raso da floresta e demais formas de vegetação nativa.

§ 2º A destinação final da área submetida ao disposto neste artigo será definida no prazo de 7 (sete) meses, improrrogáveis, findo o qual fica extinta a limitação administrativa.

Este dispositivo instituiu medida cautelar¹⁹¹ prévia à medida administrativa preordenada à desapropriação. Ao fazê-lo, teve o mérito de limitar sua eficácia no tempo a 7 (sete meses). Ainda assim, diante desta norma e da probabilidade da medida se tornar definitiva pela criação da unidade de conservação, é provável que os proprietários busquem informações oficiosas sobre áreas que serão estudadas para inserção em perímetros de unidades de conservação e, se não as obtiverem, procurem destruir os atributos de valor ambiental de suas propriedades antes que as entidades públicas possam sequer cogitar sua proteção. Por sua vez, os agentes públicos tenderão a reagir mantendo guardadas a sete chaves as informações sobre áreas estudadas, o que funcionará como incentivo para destruição pelos proprietários não apenas destas, mas de quaisquer outras que se imagine possam merecer proteção específica.

O rompimento deste círculo vicioso pode ser feito pela garantia de indenização não apenas justa, mas também prévia, ou ao menos exclusão das limitações se isto não ocorrer em prazo razoável. Esta solução não pode ser simplesmente substituída por aparato fiscalizatório robusto, uma vez que a exploração dos imóveis aqui cogitada é a realizada em conformidade com o ordenamento jurídico antes da criação da unidade de conservação ou da edição da medida cautelar do art. 22-A da Lei nº 9.985, de 2000.

A temporariedade da medida administrativa preordenada à desapropriação não é, portanto, somente uma exigência de tutela do direito constitucional de propriedade, mas

¹⁹¹ O art. 45 da Lei nº 9.784, de 1999, adotou conceito amplo de medida cautelar (ou “providência acauteladora”), ao estabelecer apenas que ela pode ser editada em “caso de risco iminente”. Um conceito mais restrito, que relaciona a medida cautelar à constatação de ilegalidades, pode ser visto no art. 62 da Lei Estadual nº 10.177, de 1998, do Estado de São Paulo, e em SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 78-79.

reduz o risco de que as políticas públicas que justificam tais medidas gerem efeitos inversos aos que pretendem.

Para verificar se tal temporariedade é característica – e até requisito de validade – destas medidas, será inicialmente abordada a questão em três ordenamentos jurídicos estrangeiros – o italiano, o francês e o californiano –, com ênfase no primeiro por ter sido dele que o conceito foi extraído e adaptado. Na sequência, será analisada a compatibilidade das soluções estrangeiras com o ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 – A temporariedade das restrições preordenadas à desapropriação no ordenamento jurídico italiano

Conforme descrito no item 1.2 desta tese, após a prolação, pela Corte Constitucional italiana, da Sentença nº 55, de 1968, o parlamento editou a Lei nº 1.187, de 19 de novembro de 1968, cujo art. 2 prevê o seguinte:

As indicações do plano regulador geral, na parte em que incidam sobre bens determinados e os submetam a restrições preordenadas à desapropriação ou a restrições que impliquem inedificabilidade, perdem toda eficácia se dentro de cinco anos da data de aprovação do plano regulador geral não forem aprovados os respectivos planos pormenorizados ou autorizados os planos de loteamento convencionados. A eficácia das referidas restrições não pode ser prolongada para além do prazo de implementação dos planos pormenorizados e de loteamento.

No caso dos planos reguladores gerais aprovados antes da data de entrada em vigor da presente lei, o prazo de cinco anos a que se refere o item anterior flui a partir da presente data.¹⁹²

Este dispositivo foi revogado pelo texto único sobre desapropriação por utilidade pública (Decreto Presidencial nº 327, de 2001), cujo art. 9 adotou regra similar, nos seguintes termos, tal como modificados pelo Decreto Legislativo nº 302, de 27 de dezembro de 2002:

Art. 9. Restrições derivadas de planos urbanísticos (L)

1. Um bem é submetido à restrição preordenada à desapropriação quando se torna eficaz o ato de aprovação do plano urbanístico geral, ou equivalente, que prevê a realização de uma obra pública ou de utilidade pública. (L)

2. A restrição preordenada à desapropriação tem a duração de cinco anos. Neste período, pode ser proferida a decisão que contém a declaração de utilidade pública da obra. (L)

¹⁹² Na língua original: “Le indicazioni di piano regolatore generale, nella parte in cui incidono su beni determinati ed assoggettano i beni stessi a vincoli preordinati all'espropriazione od a vincoli che comportino l'inedificabilità, perdono ogni efficacia qualora entro cinque anni dalla data di approvazione del piano regolatore generale non siano stati approvati i relativi piani particolareggiati od autorizzati i piani di lottizzazione convenzionati. L'efficacia dei vincoli predetti non può essere protratta oltre il termine di attuazione dei piani particolareggiati e di lottizzazione. Per i piani regolatori generali approvati prima della data di entrata in vigore della presente legge, il termine di cinque anni di cui al precedente comma decorre dalla predetta data.”

3. Se não for declarada tempestivamente a utilidade pública da obra, a restrição preordenada à desapropriação caduca e se torna aplicável a disciplina prevista no art. 9 do texto único em matéria edilícia aprovado pelo Decreto Presidencial nº 380, de 6 de junho de 2001. (L)

4. A restrição preordenada à desapropriação, após sua caducidade, pode ser motivadamente reiterada, mediante renovação dos procedimentos previstos no item 1, considerada a exigência de atendimento da padronização. (L)

5. Durante os cinco anos de duração da restrição preordenada à desapropriação, o conselho comunal pode motivadamente dispor ou autorizar que sejam realizadas sobre o bem restringido obras públicas ou de utilidade pública diversas daquela originariamente prevista no plano urbanístico geral. Neste caso, se a Região, ou a entidade à qual ela tenha delegado poderes de aprovação do plano urbanístico geral, não manifesta sua própria discordância dentro do período de noventa dias, contados a partir do recebimento da deliberação do Conselho comunal e da documentação completa pertinente, considera-se aprovada a determinação do Conselho comunal, que em sessão subsequente dispõe sobre sua eficácia. (L)

6. Ressalvado o disposto no item 5, continua em vigor a normatização estatal ou regional sobre adoção e aprovação dos instrumentos urbanísticos. (L)¹⁹³

Em suma, há caducidade da restrição preordenada à desapropriação se não houver regular declaração de utilidade pública em cinco anos¹⁹⁴.

No entanto, nos anos seguintes ao advento da Lei nº 1.187, de 19 de novembro de 1968, antes que o prazo quinquenal escoasse, foram editadas sucessivas leis que o

¹⁹³ Na língua original: “Art. 9. Vincoli derivanti da piani urbanistici (L) 1. Un bene è sottoposto al vincolo preordinato all'esproprio quando diventa efficace l'atto di approvazione del piano urbanistico generale, ovvero una sua variante, che prevede la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità. (L) 2. Il vincolo preordinato all'esproprio ha la durata di cinque anni. Entro tale termine, può essere emanato il provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera. (L) 3. Se non è tempestivamente dichiarata la pubblica utilità dell'opera, il vincolo preordinato all'esproprio decade e trova applicazione la disciplina dettata dall'articolo 9 del testo unico in materia edilizia approvato con d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. (L) 4. Il vincolo preordinato all'esproprio, dopo la sua decadenza, può essere motivatamente reiterato, con la rinnovazione dei procedimenti previsti al comma 1, e tenendo conto delle esigenze di soddisfacimento degli standard. (L) 5. Nel corso dei cinque anni di durata del vincolo preordinato all'esproprio, il consiglio comunale può motivatamente disporre o autorizzare che siano realizzate sul bene vincolato opere pubbliche o di pubblica utilità diverse da quelle originariamente previste nel piano urbanistico generale. In tal caso, se la Regione o l'ente da questa delegato all'approvazione del piano urbanistico generale non manifesta il proprio dissenso entro il termine di novanta giorni, decorrente dalla ricezione della delibera del Consiglio comunale e della relativa completa documentazione, si intende approvata la determinazione del Consiglio comunale, che in una successiva seduta dispone l'efficacia. (L) 6. Salvo quanto previsto dal comma 5, nulla è innovato in ordine alla normativa statale o regionale sulla adozione e sulla approvazione degli strumenti urbanistici. (L)”

¹⁹⁴ CENTOFANTI, Nicola. *L'espropriazione per pubblica utilità*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 81. MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 190. PAGLIARI, Giorgio. *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 130. Este autor, de modo similar aos demais, se refere a “decadenza del vincolo”. No final deste capítulo, será justificada a opção pelo termo “caducidade”.

prorrogaram: Lei nº 756, de 30 de novembro de 1973; Decreto-lei¹⁹⁵ nº 562, de 29 de novembro de 1975, convertido na Lei nº 696, de 22 de dezembro de 1975; e Decreto-lei nº 781, de 26 de novembro de 1976, convertido na Lei nº 6, de 24 de janeiro de 1977¹⁹⁶.

A inconstitucionalidade da primeira destas leis de prorrogação foi objeto de incidente suscitado pelo Tribunal de Palermo, mas foi rejeitada pela Corte Constitucional na Sentença nº 82, de 1982. Esta decisão, contudo, não tem maior valor como precedente, pois a Corte se limitou a esclarecer que a Sentença nº 55, de 1968, não exigia temporariedade e indenização de modo simultâneo, mas sim alternativo, o que não teria sido bem compreendido pelo tribunal suscitante.

Pouco tempo depois, na Sentença nº 92, também de 1982, a Corte Constitucional apreciou incidente de inconstitucionalidade da última das leis de prorrogação acima mencionadas, suscitado pelo Tribunal Administrativo Regional da Úmbria e o rejeitou, considerando que a mutabilidade da realidade social pode levar o legislador a editar uma lei de prorrogação, sujeita a controle pela Corte na hipótese de arbitrariedade e irracionalidade, controle este que, contudo, não foi exercido na ocasião. Ou seja, a Corte Constitucional considerou constitucionalmente legítima a prorrogação, desde que justificável de modo racional e não arbitrário.

O precedente de 1982 foi reafirmado, entre outras ocasiões, na Sentença nº 344, de 1995, em que a Corte Constitucional rejeitou incidente de inconstitucionalidade da legislação da Região¹⁹⁷ da Sicília que prorrogara o prazo de restrições preordenadas à desapropriação, reafirmando que:

A temática das restrições urbanísticas de inedificabilidade e da

¹⁹⁵ Sobre o decreto-lei na Constituição italiana e suas semelhanças com a brasileira medida provisória: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51-87 e 214-218.

¹⁹⁶ BENINI, Stefano; MARZO, Giuseppe de. GISONDI, Raffaello; LORO, Paolo. *I vincoli urbanistici preordinati all'esproprio*. Roma: Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2004. p. 57. MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 189. PAGLIARI, Giorgio. *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 118. Segundo este último autor, a Lei nº 1.187, de 19 de novembro de 1968, foi concebida como lei transitória que logo seria sucedida por uma nova lei urbanística de caráter geral, sendo o prazo de cinco anos suficiente para edição do novo diploma. Como isto não ocorreu, o parlamento considerou necessárias novas prorrogações até o advento desta nova lei. Esta nova lei urbanística geral seria a Lei nº 10, de 28 de janeiro de 1977, que será abordada em outro momento.

¹⁹⁷ A distribuição da competência legislativa entre o Estado central e as regiões, tratada no art. 117 da Constituição italiana, suscita algumas polêmicas, inclusive em relação à competência para legislar sobre desapropriação, como se vê em CENTOFANTI, Nicola. *L'espropriazione per pubblica utilità*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 47-48. Na redação original do dispositivo, a "urbanística" era assunto de competência legislativa concorrente. Na redação reformada pela Lei Constitucional nº 3, de 18 de outubro de 2001, a legislação sobre "governo do território" é de competência concorrente. Por outro lado, o "ordenamento civile", que abrange o direito de propriedade, é de competência legislativa exclusiva do Estado. O tema envolve certa complexidade, demandaria explicação longa e não é de interesse para o desenvolvimento da tese, de modo que se considera suficiente esta breve notícia sobre a existência de controvérsia a seu respeito.

compressão, por elas operacionalizada, da faculdade de gozo da propriedade fundiária, tem sido repetidamente enfrentada por esta Corte, que, desde a Sentença n. 55 de 1968 – a qual acolheu a abordagem da precedente pronúncia n. 6 de 1966, fundada sobre o reconhecimento do caráter substancialmente expropriativo de uma disciplina que fosse destinada a esvaziar de conteúdo o direito dominial – já indicou, como condição de conformidade das prescrições restritivas ao art. 42 da Constituição, sua delimitação temporal, se desacompanhada da previsão de indenização (v., entre as mais recentes, as sentenças n. 379 de 1994; n. 186 e n. 185 de 1993; n. 141 de 1992).

A jurisprudência constitucional, por outro lado, minudenciou que a fixação da duração das restrições urbanísticas cabe ao legislador (cfr. as sentenças n. 186 e n. 185 de 1993, e n. 1164 de 1988), enquanto a esta Corte é confiada a verificação da razoabilidade da escolha legislativa.

Em tal perspectiva foi também reconhecida a legitimidade da previsão de prorrogação da duração das restrições de inedificabilidade decorrentes dos instrumentos urbanísticos gerais, em que esta não se mostre arbitrária, mas seja, ao contrário, sustentada por exigências da realidade social em contínua transformação (v. sentença n. 92 de 1982).¹⁹⁸

Neste caso, a Corte realizou uma análise mais concreta sobre a razoabilidade da legislação siciliana, que entendeu ser compatível com a Constituição. Contudo, ao final desta sentença, a Corte advertiu que uma eventual nova prorrogação seria avaliada com base em parâmetros mais rígidos.

O problema, contudo, não se encerrou com o fim das prorrogações, pois a relativa brevidade do prazo de cinco anos, quando avaliada à luz da grande quantidade de imóveis atingidos por restrições preordenadas à desapropriação, em obediência a um planejamento excessivamente ambicioso e quase irrealizável, levaram a constantes reiterações das restrições em novos planos urbanísticos e deram início a um amplo contencioso sobre o tema¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Na língua original: “La tematica dei vincoli urbanistici di inedificabilità e della compressione, dagli stessi operata, dele facultà di godimento della proprietà fondiaria, è stata ripetutamente affrontata da questa Corte, che, fin dalla sentenza n. 55 del 1968 - la quale recepiva l'impostazione della precedente pronuncia n. 6 del 1966, fondata sul riconoscimento del carattere sostanzialmente espropriativo di una disciplina che fosse intesa a svuotare di contenuto il diritto dominicale - ebbe ad indicare, quale condizione di conformità delle prescrizioni vincolistiche all'art. 42 della Costituzione, la delimitazione temporale di esse, ove non accompagnate dalla previsione di un indennizzo (v., tra le più recenti, le sentenze n. 379 del 1994; n. 186 e n. 185 del 1993; n. 141 del 1992). La giurisprudenza costituzionale ha, d'altro canto, precisato che la determinazione della durata dei vincoli urbanistici spetta al legislatore (cfr. le sentenze n. 186 e n. 185 del 1993, e n. 1164 del 1988), mentre a questa Corte è rimessa la verifica della ragionevolezza della scelta legislativa. In tale prospettiva è stata, altresì, riconosciuta la legittimità della previsione di proroga della durata dei vincoli di inedificabilità scaturenti dagli strumenti urbanistici generali, ove essa non appaia arbitraria, ma sia, al contrario, sorretta dalle esigenze della realtà sociale in continua trasformazione (v. sentenza n. 92 del 1982).”

¹⁹⁹ MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 192. Em sentido similar, mas identificando a causa nos objetivos gerais dos planos, e não na maneira como eles são elaborados, Stefano Benini afirma: “A necessidade de levar em consideração o inteiro território municipal constrange o tradicional p.r.g. [plano regulador geral] a antecipar escolhas futuras que não respondem a uma demanda atual: daí o fenômeno da constante reiteração das restrições” (na língua original: “La necessità di prendere in considerazione l'intero territorio comunale costringe il tradizionale p.r.g. ad anticipare scelte

A Corte Constitucional admitira a possibilidade das reiteraões na Sentença nº 575, de 1989, que considerou constitucional a combinação do art. 7, itens 2, 3 e 4, do art. 40 da Lei nº 1.150, de 17 de agosto de 1942, e do art. 2, item 1, da Lei nº 1.187, de 19 de novembro de 1968. Contudo, como afirma Nicola Centofanti, o “sistema das restriões perde sua aparente rigidez porque permite à Administração Pública reiterá-las”²⁰⁰. E este enfraquecimento não passaria despercebido do juiz das leis por mais tempo.

A mudança ensaiada na Sicília em 1995 se concretizou na Sentença nº 179, de 1999, em que a Corte Constitucional declarou inconstitucionais, por violação do art. 42, item 3, da Constituição, a combinação entre o disposto nos art. 7, itens 2, 3 e 4, e art. 40 da Lei nº 1.150, de 17 de agosto de 1942 (lei urbanística), e no art. 2, item 1, da Lei nº 1.187, de 19 de novembro de 1968, “na parte em que permite à Administração reiterar as restriões urbanísticas preordenadas à desapropriação ou que implicam inedificabilidade, cujo prazo se esgotou, sem previsão de indenização”²⁰¹.

Neste caso, ao apreciar litígio envolvendo a Comuna (Município) de Roma, o Conselho de Estado suscitou o incidente de inconstitucionalidade dos referidos diplomas legais, questão prejudicial no âmbito da impugnação das deliberaões comunais que prorrogaram sucessivamente as restriões preordenadas à desapropriação.

A Corte Constitucional não debateu a correção da interpretação dos citados dispositivos legais no sentido de que eles permitiriam as prorrogaões; a análise se restringiu à constitucionalidade dos dispositivos tal como interpretados pelo Conselho de Estado. Em relação a este ponto, a fundamentação da sentença constitucional faz referência ao “*diritto vivente*” estabelecido pela jurisprudência administrativa no sentido de que a prorrogação é possível se devidamente motivada.

Após reafirmar a admissibilidade constitucional, em tese, da prorrogação das restriões preordenadas à desapropriação, tal como afirmado em seus precedentes, a Corte aponta que tal prorrogação pode assumir caráter patológico – e, como tal, inconstitucional – se for reiterada indefinidamente, ainda que por prazo certo, situação na qual tornar-se-á,

future non rispondenti a una domanda attuale: donde il fenomeno dela costante reiterazione di vincoli”) (BENINI, Stefano; MARZO, Giuseppe de. GISONDI, Raffaello; LORO, Paolo. *I vincoli urbanistici preordinati all'esproprio*. Roma: Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2004. p. 22).

²⁰⁰ *L'espropriazione per pubblica utilità*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 85.

²⁰¹ Convém notar que se trata da mesma combinação de dispositivos que havia sido considerada constitucional na Sentença nº 575, de 1989. Na língua original: “È costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 42, comma terzo, Cost., il combinato disposto degli artt. 7, numeri 2, 3 e 4, e 40 l. 17 agosto 1942, n. 1150 (Legge urbanistica) e 2, comma 1, l. 19 novembre 1968, n. 1187 (Modifica ed integrazioni alla legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150), nella parte in cui consente all'Amministrazione di reiterare i vincoli urbanistici scaduti, preordinati all'espropriazione o che comportino l'inedificabilità, senza la previsione di indennizzo”.

em termos práticos, por período indeterminado, o que, diante da falta de previsão de indenização, contraria o direito de propriedade.

A Corte ressaltou ainda que cabe ao legislador determinar a fórmula de fixação da indenização ou mesmo a adoção de mecanismos compensatórios em forma específica, ou seja, que não são pecuniários.

Esta jurisprudência foi reafirmada, entre outras oportunidades, na Sentença nº 411, de 2001, que declarou inconstitucional o Decreto Presidencial nº 218, de 6 de março de 1978, que permitia a prorrogação gratuita de restrições cujo prazo se esgotara no “Mezzogiorno”, na Sentença nº 148, de 2003, que declarou inconstitucionais leis regionais da Apúlia (“Puglia”) que admitiam reiteração das restrições por prazo indeterminado e sem indenização, na Sentença nº 314, de 2007, que declarou inconstitucional lei regional da Campânia que prorrogou por um triênio os planos reguladores de núcleos e áreas industriais, e, finalmente, na Sentença nº 270, de 2020, que declarou inconstitucional lei regional da Lombardia que estendia o prazo da restrição na hipótese da obra pública programada ser inserida em programa trienal de obras públicas.

Nestes últimos precedentes, a Corte Constitucional reforçou sua argumentação por meio da citação do texto único sobre desapropriação por utilidade pública, cujo art. 9, item 4, permite a reiteração da restrição preordenada à desapropriação, mas mediante pagamento de indenização autônoma²⁰² estabelecida no art. 39, que estabelece:

Art. 39. Indenização devida em caso de incidência de projetos urbanísticos sobre áreas particulares incluída em zona edificável. (L - R)

1. Até que a matéria seja objeto de nova sistematização orgânica, no caso de reiteração de restrição preordenada à desapropriação ou restrição substancialmente expropriativa, é devida indenização ao proprietário, proporcional à extensão do dano efetivamente produzido. (L)

(...)

5. A indenização paga nos termos dos itens precedentes não é computada se a área é sucessivamente expropriada. (L)²⁰³

Trata-se de norma que incorpora a argumentação desenvolvida pela própria Corte Constitucional na canônica Sentença nº 179, de 2019²⁰⁴.

²⁰² CENTOFANTI, Nicola. *L'espropriazione per pubblica utilità*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 90.

²⁰³ Na língua original: “Art. 39. Indennità dovuta in caso di incidenza di previsioni urbanistiche su particolari aree comprese in zone edificabili. (L - R) 1. In attesa di una organica risistemazione della materia, nel caso di reiterazione di un vincolo preordinato all'esproprio o di un vincolo sostanzialmente espropriativo è dovuta al proprietario una indennità, commisurata all'entità del danno effettivamente prodotto. (L) (...) 5. Dell'indennità liquidata al sensi dei commi precedenti non si tiene conto se l'area è successivamente espropriata. (L)”

²⁰⁴ MOSCARINI, Anna. *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 118. Em sentido contrário, apontando que a intervenção da Corte Constitucional não parece ter sido devidamente acolhida pelo legislador, mas sem detalhar a razão da assertiva: BENINI, Stefano; MARZO, Giuseppe de. GISONDI, Raffaello; LORO, Paolo. *I vincoli urbanistici preordinati all'esproprio*. Roma: Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2004. p. 19.

Por sua vez, o Conselho de Estado decidiu que que é condição de legitimidade da decisão de reiteração da restrição o provisionamento da quantia necessária ao pagamento da indenização (Sentença nº 4.019, Quarta Seção, proferida em 28 de julho de 2005, que cita como precedente a Sentença nº 3.646, da mesma seção, proferida em 3 de julho de 2000).

Contudo, não terminou aí a esquivex do legislador italiano em dar à propriedade a proteção que a jurisprudência da Corte Constitucional recomenda²⁰⁵.

O art. 2 da Lei nº 1.187, de 9 de novembro de 1968, não definiu com precisão a consequência da caducidade da restrição preordenada à desapropriação. Uma vez caduca a restrição e omissa o plano urbanístico que a instituiu sobre os parâmetros aplicáveis nesta situação, pode-se cogitar as seguintes consequências para o imóvel: a) ocupação livre, sem qualquer parâmetro; b) os parâmetros aplicáveis seriam os do plano urbanístico anterior àquele que fixou a restrição preordenada; c) os parâmetros seriam aqueles previstos como aplicáveis a comunas desprovidas de planos pelo art. 4, item 8, da Lei nº 10, de 28 de janeiro de 1977.

O Conselho de Estado decidiu pela última opção acima, a mais gravosa para o proprietário²⁰⁶, que pode ser precisamente descrita como “quase total inedificabilidade”²⁰⁷, tendo em vista que o citado art. 4, item 8, da Lei nº 10, de 28 de janeiro de 1977 prevê o seguinte:

8. A partir de 1º de janeiro de 1979, ressalvada a aplicação do art. 4 da Lei nº 219, de 1º de junho de 1971, nas comunas desprovidas dos instrumentos urbanísticos gerais e na falta de normas regionais e até a entrada em vigor destas, a concessão [de edificação] deve observar os seguintes limites:

a) fora do perímetro dos núcleos habitados definidos nos termos do art. 17 da Lei nº 765, de 6 de agosto de 1967, a edificação com fim residencial não pode exceder o índice de 0,03 metros cúbicos por metro

²⁰⁵ PAGLIARI, Giorgio. *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 116. A expressão do autor, na língua original, é “latitanza del legislatore”.

²⁰⁶ PAGLIARI, Giorgio. *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 120. O autor cita cinco decisões do Conselho de Estado, todas da década de 1990, mas infelizmente nenhuma delas se encontra disponível para consulta no sítio eletrônico do Conselho de Estado. No mesmo sentido, mas citando apenas a sentença nº 211, de 19 de fevereiro de 1996, do Conselho de Estado: CENTOFANTI, Nicola. *L'espropriazione per pubblica utilità*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 84. Os acórdãos da Corte Europeia de Direitos Humanos citados mais adiante neste item apontam como precedentes duas decisões plenárias do Conselho de Estado, igualmente indisponíveis para consulta em seu sítio eletrônico: nº 7 e 10, ambas de 1984.

²⁰⁷ MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 191. Na língua original: “pressochè totale inedificabilità”. Paolo Loro, por sua vez, fala em “restrições de inedificabilidade de caráter cautelar nos termos da Lei nº 10/1997” (na língua original: “vincoli di inedificabilità di carattere cautelare ai sensi della legge 10/1977”); BENINI, Stefano; MARZO, Giuseppe de. GISONDI, Raffaello; LORO, Paolo. *I vincoli urbanistici preordinati all'esproprio*. Roma: Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2004. p. 9.

quadrado de área edificável;

b) no âmbito dos núcleos habitados definidos nos termos do art. 17 da Lei nº 765, de 6 de agosto de 1967, somente são permitidas obras de restauração e restauração conservativa, manutenção ordinária ou extraordinária, consolidação estática e restauro higiênico;

c) as superfícies cobertas dos edifícios ou dos complexos produtivos não podem superar um décimo da área de propriedade.²⁰⁸

A mencionada interpretação do Conselho de Estado foi consolidada no já citado art. 9, item 3, do texto único sobre desapropriação por utilidade pública, que estabelece:

3. Se não for declarada tempestivamente a utilidade pública da obra, a restrição preordenada à desapropriação caduca e se torna aplicável a disciplina prevista no art. 9 do texto único em matéria edilícia aprovado pelo Decreto Presidencial nº 380, de 6 de junho de 2001. (L)

Por sua vez, o art. 9 do texto único em matéria edilícia, objeto da remissão acima, é o dispositivo que substituiu, sem alterar substancialmente, o já transcrito – e atualmente revogado – art. 4, item 8, da Lei nº 10, de 28 de janeiro de 1977, mantendo a gravidade para os interesses do proprietário²⁰⁹.

Como estes parâmetros integram norma transitória, concebida para evitar vazio normativo na hipótese de inexistência de plano urbanístico válido, a jurisprudência do Conselho de Estado reconhece um dever da comuna de realizar novo planejamento para a área atingida pela caducidade, que pode ser imposto pela jurisdição administrativa após silêncio administrativo que caracteriza indeferimento implícito²¹⁰. Contudo, não há prazo máximo para exercício desta competência nem uma penalidade clara para eventual omissão. É frustrante que, após encerrado longo prazo de caducidade, possivelmente reiterado, o proprietário saia da situação de inedificabilidade para a de quase inedificabilidade e ainda precisa litigar na jurisdição administrativa para compelir a comuna competente a estabelecer parâmetros urbanísticos razoáveis para seu imóvel.

A visão conjugada dos diversos aspectos do regime jurídico das restrições preordenadas à desapropriação demonstra que ele não é tão protetivo da propriedade

²⁰⁸ Na língua original: “8. A decorrere dal 1° gennaio 1979, salva l'applicazione dell'articolo 4 della legge 1 giugno 1971, n. 219, nei comuni sprovvisti degli strumenti urbanistici generali e in mancanza di norme regionali e fino all'entrata in vigore di queste, la concessione deve osservare i seguenti limiti: a) fuori del perimetro dei centri abitati definito ai sensi dell'articolo 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765, l'edificazione a scopo residenziale non può superare l'indice di metri cubi 0,03 per metro quadrato di area edificabile; b) nell'ambito dei centri abitati definiti ai sensi dell'articolo 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765, sono consentite soltanto opere di restauro e di risanamento conservativo, di manutenzione ordinaria o straordinaria, di consolidamento statico e di risanamento igienico; c) le superfici coperte degli edifici o dei complessi produttivi non possono superare un decimo dell'area di proprietà.”

²⁰⁹ CENTOFANTI, Nicola. *L'espropriazione per pubblica utilità*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 82-83. PAGLIARI, Giorgio. *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 131.

²¹⁰ O Conselho de Estado decidiu neste sentido na Sentença nº 2.726, de sua Quarta Seção, datada de 27 de janeiro de 2011. Outras decisões mais antigas no mesmo sentido são mencionadas em CENTOFANTI, Nicola. *L'espropriazione per pubblica utilità*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 93-94.

privada quanto seria presumível à primeira vista, uma vez que: a) a caducidade e o dever de indenizar não alcançam restrições de natureza ambiental ou paisagística que, por isso mesmo, tendem a se tornar as favoritas das autoridades públicas para impor novas limitações à propriedade²¹¹; b) mesmo após ter caducado, a restrição preordenada pode ser reiterada, ainda que mediante indenização; c) a indenização prevista no art. 39 do texto único sobre desapropriação por utilidade pública para compensar a reiteração da restrição só se aplica a zonas edificáveis²¹²; d) a consequência da caducidade não é a liberdade edificatória nem a repriminção dos parâmetros urbanísticos anteriores à instituição da restrição, mas sim a incidência dos parâmetros aplicáveis a comunas sem planos urbanísticos em vigor, que são extremamente restritivos e gravosos para os interesses do proprietário.

A Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH²¹³, sediada em Estrasburgo, já teve oportunidade de avaliar casos concretos²¹⁴ em que a aplicação de limitações acima descritas levou o proprietário a arguir violação ao artigo 1 (“article 1”) do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que dispõe:

Artigo 1 – Proteção da propriedade

Toda pessoa física ou moral tem direito ao respeito aos seus bens. Ninguém será privado de sua propriedade senão por causa de utilidade pública e nas condições previstas pela lei e princípios gerais do direito internacional.

As disposições precedentes não contrariam o direito que tem os Estados de pôr em vigor as leis que eles julguem necessárias para disciplinar o uso dos bens em conformidade ao interesse geral ou para assegurar o pagamento de impostos, outras contribuições ou penalidades.²¹⁵

²¹¹ MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 83-84 e 145. O autor questiona se, após a drástica expansão da tutela paisagística pelo Código dos bens culturais e da paisagem aprovado pelo Decreto Legislativo nº 42, de 2004, que a estendeu a todo o território, ainda faz sentido a fundamentação adotada pela Corte Constitucional na já citada Sentença nº 56, de 1968.

²¹² Esta disposição é criticada em MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 195-196.

²¹³ A respeito deste tribunal, lembra Marcelo D. Varella: “A Corte Europeia de Direitos Humanos foi criada em 1959, para dar efetividade à Convenção de Salvaguarda de Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, de 1950. (...) Tem competência sobre todos os 46 Estados-membros. Não se trata, portanto, de um tribunal vinculado exclusivamente aos Estados da União Europeia, como muitas vezes se pensa” (*Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 497-498).

²¹⁴ Os três casos comentados neste trecho são os mesmos discutidos em BUONOMO, Fabio. *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei Diritti Dell’Uomo*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 127-138.

²¹⁵ A convenção foi firmada em duas versões oficiais, uma em inglês e outra em francês. Em razão da maior similaridade das culturas jurídicas brasileira e francesa, em comparação com a inglesa, a tradução livre foi feita a partir do original francês, que é o seguinte: “Article 1 – Protection de la propriété - Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.” Fausto de Quadros apresenta a tradução

No caso *Elia S.r.l. v. Itália*, julgado em 10 de julho de 2001, a CEDH apreciou litígio em que a Comuna de Pomezia, na Região do Lácio, impôs restrição preordenada à desapropriação à sociedade empresária Elia, por pretender estabelecer no imóvel de propriedade da sociedade um parque público. A restrição constou no plano regulador geral da comuna aprovado em 20 de novembro de 1974. Escoado o prazo quinquenal previsto na Lei nº 1.187, de 1968, a restrição preordenada caducou em 1979, sujeitando o imóvel aos parâmetros urbanísticos gravosos do art. 4, item 8, da Lei nº 10, de 28 de janeiro de 1977, equivalentes a uma quase inedificabilidade. Em 1987, a proprietária requereu à comuna que estabelecesse novos parâmetros urbanísticos para o imóvel, o que ainda não havia sido feito. A comuna permaneceu inerte, o que levou a proprietária a acionar a jurisdição administrativa. Em fevereiro de 1992, o Conselho de Estado confirmou a decisão da instância inferior que determinou à comuna a edição de ato que estabelecesse novos parâmetros urbanísticos. A decisão da jurisdição administrativa não foi cumprida e em 1995 a comuna impôs ao imóvel nova restrição preordenada à desapropriação.

Diante destes fatos, a CEDH considerou que não chegou a ocorrer uma desapropriação de fato, mas houve lesão ao necessário equilíbrio entre a proteção do direito individual e o interesse da comunidade, tendo em vista o estado de incerteza à qual foi submetida a proprietária em relação ao futuro de sua propriedade, sem que a jurisdição administrativa pudesse remediar a situação de modo efetivo, razão pela qual o Estado italiano foi condenado a indenizá-la.

Situação similar ocorreu no caso *Terrazzi SRL v. Itália*, julgado pela CEDH em 26 de setembro de 2002. Em 1965, foi aprovado plano urbanístico da Comuna de Roma que impôs à maior parte do terreno em discussão, cuja extensão aproximada é de cinquenta mil metros quadrados, restrição preordenada à desapropriação para criação de área verde pública. Passados cinco anos contados do advento da Lei nº 1.187, de 19 de novembro de 1968, a restrição não caducou em razão das já mencionadas prorrogações decorrentes da Lei nº 756, de 30 de novembro de 1973, e suas sucessoras. O acórdão relata a existência de controvérsia entre o proprietário e o Estado italiano sobre o fundamento da inedificabilidade do imóvel no período entre 1977, em que entrou em vigor a Lei nº 10, e

oficial portuguesa: “Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.” (*A proteção da propriedade privada pelo direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 221)

1990: segundo o proprietário, a inedificabilidade seria decorrente da aplicação imediata dos parâmetros subsidiários de quase inedificabilidade do art. 4 da referida lei de 1977; segundo o Estado italiano, a primitiva restrição preordenada à desapropriação teria permanecido eficaz até 1982, não havendo explicação no acórdão sobre o fundamento pelo qual o Estado teria considerado que a inedificabilidade teria permanecido eficaz até 1990. De todo modo, em 1990, a Comuna de Roma impôs ao imóvel nova restrição preordenada à desapropriação, permitindo tão somente usos transitórios como estacionamento, estufa, espetáculos itinerantes e outros que não dependem de infraestrutura fixa. A restrição voltou a caducar em 1995 e o terreno foi submetido aos já mencionados parâmetros subsidiários de quase inedificabilidade do art. 4, item 8, da Lei nº 10, de 1977.

Ao apreciar a questão, a CEDH sustentou:

62. A Corte considera que as medidas controvertidas não se enquadram na disciplina de uso dos bens, no sentido da segunda alínea do artigo 1 do Protocolo nº 1. Com efeito, se é verdade que se trata de vedações de edificar disciplinadoras do território (caso Sporong já citado, p. 25, § 64), subsiste o fato de que tais medidas visavam essencialmente à expropriação do terreno (ver § 35).

63. A Corte considera, portanto, que a situação denunciada pelo requerente se enquadra na primeira frase do artigo 1 do Protocolo nº 1. (...).²¹⁶

Em outro trecho, a Corte considerou irrelevante que a origem da vedação de edificar seja decisão administrativa ou parlamentar:

83. Independentemente das limitações que atingem o terreno derivarem de um ato administrativo ou da aplicação de uma lei, conclui-se que o terreno foi atingido por uma vedação de edificar de maneira contínua (...).²¹⁷

A CEDH então concluiu:

88. A Corte observa ainda que, no Direito italiano, não parece haver recurso apto a remediar a inércia da Administração, quando esta demora a atribuir a um terreno sua destinação urbanística (ver § 45).

89. Além disso, a Corte considera que a existência, ao longo de todo o período em questão, de vedações de edificar entrouvrou o pleno gozo do direito de propriedade da requerente e agravou as repercussões danosas à situação da requerente, enfraquecendo consideravelmente sobretudo as chances de venda do terreno.

90. Constata enfim que não foi possível, no caso, obter qualquer

²¹⁶ Na língua original: “62. La Cour est d'avis que les mesures litigieuses ne relèvent pas non plus de la réglementation de l'usage des biens, au sens du deuxième alinéa de l'article 1 du Protocole nº 1. En effet, s'il est vrai qu'il s'agit d'interdictions de construire réglementant le territoire (arrêt Sporong précité, p. 25, § 64), il n'en demeure pas moins que les mêmes mesures visaient essentiellement l'expropriation du terrain (voir § 35). 63. La Cour estime dès lors que la situation dénoncée par la requérante relève de la première phrase de l'article 1 du Protocole nº 1 (...).”

²¹⁷ Na língua original: “83. Indépendamment du fait que les limitations frappant le terrain découlent d'un acte administratif ou de l'application d'une loi, il en résulte que le terrain a été frappé d'interdiction de construire de manière continue (...).”

indenização.

91. As circunstancias da causa, notadamente a incerteza associada à inexistência de qualquer recurso interno eficaz apto a amenizar a situação litigiosa combinada com o obstáculo ao pleno gozo do direito de propriedade e a ausência de indenização, leva a Corte a considerar que a requerente teve que suportar um encargo especial e exorbitante que rompeu o justo equilíbrio que deve reinar entre, por um lado, as exigências de interesse geral e, de outro, a proteção do direito de respeito aos seus bens (...)²¹⁸

A Corte voltou ao tema no caso *Scordino v. Itália (nº 2)*²¹⁹, julgado em 24 de junho de 2004. O litígio se iniciou quando a Comuna de Régio da Calábria, situada na Região da Calábria, aprovou plano regulador geral que impôs ao imóvel em questão restrição preordenada à desapropriação para futura implementação de infraestrutura escolar. O plano foi aprovado em 1975 e a restrição caducou em 1980, passando a se sujeitar aos já mencionados parâmetros urbanísticos subsidiários de quase inedificabilidade previstos no art. 4, item 8, da Lei nº 10, de 28 de janeiro de 1977. O plano urbanístico de 1975 foi anulado pela jurisdição administrativa e outro foi aprovado em 1985, estabelecendo outra restrição preordenada à desapropriação sobre o imóvel litigioso, quase idêntica à anterior, que voltou a caducar em maio de 1990, atraindo nova incidência dos já mencionados parâmetros subsidiários de quase inedificabilidade. Em junho de 1990, a Região da Calábria aprovou ato de efeitos equivalentes a um plano regular geral, que prevê que o terreno seria desapropriado para a construção de um centro social. O acórdão infelizmente não deixa claro, mas aparentemente não se trata de nova restrição preordenada à desapropriação, mas sim de uma declaração de utilidade pública, que foi denominada pela Corte, em língua francesa, de “*permis d'exproprier*”, que também

²¹⁸ Na língua original: “88. La Cour relève par ailleurs qu'en droit italien il ne semble pas y avoir un recours susceptible de remédier à l'inertie de l'administration, lorsque celle-ci tarde à attribuer à un terrain sa destination d'urbanisme (voir § 45). 89. En outre, la Cour estime que l'existence, pendant toute la période concernée, d'interdictions de construire a entravé la pleine jouissance du droit de propriété de la requérante et a accentué les répercussions dommageables sur la situation de la requérante, en affaiblissant considérablement, entre autres, les chances de vendre le terrain. 90. Elle constate enfin qu'il n'a pas été possible en l'espèce d'obtenir une indemnisation quelconque. 91. Les circonstances de la cause, notamment l'incertitude doublée de l'inexistence de tout recours interne efficace susceptible de pallier la situation litigieuse combinée avec l'entrave à la pleine jouissance du droit de propriété et l'absence d'indemnisation, amènent la Cour à considérer que la requérante a eu à supporter une charge spéciale et exorbitante qui a rompu le juste équilibre devant régner entre, d'une part, les exigences de l'intérêt général et, d'autre part, la sauvegarde du droit au respect des biens (...)”

²¹⁹ Um comentário a este acórdão pode ser encontrado em BENINI, Stefano; MARZO, Giuseppe de. GISONDI, Raffaello; LORO, Paolo. *I vincoli urbanistici preordinati all'esproprio*. Roma: Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2004. p. 5-11. É necessário cuidado para não confundir este precedente com o caso *Scordino v. Itália (nº 1)*, que versa sobre a desapropriação de outro imóvel dos mesmos proprietários, julgado em 1º de julho de 2005 e 18 de janeiro de 2006, e que tem como tema principal a compatibilidade de critérios legais de fixação do valor da indenização com o protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ele será brevemente mencionado no capítulo 3 da presente tese.

implicou vedação de edificação. A declaração também caducou²²⁰ em junho de 1995, tornando novamente aplicáveis os parâmetros urbanísticos subsidiários de quase inedificabilidade.

A CEDH aplicou ao caso *Scordino 2* o mesmo entendimento dos casos *Elia e Terrazzi*, citados anteriormente, considerando que não houve desapropriação de fato, mas sim lesão à primeira frase do artigo 1º do protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e deu um passo à frente ao fixar desde logo, no próprio acórdão, a indenização devida aos proprietários pelo Estado italiano, ao invés de dar às partes uma oportunidade de chegar a um acordo acerca do montante devido, o que havia sido feito nos dois outros casos²²¹.

A despeito da renitência do Estado italiano e dos consequentes reveses na Corte Europeia de Direitos Humanos, a clara fixação de um limite temporal de eficácia para as restrições preordenadas à desapropriação é progresso relevante, pois evita que os prejuízos aos proprietários, que já são sérios, se prolonguem indefinidamente. Esse progresso e todo o labor jurisprudencial, doutrinário e legislativo que permitiu alcançá-lo não é diminuído por tentativas de enfraquecê-lo ou mesmo sabotá-lo. É este aspecto positivo da experiência italiana que merece ser adaptado ao contexto brasileiro, e não as disposições que tolhem sua plena efetividade.

2.2 – Plano de alinhamento e reserva de área no ordenamento jurídico francês

No ordenamento jurídico francês, não há previsão em lei de instituto tão abrangente quanto as italianas restrições preordenadas à desapropriação.

Mesmo assim, como no Brasil, há medidas que se enquadrariam neste conceito, tal como os planos de alinhamento, “uma das técnicas mais antigas do urbanismo”, tida como “primeira limitação da liberdade de aproveitamento do solo para fins de edificação”²²².

²²⁰ Atualmente, a caducidade da declaração de utilidade pública, em 5 (cinco) anos, se não for previsto prazo diverso na própria declaração ou na legislação referente a certo plano urbanístico ou territorial, é estabelecida pelo art. 13, item 4, do texto único sobre desapropriação por utilidade pública, na redação que lhe foi atribuída pelo Decreto legislativo nº 302, de 2002. O item 5 do mesmo art. 13 permite a prorrogação deste prazo por mais dois anos, desde que antes do escoamento do prazo original e por força maior ou outras razões justificadas. O art. 16, item 5 da Lei nº 1.150, de 17 de agosto de 1942, previa anteriormente o prazo de 10 (dez) anos para a caducidade do plano pormenorizado que implica declaração de utilidade pública (art. 16, item 9 do mesmo diploma legal).

²²¹ A mudança é mencionada em BUONOMO, Fabio. *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 135.

²²² CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 33-34. Em sentido similar, considerando os planos de alinhamento como precursores do planejamento

Ainda durante o Antigo Regime, o alinhamento (*alignement*) foi estendido a todo o país pelo édito de dezembro de 1607, abrangendo “o poder de modificar os limites preexistentes da via e, conseqüentemente, de ordenar o recuo ou o avanço das propriedades adjacentes, conforme as circunstâncias”²²³. Posteriormente, o alinhamento individual passou a observar parâmetros fixados no plano de alinhamento, aprovado previamente²²⁴. Após a Revolução de 1789, “a elaboração de planos de alinhamento foi tornada obrigatória para todos os municípios com mais de 2.000 habitantes pela Lei Napoleónica de 16 de Setembro de 1807” e, posteriormente, para todos os municípios pela Lei de 18 de julho de 1837 e pela Lei de 5 de abril de 1884²²⁵.

São antigas as tentativas das autoridades francesas de extrapolar a finalidade do alinhamento – que é demarcar precisamente em certo espaço o que é domínio público, separando-o da propriedade privada, e não produzir modificação desta delimitação²²⁶. Maurice Hauriou comentou no início do século XX três acórdãos do Conselho de Estado que reprimiram estas tentativas (*Affaire Sanoner*²²⁷ e *Affaires Favatier et Lalaque*²²⁸).

No primeiro caso, o diretor (“*préfet*”) do departamento do Sena se omitiu em traçar o alinhamento individual do imóvel da Senhora Sanoner em razão de estudos sobre obras públicas previstas pelo decreto de 29 de setembro de 1854 para abertura de uma nova via. Em acórdão proferido em 3 de agosto de 1900, o Conselho de Estado rejeitou requerimento do Município de Paris (“*ville de Paris*”) e considerou correta a decisão do conselho departamental de determinar uma avaliação pericial para quantificar a indenização a ser paga à proprietária. A decisão é assim contextualizada por Hauriou:

Tem sido frequente, sobretudo a partir da era das grandes obras viárias nas cidades, que as autoridades encarregadas de emitir alinhamentos ou licenças de construir sejam obedientes a cálculos econômicos; quando solicitada permissão para reconstruir uma casa em local onde o município havia projetado abrir posteriormente uma nova rua ou simplesmente

urbanístico: MORAND-DEVILLER, Jacqueline; BOURDON, Pierre; POULET, Florian. *Droit administratif des biens*. 10ème ed. Paris: LGDJ, 2018. p. 150. No Brasil, o alinhamento já era mencionado entre as “restrições legais do domínio” em PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 117-118.

²²³ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 116-117.

²²⁴ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 118.

²²⁵ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 139.

²²⁶ HAURIOU, Maurice. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Paris: Recueil Sirey, 1929. v. 2, p. 339. A obra é uma compilação, separada por temas, das inúmeras notas a acórdãos de autoria de Maurice Hauriou, organizada e dividida em três volumes por seu irmão André Hauriou. As notas são acompanhadas de transcrições dos acórdãos comentados, vários deles antigos e de difícil acesso.

²²⁷ *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Paris: Recueil Sirey, 1929. v. 3, p. 244-252.

²²⁸ *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Paris: Recueil Sirey, 1929. v. 2, p. 337-343.

alargar uma via existente, as autoridades municipais consideraram que protegeriam as finanças municipais ao recusá-la, pois assim evitariam a futura desapropriação de um imóvel importante e consequentemente caro. O cálculo estava correto sob o ponto de vista das finanças municipais, entretanto o ato não foi de boa administração, pois, em si, a emissão de alinhamentos e licenças de construir é uma medida de polícia que deve se basear apenas em preocupações de polícia, e não fiscais. Houve então desvio de poder (...).²²⁹

No segundo caso, o Sr. Favatier requereu ao prefeito (“maire”) de Nîmes autorização para executar reparos em imóvel de sua propriedade, negada por decisão proferida em 23 de junho de 1900, uma vez que o terreno era abrangido em grande medida pelo projeto de ampliação da rua em que situado, conforme plano de alinhamento aprovado por decisão departamental (“arrêté préfectoral”) de 14 de março de 1854. O Conselho de Estado, em acórdão proferido em 17 de janeiro de 1902, anulou a decisão administrativa por entender que a operação projetada constitui verdadeira reformulação da via e que o proprietário só poderia ser atingido por ela se houvesse desapropriação ou aquisição amigável de seu bem, e não por mera servidão de recuo, de modo que o prefeito excedeu o limite de seus poderes.

No terceiro caso, uma lei de 24 de julho de 1895 declarou de utilidade pública a abertura de uma nova ferrovia sobre uma estrada vicinal de propriedade particular do casal Lalaque, que firmou acordo com a concessionária da obra para permitir a ocupação imediata de parte do imóvel sob condição de pagamento de uma indenização a ser fixada posteriormente, fosse de modo amigável ou litigiosamente. Posteriormente, o conselho departamental aprovou um plano geral de alinhamento, o que levaria à incorporação do imóvel à ferrovia. O Conselho de Estado, em acórdão de 14 de fevereiro de 1902, anulou a deliberação do conselho departamental, por entender que, na falta de cessão amigável, seria indispensável a desapropriação e que o conselho departamental fez uso de seus poderes para finalidade diversa daquela para a qual eles lhe foram conferidos.

Há ainda outro precedente mais antigo do Conselho de Estado, que não foi

²²⁹ *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Paris: Recueil Sirey, 1929. v. 3, p. 247. Na língua original: “Il est arrivé assez fréquemment, surtout depuis l'ère des grands travaux de voirie dans les villes que les autorités chargées de délivrer les alignements ou les permissions de bâtir ont obéi à des calculs d'économie; lorsqu'on leur demandait une permission en vue de rebâtir à neuf une maison sur un emplacement où la ville avait projeté d'ouvrir plus tard une rue nouvelle ou simplement d'élargir une rue existante, les autorités municipales ont pensé qu'elles ménageraient les finances de la ville en refusant, parce qu'elles éviteraient ainsi dans l'avenir l'expropriation d'un immeuble important et par suite coûteux. Le calcul était bon au point de vue des finances de la ville, et cependant l'acte n'était pas de bonne administration, car, en soi, la délivrance des alignements et des permissions de bâtir est une mesure de police qui ne doit s'inspirer que des préoccupations de la police, et non de celles du fisc. Il y avait donc détournement de pouvoir (...).”

comentado por Hauriou, mas apenas citado por ele²³⁰, o *Affaire Labille*, decidido em 26 de maio de 1869. Neste caso, o Conselho de Estado reconheceu ao Senhor Labille indenização pela “privação de gozo, durante dois anos e quatro meses, de um terreno situado na rua de Dunquerque, em razão de indeferimento, pelo diretor do departamento do Sena, de autorização para edificar sobre o terreno uma casa ou mesmo construções provisórias”, em razão de obras públicas no local²³¹.

Como é comum na jurisprudência francesa, os acórdãos são extremamente sintéticos²³² e os comentários publicados por doutrinadores representam um complemento indispensável da decisão proferida, em uma integração que já foi descrita como uma verdadeira bifurcação do discurso judicial francês²³³.

Maurice Hauriou assim sintetiza os efeitos dos planos de alinhamento:

As decisões de ampliação ou recuperação contidas nos planos de alinhamento produzem efeitos jurídicos muito graves: a agregação *ipso facto* à via pública dos terrenos vagos contidos nos limites da ampliação decidida pelo plano (V. Cons. de Estado, 21 nov. 1890, Enoch, S. et P. 1892.9.143), e, para os terrenos edificados, a servidão de recuo que implica a imediata proibição de obras de reforço (V. Cons. d'Etat, 7 ago. 1897, Min. des Trav. publics, S. et P. 1899.3.81) e, no futuro, após demolição da edificação, a agregação à via pública da terra nua. A servidão de recuo por si só não justifica indenização alguma. As anexações de terrenos acarretam indenização, e mesmo, em princípio, que não se trate de estradas vicinais, devem ser resolvidas pelo júri de expropriação. Mas permanece esta diferença com o procedimento de expropriação por utilidade pública: o pagamento da indenização não é prévio à imissão na posse (V. comentário sobre Cons. de Estado, 21 nov. 1890, já citado). No entanto, estas anexações de terrenos são verdadeiras

²³⁰ *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Paris: Recueil Sirey, 1929. v. 2, p. 342.

²³¹ *Recueil des arrêts du Conseil d'État*. Paris, n. 34, p. 532-536, 1864. Disponível em <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57300275>>. Acesso em: 16 jun. 2021. O relatório sobre os fatos deste caso é bem mais longo que o usual.

²³² Trata-se da tendência comumente chamada de *imperatoria brevitatis*, assim destrinchada por Mitchel de S.-O.-I'É. Lasser: “As decisões são celeberramente curtas: aquelas da Corte de Cassação (a suprema corte francesa em questões de Direito Privado e Penal), por exemplo, tendem a chegar a menos de uma simples página datilografada. As decisões também não contêm uma verdadeira descrição dos fatos, quase nunca se referem a precedentes judiciais e não contêm nada que possa ser descrito como uma análise interpretativa ou de política pública. Finalmente, as decisões são tomadas por toda a corte como unidade, sem votos dissidentes nem concorrentes” (*Judicial deliberations: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 30). Na língua original: “The decisions are famously short: those of the Cour de cassation (the French supreme court in private and criminal law matters), for example, tend to run to less than a single typed page. The decisions also lack any serious description of the facts, almost never refer to past judicial decisions, and contain absolutely nothing that could be described as serious interpretive or policy analysis. Finally, the decision are rendered by the entire court as a single unit, without concurrences or dissents.”

²³³ Sobre o papel da doutrina e em especial dos comentários a decisões jurisdicionais como complemento das decisões da Corte de Cassação, caracterizando a mencionada bifurcação: LASSER, Mitchel de S.-O.-I'É. *Judicial deliberations: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 39-46, 184-187 e 191-198. Em trecho posterior da obra, o autor demonstra que suas conclusões a respeito da Corte de Cassação são igualmente aplicáveis ao Conselho de Estado e até mesmo ao Conselho Constitucional (p. 272-279).

expropriações e a analogia tem se imposto cada vez mais ao legislador.²³⁴

Mais adiante, Hauriou percebe o efeito deletério que medidas gratuitas de efeitos similares à desapropriação tendem a provocar:

Os planos de alinhamento produzem então, cada vez mais, para a Administração, os mesmos efeitos que a desapropriação e, como esse procedimento é mais rápido e cômodo, as administrações públicas devem ser frequentemente tentadas a utilizá-lo; mas para os administrados, ele apresenta menos garantias: 1º pois a servidão de recuo não gera nenhuma indenização pelo inconveniente que ela impõe, enquanto, se houvesse expropriação imediata, o proprietário gozaria livremente de seu dinheiro; 2º pois nas anexações de terrenos, ainda que as indenizações sejam fixadas pelo júri de expropriação, elas não são prévias à imissão na posse; (...) Nessas condições, se as administrações públicas tentarem extrair dos planos de alinhamento consequências abusivas ou utilizar o procedimento do plano de alinhamento nas situações em que seria necessário um verdadeiro procedimento de expropriação, há excesso de poder e é interessante saber que o Conselho de Estado assim decidiu.²³⁵

Em outros precedentes, a jurisprudência do Conselho de Estado estabeleceu novos limites para os planos de alinhamento, que foram assim sintetizados por Charles-Stéphane Marchiani:

O procedimento de alinhamento das vias públicas não pode abranger intervenções muito profundas, tornar inutilizável o imóvel em questão

²³⁴ HAURIOU, Maurice. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Paris: Recueil Sirey, 1929. v. 2, p. 339. Em sentido similar, em relação aos efeitos do plano de alinhamento: MARCHIANI, Charles-Stéphane. *Le monopole de l'État sur l'expropriation*. Paris: LGDJ, 2008. p. 12. MORAND-DEVILLER, Jacqueline; BOURDON, Pierre; POULET, Florian. *Droit administratif des biens*. 10ème ed. Paris: LGDJ, 2018. p. 151. FALCÃO, Alcino Pinto. Do direito a indenização, como evolução no conflito entre o princípio da liberdade de construir e as restrições administrativas. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro, n. 15, p. 25, set. 1972/maio 1973. Na língua original: “Les décisions d'élargissement ou de redressement contenues dans les plans d'alignement produisent des effets juridiques très graves, la réunion *ipso facto* à la voie publique des terrains non bâtis contenus dans les limites de l'élargissement décidé par le plan (V. Cons. d'Etat, 21 nov. 1890, Enoch, S. et P. 1892.9.143), et, pour les terrains bâtis, la servitude, de reculement, qui entraîne pour le présent l'interdiction de travaux confortatifs (V. Cons. d'Etat, 7 août 1897, Min. des Trav. publics, S. et P. 1899.3.81) et, dans l'avenir, après démolition de la maison, la réunion à la voie publique du terrain nu. La servitude de reculement ne justifie par elle-même aucune indemnité. Les annexions de terrains donnent lieu à indemnité, et même, en principe, s'il ne s'agit pas de chemins vicinaux, celles-ci doivent être réglées par le jury d'expropriation. Mais il subsiste toujours cette différence avec la procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique que le paiement de l'indemnité n'est pas préalable à la prise de possession (V. la note sous Cons. d'Etat, 21 nov. 1890, précité). Pourtant, ces annexions de terrains sont de véritables expropriations, et l'analogie s'est imposée de plus en plus au législateur.”

²³⁵ HAURIOU, Maurice. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Paris: Recueil Sirey, 1929. v. 2, p. 339-340. Na língua original: “Les plans d'alignement produisent donc de plus en plus pour l'Administration les mêmes effets que l'expropriation, et, comme cette procédure est plus expéditive et plus commode, les administrations publiques doivent être assez fréquemment tentées d'en user; mais pour les administrés, elle présente moins de garanties : 1º parce que la servitude de reculement ne donne lieu à aucune indemnité pour la gêne qu'elle impose, tandis que, s'il y avait expropriation immédiate, le propriétaire jouirait librement de son argent; 2º parce que, dans les annexions de terrains, alors même que l'indemnité est fixée par le jury d'expropriation, elle n'est pas préalable à la prise de possession; (...). Dans ces conditions, si les administrations publiques essaient, soit de tirer des plans d'alignement des conséquences abusives, soit d'employer la procédure du plan d'alignement là où il aurait fallu la véritable procédure d'expropriation, dans les deux cas, il y a excès de pouvoir, et il est intéressant, de savoir que le Conseil d'Etat l'a ainsi décidé.”

nem servir à abertura de novas vias.²³⁶

O édito de dezembro de 1607 continuou em vigor e suas regras foram incorporadas pelo Código Rodoviário (“Code de la voirie routière”), aprovado pela Lei nº 89-413, de 22 de julho de 1989, na parte legislativa, e pelo Decreto nº 89-631, de 4 de setembro de 1989, na parte regulamentar. De modo similar ao que ocorre na Itália, as disposições legislativas são acompanhadas da letra “L” e as regulamentares da letra “R”, com a diferença de que na França as letras aparecem antes do número do artigo, e não após seu texto.

O artigo L112-1, item 1, do Código Rodoviário estabelece a seguinte definição: “O alinhamento é a determinação pela autoridade administrativa do limite entre o domínio público rodoviário e o direito dos proprietários lindeiros. Ele é fixado por um plano de alinhamento ou por um alinhamento individual.”²³⁷

Segundo o artigo L112-2 do mesmo diploma legal, a publicação do plano de alinhamento “atribui de pleno direito à coletividade proprietária da via pública o solo dos terrenos vagos nos limites por ele determinados” (item 1)²³⁸ e, quanto aos terrenos edificadas, isso ocorre a partir da futura destruição da edificação (item 2), que a lei procura facilitar pela proibição de obras de reforço, salvo se o imóvel for classificado como monumento histórico (artigo L112-6). Como afirmam Jacqueline Morand-Deviller, Pierre Bourdon e Florian Poulet, “as propriedades lindeiras são atingidas por uma servidão de recuo que se estende até o limite da nova via pública e tem por objetivo fazer perecer de velhice a edificação ou muro”²³⁹.

Há indenização calculada nos mesmos termos utilizados na expropriação (artigo L112-2, item 3), mas não há exigência de pagamento prévio, uma vez que a transferência se dá de pleno direito. Se o imóvel é edificado, a transferência e a indenização só ocorrem após a destruição da edificação, anteriormente onerada pela servidão de recuo, de modo

²³⁶ *Le monopole de l'État sur l'expropriation*. Paris: LGDJ, 2008. p. 12. Na língua original: “La procédure d'alignement des voies publiques ne peut pas concerner des emprises trop profondes, rendre inutilisable l'immeuble visé ou servir à l'ouverture de nouvelles voies.”

²³⁷ Outros itens deste dispositivo tiveram sua redação alterada em 2010 e 2015, mas em aspectos que não interessam à presente tese. Na língua original: “L'alignement est la détermination par l'autorité administrative de la limite du domaine public routier au droit des propriétés riveraines. Il est fixé soit par un plan d'alignement, soit par un alignement individuel.”

²³⁸ Na língua original: “La publication d'un plan d'alignement attribue de plein droit à la collectivité propriétaire de la voie publique le sol des propriétés non bâties dans les limites qu'il détermine.”

²³⁹ *Droit administratif des biens*. 10ème ed. Paris: LGDJ, 2018. p. 150-151.

que ela abrange apenas o valor da terra nua, o que levou a doutrina a considerar que se trata de regime muito contestável que merece ser modificado²⁴⁰.

Como se vê, mesmo após as restrições que lhe foram impostas pela jurisprudência do Conselho de Estado, os planos de alinhamento continuam a funcionar de modo similar às restrições preordenadas à desapropriação do ordenamento jurídico italiano e – o que é pior – sem prazo previsto em lei para sua caducidade.

A gravidade destas regras levou a Corte de Cassação, em setembro de 2011, a provocar o Conselho Constitucional a decidir questão prioritária de constitucionalidade dos artigos 4 e 5 do édito de 1607, transformados nos artigos L112-1 e L112-2 do Código Rodoviário, por violação, entre outros, dos artigos 2 e 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a que faz remissão o preâmbulo da Constituição francesa de 1958, que protegem o direito de propriedade.

O Conselho Constitucional, na Decisão nº 2011-201 QPC, publicada em 2 de dezembro de 2011, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade, por considerar que a jurisprudência do Conselho de Estado²⁴¹ estabelece que o alinhamento promove retificações de menor importância no traçado da via pública, mas não pode ser utilizado para ampliações nem abertura de novas vias, de modo que ele não implicaria violação ao direito de propriedade. O Conselho também ressaltou que a indenização deve ser integral e, em relação aos terrenos edificados, reconheceu “sob reserva” a constitucionalidade do artigo L112-2, ou seja, adotou interpretação conforme a Constituição para considerá-lo constitucional desde que a indenização paga abranja o prejuízo sofrido em razão da servidão de recuo.

O alinhamento, todavia, não é a única medida predestinada à desapropriação existente na França.

Segundo Jacqueline Morand-Deville, Pierre Bourdon e Florian Poulet, por força do artigo L151-38 do Código de Urbanismo (“Code de l’Urbanisme”), nas comunas (municípios) dotadas de plano local de urbanismo, o traçado e as características das vias devem ser previstos nestes planos, que podem estabelecer reservas de área (“emplacements réservés”) para futuras desapropriações, sendo que o proprietário tem direito de exigir da

²⁴⁰ MORAND-DEVILLER, Jacqueline; BOURDON, Pierre; POULET, Florian. *Droit administratif des biens*. 10ème ed. Paris: LGDJ, 2018. p. 151.

²⁴¹ O “dossier documentaire” disponível no sítio eletrônico do Conselho Constitucional juntamente com a decisão proferida cita diversas decisões do Conselho de Estado e da Corte de Cassação sobre o tema.

entidade pública que adquira o imóvel no prazo de três anos, sob pena de não mais poder fazê-lo²⁴².

Realmente, a possibilidade jurídica desta reserva de espaço é reconhecida explicitamente no art. L151-41 do Código de Urbanismo de 2015, não apenas para futuras vias, mas também para instalações de interesse geral, espaços verdes e habitação.

Contudo, há um freio de grande relevância a este poder da autoridade administrativa: o proprietário atingido pela reserva pode notificar a entidade pública a desapropriar o bem e, se ela permanecer inerte por um ano, exigir judicialmente o pagamento da indenização, por força do art. L152-2 e do art. L230-3 do mesmo Código de Urbanismo, em uma espécie de iniciativa invertida do processo judicial de desapropriação²⁴³.

O proprietário pode ainda esperar que a reserva que incide sobre o bem caduque, o que ocorrerá se não for ajuizada, pelo expropriante, ação de desapropriação no prazo de três meses após o final do prazo de um ano que a entidade pública tem para deliberar sobre o assunto (artigo L230-4). A desapropriação permanece possível, mas a reserva deixa de produzir qualquer efeito jurídico. Vale notar que o prazo de um ano é para promover a desapropriação, por acordo ou ação judicial, e não para declarar a utilidade pública como na Itália.

Portanto, para os imóveis urbanos localizados em comuna que conta com plano local de urbanismo, o ordenamento jurídico francês oferece resposta muito mais detalhada e razoável que o italiano, que poderia ser aproveitada em eventual reforma legislativa da lei de desapropriações brasileira.

Apesar do atual Código de Urbanismo ter sido editado em 2015, disposições similares já existiam na legislação anterior.

²⁴² *Droit administratif des biens*. 10ème ed. Paris: LGDJ, 2018. p. 151. Embora os autores não explicitem o fundamento legal de sua afirmação, o artigo L152-7 do Código de Urbanismo estabelece que as servidões de utilidade pública – o que inclui a servidão de recuo decorrente do plano de alinhamento – perdem eficácia se não forem incorporadas ao plano de urbanismo no prazo de um ano, contado da instituição da servidão ou, na hipótese daquelas instituídas antes do advento do plano, da aprovação deste. O artigo L151-43 estabelece que estas servidões de utilidade pública devem constar de anexo específico do plano local de urbanismo.

²⁴³ No Brasil, mesmo sem previsão legal, solução similar foi cogitada, como se vê em ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do estado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 161. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 183-184. A proposta deste último autor, contudo, pressupõe prévia declaração de utilidade pública ou interesse social, de modo que se assemelha mais ao direito de consumação da desapropriação por iniciativa do proprietário previsto no artigo L241-1 do Código de Expropriações francês. Um tal direito já existiu no ordenamento jurídico brasileiro quando da vigência, na ordem constitucional de 1891, dos códigos de processo civil do Estado de Minas Gerais e do Distrito Federal (CRUZ, J. Oliveira e. *Da desapropriação*. Rio de Janeiro: Max Limonad, [entre 1941 e 1946]. p. 231).

O artigo L123-9 do anterior Código de Urbanismo (de 1973), na redação que lhe fora atribuída pela Lei nº 76-1285, de 31 de dezembro de 1976, veiculava norma bastante similar, com a diferença de que o prazo para o expropriante agir era de dois anos, prorrogável por mais um para atingir o total de três, ao invés do total de um ano da legislação atualmente em vigor, e havia necessidade de uma notificação adicional feita pelo proprietário após a caducidade da reserva²⁴⁴, como condição para que ela deixasse de produzir efeitos. A constitucionalidade deste dispositivo foi questionada pela Corte de Cassação, que, em abril de 2013, provocou o Conselho Constitucional a decidir questão prioritária de constitucionalidade a respeito da inexistência de direito de retrocessão do proprietário que abdica do seu imóvel atingido pela reserva de área para receber a indenização. Em acórdão publicado em 21 de junho de 2013, o Conselho Constitucional considerou o dispositivo legal conforme à Constituição (Decisão nº 2013-325 QPC²⁴⁵), ponderando que o exercício pelo proprietário do direito de abdicar do bem reservado, exigindo o pagamento da indenização, não se encontra dentro do campo de aplicação do direito constitucional de propriedade e que a falta de previsão de um direito de retrocessão é compatível com o art. 34 da Constituição de 1958, que estabelece que a lei determina os princípios fundamentais do regime da propriedade.

Mais interessante que a decisão do Conselho Constitucional é o comentário a seu respeito elaborado pelo “serviço jurídico” (“service juridique”), repartição do Conselho dirigido por seu secretário geral e composto por um magistrado judicial, um magistrado da jurisdição administrativa, um administrador da Assembleia Nacional e um do Senado, assistidos por docentes universitários²⁴⁶. O comentário é, portanto, um documento oficial, assim descrito por Alexandre Ciaudo:

Pode-se pensar igualmente que o comentário que o secretário-geral redige sobre a decisão do Conselho, atualmente de maneira constante, se assemelha às conclusões [do comissário de governo na jurisdição administrativa]. Todavia, este comentário contém apenas uma análise, ele

²⁴⁴ A legislação francesa não se vale do termo “caducidade”, cujo uso neste trecho e em outros deste item do presente capítulo é uma liberalidade desta tese que pressupõe um prévio juízo positivo de similaridade entre o fenômeno descrito e o conceito de caducidade. A legislação francesa estabelece simplesmente que a reserva deixa de ser oponível ou que o terreno deixa de ser abrangido por ela ou que o proprietário recupera a livre disposição do terreno.

²⁴⁵ A decisão é mencionada em HOUSTIOU, René. *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*. 17ème ed. Paris: LexisNexis, 2019. p. 241.

²⁴⁶ Informação disponível em <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-conseil-constitutionnel/les-services-du-conseil>>. Acesso em: 17 jun. 2021. O art. 15 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional (aprovada pela Ordonnance nº 58-1067 de 7 de novembro de 1958) estabeleceu que a organização da secretaria-geral do Conselho é prevista em decreto, após proposta do próprio Conselho Constitucional. O Decreto nº 59-1293, de 13 de novembro de 1959, estabelece a forma de nomeação e funções do secretário-geral, mas não detalha a composição do serviço jurídico.

não revela uma proposta de solução. Ele se parece mais com o informativo de jurisprudência da Atualidade jurídica em Direito Administrativo redigido pelos responsáveis do centro de documentação do Conselho de Estado.²⁴⁷

No minucioso comentário da Decisão nº 2013-325 QPC, o serviço jurídico do Conselho Constitucional traça a evolução legislativa das reservas de área no ordenamento jurídico francês desde sua origem na lei de 14 de março de 1919, que previa planos de expansão e desenvolvimento das cidades, obrigatórios para as comunas com mais de dez mil habitantes. O comentário menciona a Lei nº 324, de 15 de junho de 1943, cujo artigo 30 proibia a concessão de licença de construir em imóvel cuja extensão havia sido totalmente atingida pela reserva de área e estabelecia que a desapropriação deveria ocorrer no prazo quinze anos após o indeferimento da licença. Se tal prazo não fosse cumprido, o proprietário poderia notificar o expropriante e a reserva caducaria se, após a notificação, a inércia perdurasse por mais três meses. A Lei nº 53-683, de 6 de outubro de 1953, reduziu o prazo para promoção da desapropriação de quinze para cinco anos. A *ordonnance* nº 58-710, de 9 de outubro de 1958, modificou a redação do artigo 31 do Código de Urbanismo de 1954, estabelecendo o direito de abdicação do imóvel, mediante recebimento da indenização, bem como reduzindo o prazo para que a desapropriação ocorresse de cinco para três anos, sob pena de caducidade da reserva de área. A Lei nº 67-1253, de 30 de dezembro de 1967, lei de orientação fundiária, criou os planos de ocupação dos solos, que substituíram os antigos planos de urbanismo, que por sua vez haviam substituído os mencionados projetos de expansão e desenvolvimento; além disso, esta lei inseriu um artigo 18 no antigo Código de Urbanismo, similar às leis anteriores, mas introduzindo a possibilidade do prazo de três anos ser prorrogado por mais um, atingindo o total de quatro anos. Na sequência, a já mencionada Lei nº 76-1285, de 31 de dezembro de 1976, modificou a redação do artigo L123-9 do Código de Urbanismo de 1973, reduzindo novamente o prazo, que era de três anos, para dois anos, prorrogável por um, podendo atingir novamente os três anos. Esta foi a norma considerada constitucional na Decisão nº 2013-325 QPC. Apesar disso, quando a decisão foi proferida, o prazo já havia sido reduzido para um ano pela Lei nº 2000-1208, de 13 de dezembro de 2000. Como já dito,

²⁴⁷ Un acteur spécifique du procès constitutionnel: le secrétaire général du Conseil constitutionnel. *Revue française de droit constitutionnel*. Paris, n. 73, p. 17-26, jan./jun. 2008. p. 24. Na língua original: “On pourrait également penser que le commentaire que le secrétaire général rédige de la décision du Conseil, aujourd’hui de manière systématique, s’apparente à des conclusions. Toutefois, ce commentaire ne présente qu’une analyse, il ne révèle pas une proposition de solution. Il s’apparente donc davantage à la chronique de jurisprudence à L’Actualité juridique Droit administratif rédigée par les responsables du centre de documentation du Conseil d’État.” Como se vê, o Conselho Constitucional não foge à já mencionada tendência de bifurcação do discurso jurídico francês.

após a decisão do Conselho Constitucional, o legislador manteve o prazo de um ano no artigo L230-3 do Código de Urbanismo de 2015.

Os artigos L123-1 a L123-20 do Código de Urbanismo de 1973, na redação da Lei nº 2000-1208, também tiveram sua constitucionalidade questionada e confirmada pelo Conselho Constitucional na Decisão nº 2000-436 DC, publicada em 7 de dezembro de 2000. Esta decisão não versou sobre retrocessão, mas sobre a constitucionalidade da própria reserva de área, que foi reconhecida pelo fundamento de que ela não constituiria restrição suficientemente grave para desnaturar o sentido ou a extensão do direito de propriedade protegido pela Constituição francesa de 1958. Na ocasião, sustentou o Conselho Constitucional:

Considerando que a proibição de construir dentro do perímetro de um projeto global de desenvolvimento, na pendência de sua aprovação pelo município, se justifica pela necessidade de não comprometer nem tornar excessivamente onerosa a realização de tal projeto; *que esta proibição é limitada a um período de cinco anos*, aplica-se apenas às edificações com área superior a determinado piso e é inaplicável a obras de adaptação, reparação ou limitada expansão de construções existentes; que a constituição de reservas fundiárias para implementação de habitações ocupadas por uma diversidade de classes sociais visa igualmente a um objetivo de interesse geral; que, além disso, quando uma ou outra destas servidões é instituída, os proprietários afetados podem, com base na segunda alínea do novo artigo L. 123-17 do código de urbanismo, “constituir o município em mora na promoção da aquisição de seu terreno, nas condições e prazos mencionados nos artigos L. 230-1 e seguintes”; que, por conseguinte, as limitações impostas às condições de exercício do direito de propriedade pelas criticadas servidões não se revestem de gravidade a ponto de desnaturar o sentido e o alcance desse direito (...).²⁴⁸

Ao contrário do que ocorreu na Itália, a crescente proteção conferida pelo legislador francês à propriedade contra as medidas administrativas preordenadas à desapropriação não foi provocada por decisões de inconstitucionalidade. Ademais, quando se debruçou sobre o assunto – já nas décadas de 2000 e 2010, e não na década de 1960,

²⁴⁸ Itálicos nossos. Na língua original: “Considérant que l’interdiction de construire à l’intérieur du périmètre d’un projet global d’aménagement, dans l’attente de l’approbation de ce projet par la commune, est justifiée par la nécessité de ne pas compromettre ou de ne pas rendre plus onéreuse la réalisation dudit projet; que cette interdiction est limitée à une période de cinq ans, ne vise que les constructions d’une superficie supérieure à un seuil déterminé et ne s’applique pas aux travaux d’adaptation, de réfection ou d’extension limitée des constructions existantes; que vise également un objectif d’intérêt général la constitution de réserves foncières en vue de la réalisation de logements répondant à une préoccupation de mixité sociale ; qu’en outre, lorsque l’une ou l’autre de ces servitudes est instituée, les propriétaires concernés peuvent, en application du deuxième alinéa de l’article L. 123-17 nouveau du code de l’urbanisme, “mettre en demeure la commune de procéder à l’acquisition de leur terrain, dans les conditions et délais mentionnés aux articles L. 230-1 et suivants”; que, par suite, les limitations apportées aux conditions d’exercice du droit de propriété par les servitudes critiquées ne revêtent pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit s’en trouvent dénaturés (...).”

como na Itália –, o Conselho Constitucional francês encontrou uma legislação que estabelecia prazos definidos de eficácia para a reserva de área, aspecto que constou na justificativa da decisão pela sua constitucionalidade. A inexistência de prazo similar para as medidas decorrentes de planos de alinhamento é questionável, mas seu impacto foi reduzido pelas sucessivas decisões do Conselho de Estado que restringem as hipóteses de aplicação deste instituto.

Se o ordenamento italiano é melhor fonte de inspiração para a construção do conceito central para a presente tese – até pelo fato do patológico desrespeito à propriedade ter gerado um amplo contencioso doméstico e internacional e consequente caudalosa reflexão doutrinária a respeito –, o ordenamento francês apresenta regras legislativas mais claras, explícitas e razoáveis, que podem ser adaptadas com maior facilidade se o legislador brasileiro resolver detalhar em diploma legal o regime jurídico das medidas preordenadas à desapropriação.

2.3 – Expropriações temporárias na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

A especificidade do tema da presente tese torna desnecessária uma exposição introdutória sobre a desapropriação ablativa no ordenamento jurídico norte americano e na jurisprudência da Suprema Corte²⁴⁹. Assim, serão abordados apenas os precedentes que guardam relação direta com o tema deste capítulo.

Em precedente julgado em 9 de junho de 1987, *First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles*, 482 U. S. 304 (1987), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América avaliou a necessidade de indenização em benefício de proprietário em razão de ordem temporária (“interim ordinance”) de proibição de edificação em imóvel em razão do risco de inundações²⁵⁰.

Neste julgamento, a Suprema Corte decidiu que uma expropriação regulatória (sem desapossamento) temporária, mesmo anulada ou revogada pela autoridade pública, implica o dever de indenizar pelo prejuízo ocorrido antes de sua anulação ou revogação. Na ementa (“syllabus”) do acórdão se encontra o cerne da argumentação:

²⁴⁹ Já existe em língua portuguesa uma excelente e detalhada sistematização desta jurisprudência: VEREZA, Luiza. *Regulações expropriatórias: requisitos procedimentais e parâmetros materiais de identificação*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 149-249. Em língua inglesa, uma ótima síntese pode ser encontrada em MAY, James. Inverse condemnation. In: HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford companion to the supreme court of the United States*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005. p. 505-509.

²⁵⁰ Um relato do caso e suas implicações pode ser encontrado em STERK, Stewart E. The federalist dimension of regulatory takings discipline. *Yale Law Journal*. v. 114, n.2, p. 244-246, nov. 2004.

À luz da cláusula da justa indenização, quando o poder público subtraiu propriedade por meio da disciplina do uso do solo, o proprietário pode recuperar os prejuízos anteriores à decisão final no sentido de que a disciplina constitui uma subtração da sua propriedade. A cláusula não é concebida para limitar em si a ingerência governamental em direitos de propriedade, mas sim para assegurar indenização na hipótese de uma ingerência, no mais, adequada e que caracteriza uma subtração. Um proprietário é legitimado a demandar condenação reversa como efeito do caráter autoaplicável da disposição constitucional referente à indenização. Enquanto a típica subtração ocorre quando o poder público age em juízo para alcançar bens no exercício de seu poder de expropriar, a doutrina da condenação reversa é baseada na proposição de que uma subtração pode ocorrer sem tais procedimentos formais. Expropriações regulatórias “temporárias” que, como no caso, retiram do proprietário qualquer uso de sua propriedade, não são diferentes em natureza de expropriações permanentes para as quais a Constituição claramente exige compensação. Mesmo que um tribunal determine que uma subtração ocorreu, o poder público mantém todo o leque de opções antes disponíveis: modificação da disciplina, revogação da medida invalidada ou exercício do poder de expropriar. Mas quando as atividades do poder público já geraram uma subtração de qualquer uso da propriedade, nenhuma atitude subsequente do poder público pode exonerá-lo do dever de prover indenização pelo período durante o qual a subtração foi eficaz. Invalidação da decisão sem pagamento do justo valor pelo uso da propriedade durante este período seria uma solução constitucionalmente insuficiente.²⁵¹

É importante notar que a Suprema Corte não decidiu se ocorreu – para usar a expressão estipulada no capítulo 1 desta tese – desapropriação ablatória do imóvel da “Primeira Igreja Luterana Evangélica Inglesa”. A decisão foi no sentido de que, se houver este sacrifício, sua anulação ou revogação não dispensa a indenização pelo período da ablação, ainda que esta tenha cessado. Tanto é assim que o caso retornou às instâncias

²⁵¹ A opção por traduzir “taking” ora como subtração e ora como expropriação se deve à conveniência de manter a expressão “expropriação regulatória”, que é a utilizada pela doutrina brasileira para se referir à jurisprudência norte-americana. Uma abordagem literal poderia traduzir “*eminent domain*” como expropriação e “*taking*” como subtração. Na língua original: “Under the Just Compensation Clause, where the government has ‘taken’ property by a land-use regulation, the landowner may recover damages for the time before it is finally determined that the regulation constitutes a “taking” of his property. The Clause is designed not to limit the governmental interference with property rights per se, but rather to secure compensation in the event of otherwise proper interference amounting to a taking. A landowner is entitled to bring an action in inverse condemnation as a result of the self-executing character of the constitutional provision with respect to compensation. While the typical taking occurs when the government acts to condemn property in the exercise of its power of eminent domain, the doctrine of inverse condemnation is predicated on the proposition that a taking may occur without such formal proceedings. “Temporary” regulatory takings which, as here, deny a landowner all use of his property, are not different in kind from permanent takings for which the Constitution clearly requires compensation. Once a court determines that a taking has occurred, the government retains the whole range of options already available – amendment of the regulation, withdrawal of the invalidated regulation, or exercise of eminent domain. But where the government’s activities have already worked a taking of all use of property, no subsequent action by the government can relieve it of the duty to provide compensation for the period during which the taking was effective. Invalidation of the ordinance without payment of fair value for the use of the property during such period would be a constitutionally insufficient remedy.”

ordinárias, que decidiram que isto não ocorreu²⁵², razão pela qual o proprietário não recebeu qualquer indenização.

O precedente firmado em *First English* continua em vigor, como apontou a Suprema Corte em duas decisões mais recentes: a) *Arkansas Game and Fish Commission v. United States*, 568 U. S. 23 (2012), decidido em 4 de dezembro de 2012, que versou sobre a existência de expropriação regulatória temporária decorrente de inundações provocadas de modo intencional pelo corpo de engenharia das forças armadas, a pedido de fazendeiros, prejudicando por seis anos a extração de madeira na área de propriedade da autora da ação judicial; b) *Knick v. Township of Scott, Pennsylvania, et al*, 588 U. S. ____ (2019), decidido em 21 de junho de 2019; este último caso versa sobre a desnecessidade de exaurir os meios processuais estaduais antes de ajuizar demanda indenizatória por expropriação na Justiça Federal norte-americana, questão alheia ao tema da presente tese, de modo que sua menção serve apenas a demonstrar que o precedente de 1987 não foi superado.

Embora salte aos olhos o contraste entre *First English* e a Sentença nº 55, de 1968, da Corte Constitucional italiana, não se pode olvidar que as diferenças relativizam a comparação.

Em *First English*, a medida estatal não foi concebida para ser temporária e nem preparava futura desapropriação. Ao contrário, ela pretendia vigorar por prazo indeterminado, baseada em risco de inundação à qual o imóvel estava submetido, e só foi considerada pela Suprema Corte como potencialmente temporária pois poderia ser anulada ou revogada, o que seria insuficiente para evitar a incidência do dever de indenização.

Ainda assim, em termos mais abstratos, os raciocínios jurídicos dos dois tribunais são opostos um ao outro. Para a *Supreme Court*, a temporariedade da privação é insuficiente para afastar a indenização. Para a *Corte Costituzionale*, ao contrário, a indenização e a temporariedade são disjuntivas.

Em *Arkansas Game and Fish*, além de apontar que a importância estratégica do controle de inundações não exime o poder público da necessidade de indenizar os

²⁵² FREYFOGLE, Eric T. *First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles*. In: HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford companion to the supreme court of the United States*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005. p. 349. BARCLAY, Cecily; GRAY, Mathew S. *California land use and planning law*. 37th ed. Point Arena: Solano Press, 2020. p. 328. Em *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U.S. 302 (2002), a Suprema Corte registrou: “Depois de nossa devolução, os tribunais da Califórnia concluíram que não houvera expropriação, (...) e nós recusamos revisar esta decisão” (Na língua original, com as referências dos julgados: “After our remand, the California courts concluded that there had not been a taking, *First English Evangelical Church of Glendale v. County of Los Angeles*, 210 Cal. App. 3d 1353, 258 Cal. Rptr. 893 (1989), and we declined review of that decision, 493 U. S. 1056 (1990).”

proprietários atingidos, a Suprema Corte deixou claro já na ementa:

Quando regulação ou invasão física temporária pelo poder público interferem na propriedade privada, o tempo é um fator na determinação da existência de uma subtração indenizável.²⁵³

Há outro precedente importante que pode iluminar o que foi decidido em *First English*. Em *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U.S. 302 (2002), julgado em 23 de abril de 2002, a Suprema Corte avaliou a constitucionalidade de duas suspensões gerais (“moratória”) de parcelamento do solo e licenças para construir, pelo prazo total de 32 (trinta e dois) meses, vigentes durante a elaboração de um novo plano urbanístico (“land-use plan”) para a bacia do Lago Tahoe, que se estende pelos territórios dos Estados da Califórnia e Nevada. O tribunal do 9º circuito decidiu as suspensões não teriam privado o proprietário do bem, uma vez que seriam parciais em razão de sua restrição no tempo, interpretação que considerou compatível com *First English*, uma vez que este precedente teria se limitado à questão da adequação da ação indenizatória a expropriações regulatórias temporárias, sem definir em que hipóteses tais expropriações ocorrem. A Suprema Corte manteve a decisão recorrida e registrou na ementa:

Ambas as dimensões de um verdadeiro direito real – a extensão e as fronteiras que delimitam suas dimensões geográficas e o período de anos que delimita seu aspecto temporal – precisam ser consideradas quando se observa o direito em sua totalidade. Uma privação permanente de qualquer uso é uma expropriação do terreno como um todo, mas uma restrição temporária que causa diminuição de valor não é, pois a propriedade irá recuperar o valor quando a proibição for encerrada.²⁵⁴

Neste precedente, a Suprema Corte demonstrou preocupação com os impactos que teria uma decisão favorável ao proprietário sobre práticas há muito consolidadas, como a necessidade de obter licenças para construir (e aguardar o tempo necessário para sua apreciação). A suspensão de licenças na pendência da adoção de novo plano urbanístico – chamada de moratória – foi considerada uma ferramenta essencial do planejamento urbano.

À primeira vista, a leitura de *Tahoe-Sierra* parece inverter a impressão inicial, aproximando a jurisprudência norte-americana da italiana. Contudo, ao contrário das italianas restrições preordenadas à desapropriação, esta moratória urbanística não se aplica

²⁵³ Na língua original: “When regulation or temporary physical invasion by government interferes with private property, time is a factor in determining the existence vel non of a compensable taking.”

²⁵⁴ Na língua original: “Both dimensions of a real property interest—the metes and bounds describing its geographic dimensions and the term of years describing its temporal aspect—must be considered when viewing the interest in its entirety. A permanent deprivation of all use is a taking of the parcel as a whole, but a temporary restriction causing a diminution in value is not, for the property will recover value when the prohibition is lifted.”

a imóveis específicos que serão atingidos por um empreendimento público, mas a toda a área abrangida pelo plano urbanístico em revisão (ou ao menos aquelas classificadas previamente como mais sensíveis no zoneamento existente). Ainda que os terrenos atingidos sejam determináveis – o que não permite qualificar a medida como geral e abstrata –, não se pode negar que se trata de medida muito abrangente²⁵⁵ e dotada de potencial para beneficiar o conjunto da área urbana objeto do planejamento ao evitar uma corrida para obtenção de licenças nos termos do plano anterior à revisão e, por este meio, evitar que o Lago Tahoe perdesse por centenas de anos a claridade translúcida de suas águas, traço distintivo que valoriza significativamente o entorno e todos os bens imóveis nele situados. Este aspecto não passou despercebido pela Suprema Corte, que registrou que

com uma proibição temporária de edificação, há menor risco de proprietários individuais serem singularizados para carregar um fardo especial que deveria ser partilhado pela coletividade como um todo²⁵⁶.

A Corte também reconheceu que não se deve ser indiferente à extensão do prazo da moratória, mas reiterou sua preferência pela abordagem casuística:

A duração das restrições é um fato que um tribunal deve considerar ao avaliar pleitos de expropriação regulatória, mas em relação a tal fator, deve-se resistir à tentação de adotar regras apriorísticas em qualquer direção²⁵⁷.

Observações similares podem ser feitas em relação ao mérito – não apreciado pela Suprema Corte – de *First English*, que envolvia medida temporária que atingiu diversos imóveis, com o objetivo de manter o *status quo* pelo tempo razoavelmente necessário para completar estudos sobre as providências a adotar e então editar a disciplina pertinente. Também neste caso, como apontou a Corte de Apelação da Califórnia ao apreciar a controvérsia após a decisão da Suprema Corte – *First English Evangelical Church of Glendale v. County of Los Angeles*, 210 Cal. App. 3d 1353, 258 Cal. Rptr. 893 (1989) –, as restrições guardam relação com situação decorrente de limitação natural do bem em razão de sua posição geográfica – suscetibilidade a inundações –, o proprietário foi indiretamente beneficiado de modo específico relevante pelas vedações impostas a imóveis a montante do seu, que o protegeram de danos maiores em eventual nova inundação e a medida foi preparatória de uma nova disciplina editada menos de três anos depois, não tendo havido

²⁵⁵ A decisão afirma que a recorrente, Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc., é entidade sem fins lucrativos que reúne cerca de dois mil e quatrocentos proprietários de imóveis prejudicados pela moratória. Há registro de que foram ajuizadas outras ações judiciais questionando a moratória.

²⁵⁶ Na língua original: “Moreover, with a temporary development ban, there is less risk that individual landowners will be singled out to bear a special burden that should be shared by the public as a whole.”

²⁵⁷ Na língua original: “The restriction's duration is one factor for a court to consider in appraising regulatory takings claims, but with respect to that factor, the temptation to adopt per se rules in either direction must be resisted.”

intenção da entidade pública adquirir o bem. A respeito deste último detalhe, a Corte de Apelação do Estado da Califórnia apontou o seguinte em sua fundamentação:

A ação não alega que as limitações impostas ao uso da propriedade pela Primeira Igreja foram motivadas por um desejo de adquirir Lutherglan [o imóvel] por um preço mais baixo nem que foi desarrazoada a conclusão do Condado de que tais limitações contribuem significativamente para a [tutela da] incolumidade pública.²⁵⁸

Tal como em *First English*, a Corte de *Tahoe-Sierra* não decidiu se no caso houve expropriação regulatória, mas apenas que não se pode caracterizá-la aprioristicamente tão somente a partir da existência de uma temporária suspensão ou moratória de parcelamento e ocupação do solo. O ordenamento jurídico brasileiro não prevê este tipo de providência²⁵⁹, mas na nota de rodapé nº 37, a Suprema Corte demonstrou que ela é prevista na legislação de diversos estados-membros norte-americanos. Entre as leis estaduais citadas, encontra-se o item 65858 do Código de Governo da Califórnia, cuja alínea *a* estabelece o seguinte:

O parlamento local de um condado, cidade, incluindo uma cidade autônoma ou cidade-condado, poderá, com o objetivo de proteger a segurança pública, a saúde e o bem-estar, adotar como medida de urgência uma ordem temporária proibindo quaisquer usos que possam conflitar com um projetado plano geral, plano específico ou proposta de zoneamento em estudo ou apreciação, em prazo razoável, pelo parlamento local, comissão de planejamento ou departamento de planejamento, sem que seja necessário seguir os procedimentos ordinariamente aplicáveis antes da adoção de uma decisão de zoneamento. A medida de urgência dependerá da aprovação de quatro quintos dos membros do parlamento. A ordem provisória deixará de produzir efeitos 45 (quarenta e cinco) dias após a data de sua edição. Após notificação nos termos do item 65090 [deste Código] e audiência pública, o parlamento local poderá estender a ordem temporária por dez meses e quinze dias e, na sequência, estendê-la por um ano. Qualquer extensão exigirá o *quorum* de quatro quintos para sua aprovação. Nenhuma extensão além das previstas poderá ser adotada.²⁶⁰

²⁵⁸ Na língua original: “The complaint does not allege the limitations imposed on First English's use of the property were motivated by a desire to acquire Lutherglan at a lower price or that it was unreasonable for the County to conclude these limitations would contribute substantially to the public safety.”

²⁵⁹ Apesar disso, Luiz Henrique Antunes Alochio já sumariou experiências estrangeiras e cogitou a extensão do instituto ao ordenamento brasileiro em sua obra *Plano diretor urbano e estatuto da cidade: medidas cautelares e moratórias urbanísticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Na Itália, esta medida é denominada “*misura di salvaguardia*” e seus contornos são bem explicados em MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 842-847.

²⁶⁰ O dispositivo não era aplicável ao caso *Tahoe-Sierra*, que envolvia uma decisão de autoridade administrativa interestadual. Este dispositivo legal também foi citado no voto vencido da minoria da Corte, juntamente com outras leis estaduais. A lista de leis estaduais foi complementada em STERK, Stewart E. The federalist dimension of regulatory takings discipline. *Yale Law Journal*. v. 114, n.2, p. 259, nov. 2004. Na língua original: “Without following the procedures otherwise required prior to the adoption of a zoning ordinance, the legislative body of a county, city, including a charter city, or city and county, to protect the public safety, health, and welfare, may adopt as an urgency measure an interim ordinance prohibiting any uses that may be in conflict with a contemplated general plan, specific plan, or zoning proposal that the

Mesmo implicando intensa ingerência sobre o direito de propriedade, esta medida não é preordenada a qualquer desapropriação, mas sim ao zoneamento. Portanto, ela não se enquadra nas situações analisadas na presente tese.

A falta de precedentes mais específicos da Suprema Corte não surpreende. Seu papel é estabelecer parâmetros, sendo inviável que, entre tantas controvérsias constitucionais, ela se dedique a detalhar as inúmeras nuances da interface entre a disciplina do solo e o direito de propriedade, o que deixa relevante espaço para outros órgãos e entidades estatais, sobretudo dos Estados-membros²⁶¹.

A compreensão do tema no ordenamento jurídico dos Estados Unidos não pode, portanto, se basear tão somente – na verdade, nem principalmente – na análise da jurisprudência da Suprema Corte. Como afirma Stewart E. Sterk,

a proteção constitucional à disposição do proprietário depende intensamente do pano de fundo constituído por princípios de Direito estadual em efeito antes que a disciplina impugnada fosse editada. Uma disciplina que constitui uma subtração constitucional em Houston poderia sobreviver ao teste de constitucionalidade se editada em Nova Iorque. Como o parâmetro de controle à luz do qual qualquer disciplina é avaliada precisa incorporar o pano de fundo de Direito estadual, a Suprema Corte não pode desenvolver um parâmetro nacional abrangente para a expropriação.²⁶²

A jurisprudência da Suprema Corte, portanto, desempenha papel mais parecido com a da Corte Europeia de Direitos Humanos do que o da Corte Constitucional italiana ou do Conselho Constitucional francês e é insuficiente para possibilitar uma adequada comparação.

Para complementar esta análise, será abordada a legislação do Estado da

legislative body, planning commission or the planning department is considering or studying or intends to study within a reasonable time. That urgency measure shall require a four-fifths vote of the legislative body for adoption. The interim ordinance shall be of no further force and effect 45 days from its date of adoption. After notice pursuant to Section 65090 and public hearing, the legislative body may extend the interim ordinance for 10 months and 15 days and subsequently extend the interim ordinance for one year. Any extension shall also require a four-fifths vote for adoption. Not more than two extensions may be adopted.”

²⁶¹ STERK, Stewart E. The federalist dimension of regulatory takings discipline. *Yale Law Journal*. v. 114, n.2, p. 205-206, nov. 2004. Sobre o caráter estadual do Direito Urbanístico nos Estados Unidos: PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 92 e 97-98. O trecho citado integra o capítulo 2 da primeira edição, intitulado “Os planos urbanísticos no direito comparado”, que foi integralmente suprimido em PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Em razão desta supressão, esta edição conta com o total de seis capítulos, ao invés dos sete da primeira edição.

²⁶² STERK, Stewart E. The federalist dimension of regulatory takings discipline. *Yale Law Journal*. v. 114, n.2, p. 206, nov. 2004. Na língua original: “(...) the constitutional protection available to a landowner depends heavily on background principles of state law in effect before the challenged regulation was enacted. A regulation that constitutes an unconstitutional taking in Houston could pass constitutional muster if enacted in New York. Because the constitutional standard against which any regulation is measured must itself incorporate background state law, the Supreme Court cannot develop a comprehensive national takings standard.”

Califórnia, uma vez que, dos quatro precedentes da Suprema Corte analisados no presente item, os dois mais importantes (*First English* e *Tahoe-Sierra*) envolvem este Estado.

2.4 – Medidas administrativas preordenadas à desapropriação na Lei de Zoneamento e Planejamento do Estado da Califórnia

O Poder Judiciário do Estado da Califórnia é conhecido por sua hostilidade a pleitos de expropriação regulatória apresentados por proprietários²⁶³. De igual modo, os governos locais são considerados hostis ao interesse de empreendedores imobiliários e não é casual que uma quantidade desproporcional dos casos decididos pela Suprema Corte envolvendo expropriação regulatória, a partir de 1980, sejam originários justamente da Califórnia²⁶⁴.

A legislação urbanística estadual se encontra compilada no Título 7 do Código Governamental da Califórnia, que é chamado de Lei de Zoneamento e Planejamento (“Planning and Zoning Law”) pelo seu § 65000.

Neste diploma legal, não há previsão de medidas que possam ser *prima facie* enquadradas no conceito de medida administrativa preordenada à desapropriação desenvolvido nesta tese.

Os §§ 66479 a 66481, por exemplo, preveem reservas de áreas para uso público no âmbito do parcelamento do solo (“subdivision”), o que lembra as reservas de área do Código de Urbanismo francês. A semelhança, contudo, não resiste a uma comparação mais atenta. Enquanto a norma francesa prevê uma futura desapropriação para tutelar uma utilidade pública geral, a californiana aparentemente se restringe a usos públicos que servirão primeiramente ao próprio loteamento e ainda assim exige que haja um acordo entre o proprietário e a entidade pública que irá adquirir a parcela de terreno, que deverá pagar por ele. Trata-se de norma muito mais protetiva da propriedade privada do que, por exemplo, os arts. 9º, § 2º, III, e 22 da Lei nº 6.766, de 1979, vigente no Brasil, que determina a transferência gratuita ao Município dos espaços públicos previstos no projeto

²⁶³ STERK, Stewart E. The federalist dimension of regulatory takings discipline. *Yale Law Journal*. v. 114, n.2, p. 262 e 264, nov. 2004. O artigo traça interessante contraste com a jurisprudência da Corte de Apelação de Nova Iorque, mais protetiva da propriedade (p. 267). Atribuindo esta notoriedade especificamente à Suprema Corte da Califórnia: FISCHER, William A. *Zoning rules! The economics of land use regulation*. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2015. p. 88. O acerto da assertiva pode ser confirmado pelos diversos precedentes locais desfavoráveis a proprietários descritos em BARCLAY, Cecily; GRAY, Mathew S. *California land use and planning law*. 37th ed. Point Arena: Solano Press, 2020. p. 321-327 e 330-336.

²⁶⁴ STERK, Stewart E. The federalist dimension of regulatory takings discipline. *Yale Law Journal*. v. 114, n.2, p. 265, nov. 2004. Esta série de casos envolvendo a Califórnia também é mencionada em FISCHER, William A. *Zoning rules! The economics of land use regulation*. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2015. p. 127.

de parcelamento do solo aprovado pelo próprio Município. Além disso, se não houver acordo entre a entidade pública e o proprietário a respeito da aquisição, a reserva da área deixa de produzir efeitos, de modo que não há predestinação à desapropriação.

A norma que mais se aproxima textualmente das legislações francesa e italiana anteriormente descritas neste capítulo é a referente aos planos de revitalização comunitária. O § 62201, *e*, permite a aquisição de propriedade por desapropriação no âmbito da implementação destes planos, desde que este poder seja exercido no prazo de 12 (doze) anos da edição do plano. O prazo pode parecer longo à primeira vista, mas seus efeitos são balanceados pelo § 62204, que garante ao proprietário, tal como na França, a iniciativa invertida do processo de desapropriação se a autoridade não iniciar o procedimento expropriatório após três anos da edição do plano de revitalização e permanecer inerte por adicionais dezoito meses, contados do recebimento da oferta de preço do proprietário²⁶⁵. Ainda assim, não há previsão de que a mera inclusão de uma área no perímetro do plano de revitalização afete os parâmetros urbanísticos aplicáveis na hipótese do proprietário pretender construir nela ou explorá-la em conformidade com as regras do plano urbanístico geral e do zoneamento. Em *Cambria Spring Co. v. City of Pico Rivera*, 171 Cal. App. 3d 1080 (1985), a Corte de Apelação da Califórnia levou estes aspectos em consideração para negar indenização a proprietário de imóvel abrangido por plano de revitalização posteriormente frustrado, tendo em vista que não foi sequer requerida licença para construir.

A aparente inexistência de similaridade entre os ordenamentos da Califórnia, por um lado, e da Itália e da França, por outro, só é vencida quando a legislação estadual é interpretada à luz da jurisprudência.

Segundo a Lei de Zoneamento e Planejamento, o plano urbanístico geral de cada condado e cidade deve obrigatoriamente prever as mais relevantes vias públicas existentes e projetadas (§ 65302, *b*), bem como espaços abertos (§ 65302, *e*). A lei californiana aparentemente não impede todo e qualquer uso das propriedades alcançadas por este planejamento²⁶⁶, limitando-se, no caso dos espaços abertos, a proibir licenças para

²⁶⁵ Tal como na França, na Califórnia a legislação também prevê, de modo geral, um direito do proprietário à consumação da desapropriação após o decurso de certo tempo após a declaração de necessidade pública sem que a ação judicial de desapropriação tenha sido ajuizada. No caso da Califórnia, este prazo é de seis meses (§ 1245.260 do *Code of Civil Procedure*).

²⁶⁶ Em sentido diverso, Victor Carvalho Pinto afirma que nos Estados Unidos, em geral, é “vedada a edificação nas áreas reservadas pelo mapa oficial para algum uso público ou em terrenos que não tenham divisa com rua dele constante” (*Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 94).

construir, parcelamentos do solo e decisões de zoneamento que sejam incoerentes com o plano local de espaços abertos (§ 65567). Não há previsão de que as áreas privadas atingidas sejam futuramente expropriadas. Contudo, a jurisprudência da Corte de Apelação da Califórnia mostra que a aplicação prática destas disposições pode se aproximar do que ocorre, por exemplo, nos Municípios de Belo Horizonte e do Rio de Janeiro, a depender da interpretação dada pelas autoridades locais aos planos urbanísticos, que são tratadas de modo deferente pelos juízes locais.

A decisão da Corte de Apelação da Califórnia em *Selby Realty Co. v. City of San Buenaventura*, 10 Cal. 3d 110 (1973), por exemplo, demonstra a existência de medida administrativa preordenada à desapropriação muito semelhante aos projetos aprovados de alinhamento do Município do Rio de Janeiro e aos projetos viários prioritários do Município de Belo Horizonte. Neste caso, o plano urbanístico geral da Avenida Ventura, adotado pelo Condado de Ventura e pelo Município de San Buenaventura, previu a extensão de uma rua chamada “Cedar Street”, bem como a abertura de outras ruas, sobre os terrenos da autora da ação judicial, que anteriormente haviam sido incluídos em zoneamento que admitia múltiplas moradias. A proprietária apresentou requerimento de licença para construir um edifício de cinquenta e quatro apartamentos e seu terreno. O município indeferiu a licença porque o requerente se negara a permitir que houvesse a extensão viária no pedaço do seu terreno previsto para esta destinação no plano urbanístico. Em relação ao condado – e não ao município –, a Corte de Apelação não viu qualquer ilegalidade no plano aprovado, rejeitou a arguição de que teria ocorrido uma expropriação regulatória e enfatizou a diferença entre o plano e a declaração de intenção de expropriar: a “adoção de um plano geral está a várias léguas de distância de uma declaração firme de uma intenção de promover expropriação da propriedade”²⁶⁷. A fundamentação do acórdão destacou que a situação da autora da ação não era diferente daquela de outros proprietários atingidos pelas ruas projetadas pelo plano urbanístico e que este poderia vir a ser alterado, modificado ou abandonado. Além disso, a Corte demonstrou preocupação em não dificultar a atividade de planejamento urbano, observou as consequências deletérias do crescimento urbano desordenado e apontou as iniciativas legislativas recentes para enfrentar tal situação. Em relação ao município, a Corte de Apelação anulou a sentença da instância inicial e determinou a devolução do caso para julgamento de legalidade da negativa da licença. Portanto, a decisão é inconclusiva em

²⁶⁷ Na língua original: “The adoption of a general plan is several leagues short of a firm declaration of an intention to condemn property.”

relação à legalidade da medida, mas é ilustrativa do entendimento adotado pelas autoridades locais.

Mais conclusiva é a decisão de *Peacock v. County of Sacramento*, 271 Cal. App. 2d 845 (1969), em que a Corte de Apelação da Califórnia considerou caracterizada expropriação regulatória pelo indeferimento de projeto de parcelamento do solo de gleba incluída no perímetro de um plano para construção de um novo aeroporto, associado à mudança do zoneamento aplicável ao terreno para a zona concebida justamente para vizinhança de aeroportos, cujos parâmetros urbanísticos são mais restritivos, com o objetivo de evitar a urbanização da área e o conseqüente encarecimento dos imóveis nela localizados, enquanto o Condado de Sacramento tentava obter financiamento federal para o empreendimento, que posteriormente acabou cancelado. A fundamentação destacou que a combinação de diversas medidas que, isoladamente, não constituiriam expropriação regulatória, por tempo superior ao razoável, acabou por caracterizar a subtração da propriedade do autor da ação.

Mais recentemente, o mesmo entendimento aplicado em *Jefferson Street Ventures, LLC v. City of Indio*, 236 Cal. App. 4th 1175 (2015), em que foi considerada expropriação regulatória a exigência do município de que o proprietário, ao construir um *shopping center*, mantivesse indivisa e sem infraestrutura, uma parcela de sua gleba que seria futuramente desapropriada para abertura de uma ligação viária. O acórdão registra que não foi o empreendimento que tornou necessária a nova via e que o objetivo da medida administrativa foi reduzir a indenização na futura desapropriação, ainda dependente da finalização de moroso processo administrativo federal de licenciamento ambiental. A fundamentação é bastante direta: “uma vez que uma expresso desejo do Estado de adquirir a propriedade do autor no futuro resultou no indeferimento de aprovações urbanísticas, ocorreu uma expropriação”²⁶⁸. Uma peculiaridade interessante deste caso é que a circunstância de ter sido autorizada a edificação de um *shopping center* em 11 (onze) dos 26 (vinte e seis) acres do imóvel não impediu o reconhecimento da expropriação indireta da parcela restante, atingida pelo indevido recuo que tanto lembra os projetos aprovados de alinhamento do Município do Rio de Janeiro e os projetos viários prioritários do Município de Belo Horizonte.

Por outro lado, em *Guinnane v. City and County of San Francisco*, 197 Cal. App.

²⁶⁸ Na língua original: “once the state's expressed desire to acquire the plaintiffs' property in the future resulted in denial of land use approvals, a taking occurred”.

3d 862 (1987)²⁶⁹, a Corte de Apelação da Califórnia rejeitou arguição de expropriação regulatória que seria decorrente da inclusão do imóvel do autor da ação, formado por quatro lotes vagos, em área em estudo para criação de um parque urbano, bem como a previsão no plano urbanístico geral da cidade de São Francisco de que a área deveria ser destinada à recreação e espaço aberto. O acórdão mostra que, mesmo durante o curto período de estudos – que durou de julho de 1980 a outubro de 1981 –, o proprietário pôde requerer uma licença para construir, que não chegou a ser deferida pois foi exigida a apresentação de estudo de impacto ambiental. Ao final dos estudos, o município concluiu que a propriedade do autor ficaria de fora da área a ser expropriada e modificou o plano urbanístico para admitir que nela fosse erguida edificação. Após esta mudança, a exigência do estudo de impacto ambiental foi substituída pela de outro tipo de providência, que dependia de informações que o proprietário não apresentou, o que levou ao indeferimento da licença requerida. Na sequência, o proprietário requereu nova licença para construir, que seguia pendente de apreciação quando do julgamento²⁷⁰.

Na fundamentação do acórdão, a Corte de Apelação ressaltou que não houve anúncio de que haveria desapropriação, mas apenas de que esta possibilidade estava em estudo, o que, nos termos decididos nos já citados *Selby e Cambria*, bem como em outros deles decorrentes, não basta para justificar qualquer dever de indenizar.

O conjunto de precedentes descrito no presente item sugere que, a despeito do fenômeno da medida administrativa preordenada à desapropriação não ser estranho ao ordenamento jurídico da Califórnia, e apesar da intensa deferência dos juízes locais às decisões das autoridades públicas locais, não parece ser comum que tais medidas tenham sido utilizadas de modo eficaz para congelar por décadas a fio a edificabilidade de um imóvel, como tantas vezes ocorre na Itália. Talvez por isso mesmo o legislador californiano não tenha estabelecido prazo específico para a caducidade de tais medidas, deixando ao Poder Judiciário a competência de reprimir abusos constatados em análise *ad hoc* que leva em conta todos os detalhes e contexto de cada caso, conforme estabelece a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana sobre expropriações regulatórias.

²⁶⁹ Uma síntese do precedente pode ser encontrada em BARCLAY, Cecily; GRAY, Mathew S. *California land use and planning law*. 37th ed. Point Arena: Solano Press, 2020. p. 332.

²⁷⁰ Este segundo requerimento seria posteriormente indeferido por discrepância do projeto apresentado com o entorno, gerando uma nova ação judicial, decidida novamente em desfavor do proprietário em *Guinnane v. San Francisco City Planning Com*, 209 Cal. App. 3d 732 (1982). Esta segunda decisão não apresenta relevância que justifique sua descrição.

2.5 – A modulação temporal como elemento de descaracterização da desapropriação ablativa no ordenamento jurídico brasileiro

Como visto nos itens anteriores deste capítulo, o tempo pelo qual vigora ou permanece eficaz certa medida é considerado pelos ordenamentos estrangeiros estudados na presente tese como elemento de grande importância para averiguar se ela extrapola sua finalidade e acaba por gerar desapropriação ablativa (ou sacrifício de direito). Afinal, a “complexidade temporal da formação da vontade requer, com efeito, que se extraiam consequências do constante emaranhado de decisões na atividade cotidiana de atuação da administração.”²⁷¹

Este componente temporal não é estranho ao ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Civil prevê os modos de ser do negócio jurídico, elementos que o modificam ou modulam, no mesmo sentido do cantor que modula a própria voz, alterando assim sua altura, tom e intensidade. Os modos de ser do negócio jurídico previstos no Código Civil são a condição, o termo e o encargo (arts. 121 a 137). É nesse sentido que se utiliza a expressão “modulação temporal”, que é aplicável a outros atos jurídicos distintos do negócio jurídico, inclusive a decisão administrativa e judicial²⁷².

Se a aposição de termo ou condição a certo ato jurídico é, a princípio, derivação da vontade das partes, nada impede que a lei exija que certos atos tenham prazo máximo, o que equivale a exigir a fixação de termo final. É o que ocorre, por exemplo, com o penhor de veículos, sujeito ao prazo máximo de dois anos, prorrogável por mais dois (art. 1.466 do Código Civil), e a contratação temporária de agente público, sujeita, no âmbito federal, a prazos máximos – que já consideram eventuais prorrogações – de seis meses a seis anos, a depender da hipótese (art. 4º da Lei nº 8.745, de 1993).

Ocorre o mesmo no âmbito da desapropriação, não apenas da translativa, em que salta aos olhos a existência de prazo de caducidade da declaração de utilidade pública ou de interesse social se não houver celebração de acordo ou ajuizamento da ação de desapropriação, nos prazos de cinco anos para a utilidade pública (art. 10 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941) ou dois anos para o interesse social (art. 3º da Lei nº 4.132, de 1962), mas também da desapropriação ablativa, como é perceptível nos exemplos de Carlos Ari

²⁷¹ DEFOORT, Benjamin. *La décision administrative*. Paris: LGDJ, 2015. p. 312-313. Na língua original: “La complexité temporelle de la formation de la volonté nécessite en effet de tirer les conséquences des constants enchevêtrements de décisions à l’oeuvre quotidiennement dans l’action de l’administration”.

²⁷² Este sentido é compatível com a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, e com a modulação dos efeitos da anulação judicial ou administrativa do ato administrativo, prevista no art. 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que nada mais são do que a fixação de termo inicial da decisão judicial e do ato administrativo anulatórios.

Sundfeld, cuja obra será encarada na presente tese como o atual cânone²⁷³ da doutrina brasileira desenvolvida sobre o tema:

Tomando-se um dos exemplos mencionados – a utilização de imóvel pela Justiça Eleitoral no dia das eleições –, percebe-se que, conquanto o proprietário fique impedido de usá-lo, as circunstâncias envolvidas permitem afirmar a absoluta normalidade da situação e, portanto, tratar-se de mera sujeição: cuida-se de inconveniente de *curta duração*, em dia feriado, que não provoca prejuízos. Imagine-se, em contraposição, que o Estado requisite, para abrigar durante trinta dias os flagelados de enchente ocorrida no Município vizinho, imóvel onde está instalada loja que, no período, fica impedida de funcionar. Na hipótese, o comerciante terá sofrido sacrifício de direito, fazendo jus ao conseqüente ressarcimento.²⁷⁴

Os dois exemplos apresentados pelo autor demonstram que a curta duração da medida pode eliminar seu caráter expropriatório, mas que sua mera temporariedade não é suficiente para tanto, até mesmo porque “o sacrifício parcial ou temporário é, tanto quanto o total ou permanente, uma expropriação”²⁷⁵.

Ao sistematizar seu pensamento, Sundfeld explica que a duração do impacto da medida estatal é elemento importante para avaliar seu caráter de anormalidade, que em sua visão é elemento essencial para caracterização do sacrifício:

A diferença entre as duas situações está em que o condicionamento, mesmo quando gerado por ato específico, corresponde a gravame *normal*, tido por indispensável e coerente com os graus de exigência da vida social, ou que não provoca prejuízo, ou o provoca por *breve tempo* ou em reduzida extensão. O sacrifício é constrangimento extraordinário, excedente dos padrões de normalidade habitualmente aceitos.

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

²⁷³ Não se trata de opinião pessoal. Um dos artigos de Sundfeld cujo conteúdo foi posteriormente incorporado na obra *Direito administrativo ordenador* foi considerado “clássico” por Floriano de Azevedo Marques (A servidão administrativa como mecanismo de fomento de empreendimentos de interesse público. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 254, p. 112, maio/ago. 2010). Gustavo Binenbojm, por sua vez, ao tratar do dito livro, mencionou “o arejamento intelectual daquela obra inovadora” e disse que ela o fazia se sentir como que “apoiado sobre os ombros de um gigante” (*Poder de polícia, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 32-33).

²⁷⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 66. Itálicos nossos.

²⁷⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 90.

pequena quantidade de entulho lançado na via pública).²⁷⁶

À luz dos exemplos apresentado por Sundfeld – a utilização de imóvel pela Justiça Eleitoral por um único dia e pela polícia judiciária por dois dias –, pode-se supor que o autor consideraria anormais os gravames impostos pelas medidas preordenadas à desapropriação existentes nos ordenamentos italiano e francês, que perduram por anos²⁷⁷. Mais compatível com suas ideias é a averiguação casuística feita pela jurisprudência norte-americana, mas ainda assim os parâmetros temporais admitidos como lícitos pelos tribunais californianos ultrapassam o estreito âmbito da “curtíssima duração”.

A avaliação de normalidade proposta por Sundfeld aparentemente se restringe à intensidade dos efeitos da medida sobre a propriedade atingida, de modo que não se confunde com uma análise de razoabilidade ou racionalidade – ou, ainda, poderíamos acrescentar, proporcionalidade –, que o autor considera parâmetro para averiguação da licitude da medida que não é expropriatória, que ele chama de condicionamento²⁷⁸, ou da isonomia da medida expropriatória, que ele chama de sacrifício²⁷⁹. Portanto, esta averiguação de razoabilidade ocorre em momento posterior e não se presta a distinguir condicionamento e sacrifício²⁸⁰ ou, na nomenclatura utilizada na presente tese, restrição²⁸¹

²⁷⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 94-95. Aos itálicos do original foi acrescentado um itálico adicional na expressão “breve tempo”.

²⁷⁷ Alcino Pinto Falcão, por exemplo, considera excessivo o prazo de dois anos: Do direito a indenização, como evolução no conflito entre o princípio da liberdade de construir e as restrições administrativas. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro, n. 15, p. 28, set. 1972/maio 1973. José Carlos de Moraes Salles critica o prazo de caducidade de cinco anos estabelecido para a declaração de utilidade pública, considerando razoável o prazo de caducidade de dois anos da declaração de interesse social (*A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 252-253). Quando da discussão do anteprojeto que deu origem ao Decreto-lei nº 3.365, de 1941, Philadelpho Azevedo, em artigo publicado na imprensa, também considerou excessivo o prazo de cinco anos, fazendo referência a prazos de seis meses previstos nos códigos de processo civil estaduais vigentes no início da República (CRUZ, J. Oliveira e. *Da desapropriação*. Rio de Janeiro: Max Limonad, [entre 1941 e 1946]. p. 230-231).

²⁷⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 69-72. Na visão do autor, a racionalidade coincide com a proibição do excesso e abrange a proporcionalidade. Não há necessidade de distinguir nem aprofundar os conceitos para embasar o raciocínio desenvolvido neste capítulo. Sobre a razoabilidade e a proporcionalidade como critérios para o controle de constitucionalidade de atos que afetam direitos, e não como normas diretamente violadas, em exposições, respectivamente, sintética e analítica: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 211-212. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 121-127 e 138-161. No mesmo sentido: GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 219-222.

²⁷⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 91-92.

²⁸⁰ Em artigo mais recente, este entendimento parece ter sido modificado: “Não se trata de constrição anormal ao direito de propriedade porque não há como reputá-la excessiva ou desarrazoada. Sua origem é uma obra realizada no interesse da coletividade e do próprio proprietário, que não acarreta supressão desmedida de qualquer das faculdades inerentes ao domínio.” (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A perfuração do túnel do metrô sob imóveis urbanos: hipótese de mera limitação à propriedade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 41-62, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=30031>>. Acesso em: 26 fev. 2013). Na

e desapropriação ablativa.

Assim, a avaliação de normalidade não deve enveredar por aspectos exteriores aos direitos do proprietário, como a capacidade financeira do expropriante, a gravidade dos problemas ambientais ou urbanísticos que é necessário enfrentar e o grau de relevância do bem atingido para a tutela da utilidade pública ou interesse social. Não é por acaso que Luiza Vereza conclui que “a utilização do princípio da proporcionalidade como método de aferição da expropriabilidade regulatória mais atrapalha do que ajuda”²⁸².

De todo modo, se, como diz Sundfeld no trecho acima transcrito, a “normalidade flutua no tempo e no espaço”²⁸³, ela se mostra uma avaliação casuística complexa, que lembra a averiguação *ad hoc* exigida na jurisprudência norte-americana para caracterização da expropriação regulatória.

Sundfeld não chega a detalhar se, em sua visão, esta averiguação de normalidade seria focada na situação fática individual do proprietário, envolvendo, por exemplo, suas expectativas legítimas sobre o bem, como utilizá-lo e a renda eventualmente dele extraível, qual foi a desvalorização efetivamente ocorrida após a medida estatal, o quanto tal desvalorização representa percentualmente no seu patrimônio global, a disponibilidade imediata de recursos financeiros para realizar os investimentos almejados, ou se, de modo diverso, ela seria feita prudencialmente com base em parâmetros como o de “pessoa de diligência normal” (art. 138 do Código Civil) e “limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança” (art. 1.277, parágrafo único, do Código Civil), abordagem que pode ser considerada implícita na escolha do termo *normalidade*, uma vez que o “uso anormal da propriedade” é expressão legal referente justamente ao direito de vizinhança (Seção I do Capítulo V do Título III do Livro III da Parte Especial do Código Civil), em que tais parâmetros prudenciais são comumente aplicados²⁸⁴.

presente tese, adere-se ao entendimento anterior do autor, até porque a modificação não foi justificada de modo analítico.

²⁸¹ Vale lembrar que, para Carlos Ari Sundfeld, de modo diverso, a restrição designa o sacrifício parcial (*Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 112-117).

²⁸² *Regulações expropriatórias: requisitos procedimentais e parâmetros materiais de identificação*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 212. Em sentido similar, sustentando que a ponderação já foi feita no âmbito constitucional, prevalecendo o interesse estatal no plano dos efeitos reais e o interesse privado no plano dos efeitos ressarcitórios: GAMBARO, Antonio. *La proprietà, beni, proprietà, possesso*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2017. p. 222-223. Em sentido contrário, defendendo que a proteção de espaços ambientais justifica ônus qualificado para demonstrar que houve a “descaracterização do núcleo essencial”, que só ocorreria se houver impossibilidade total de edificar: GAIO, Daniel. *A interpretação do direito de propriedade em face da proteção constitucional do meio ambiente urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 289 e 292.

²⁸³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 94.

²⁸⁴ Tratando do Direito Romano, diz San Tiago Dantas: “O critério da normalidade assim se oferece à decisão do magistrado, quanto à apreciação do prejuízo. Em face de uma reclamação que lhe é apresentada, o juiz, para decidir se uma interferência é suportável ou não, terá em menor conta o prejuízo concreto do

Mesmo que se opte pela avaliação meramente prudencial da normalidade, ela pode envolver aspectos relativamente complexos em termos fáticos, como o tempo médio entre a aquisição de um lote e a edificação em determinada cidade ou bairro (elemento mencionado pela Suprema Corte norte-americana em *Tahoe-Sierra*, em que tal tempo médio era de quinze anos).

Como se vê, esta avaliação casuística envolve complexas questões de fato de comprovação trabalhosa e cara (porque depende da contratação de peritos) em um processo administrativo ou judicial. Se o imóvel estiver localizado em cidade ou região na qual a escassez de terrenos vagos não tenha atingido graus extremos, os custos de transação podem se tornar insuportáveis e qualquer empreendedor terá fortes incentivos a optar por outros projetos a serem implementados em imóveis desembaraçados, que não apresentem os mesmos problemas. O desinteresse do empreendedor – que, no caso do mercado imobiliário de grandes cidades, normalmente é pessoa diversa do proprietário, atuando em conjunto com este – pode levar à falta de formalização de requerimentos de licença, que dependem de investimentos na elaboração de projetos por arquitetos e outros profissionais especializados, dificultando por sua vez a aferição dos reais prejuízos gerados pela medida²⁸⁵, em razão do compreensível ceticismo da autoridade judicial em relação à concretude dos prejuízos alegados, desvinculados de um projeto específico, como se viu nos precedentes da Corte de Apelação da Califórnia, em especial *Cambria Spring Co. v. City of Pico Rivera*. Para atrair outro empreendedor interessado, o proprietário provavelmente precisaria aceitar valores menores pelo seu bem. Como se vê, há potencial para geração de um círculo vicioso em que a própria desvalorização do bem objeto da medida em questão se transforma em obstáculo para o questionamento de sua legalidade.

Ainda que este permaneça um caminho possível, sobretudo onde a terra urbana seja recurso tão escasso a ponto de impedir a busca de alternativa com menores custos de transação ou se certo bem for tão valioso que tais custos se mostrem proporcionalmente de menor relevância em comparação com os potenciais ganhos, mostra-se indispensável – e

reclamante, do que a determinação do prejuízo que naquele caso experimentaria a média dos prédios e dos moradores.” (DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 149). Em outro trecho, tratando do ordenamento jurídico brasileiro, este autor sustenta: “e ainda aqui não são as exigências, os interesses, as predileções de um certo proprietário, que serão por ele levadas em conta, *mas os do proprietário médio, ou por outra, do proprietário, abstração feita das particularidades deste ou daquele indivíduo que possa assumir tal condição*” (p. 276). Itálicos nossos.

²⁸⁵ Sobre a necessidade da licença para construir para caracterização da anormalidade do gravame: SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A perfuração do túnel do metrô sob imóveis urbanos: hipótese de mera limitação à propriedade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 41-62, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30031>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

constitucionalmente obrigatório – buscar solução que ofereça maior segurança jurídica por meio da existência de uma regra categórica, que incremente a cognoscibilidade da norma e a calculabilidade do que ocorrerá com o bem em certo horizonte temporal²⁸⁶.

Isto ocorre porque, pragmaticamente, a intensidade da medida preordenada não é aferível tão somente pelo prazo que o Poder Judiciário vier a considerar como proporcional, razoável ou normal. A incerteza sobre o prazo é, em si, um fator que incrementa significativamente a intensidade do impacto sobre o direito de propriedade. É possível que o impacto de uma medida que seguramente não durará mais que cinco anos seja menor do que o de outra medida que pode durar um ano ou quarenta. Este é um fator que nem a doutrina nem a jurisprudência brasileira abordaram até o momento.

Para alcançar a temporariedade segura, mostra-se ideal a atuação do legislador, preferencialmente o Congresso Nacional. Na falta de norma federal, a entidade pública instituidora da medida preordenada à desapropriação pode fixar prazo a partir do qual ela deixará de produzir efeitos. Somente um prazo máximo claro e independente de uma complicada e onerosa averiguação casuística de proporcionalidade evita que a medida administrativa preordenada à desapropriação seja caracterizada como permanente, tornando-a uma medida modulada por um termo final, que deve ser necessariamente certo. Se o prazo fixado é ou não excessivo, é outra questão, esta sim avaliável à luz dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, tal como prevê a jurisprudência da Corte Constitucional italiana. Contudo, se não houver prazo máximo, a medida não pode ser considerada temporária e, por isso, será inconstitucional por lesão ao direito de propriedade. Como demonstra Humberto Ávila,

(...) a proteção da propriedade envolve uma *pretensão de durabilidade*; protege-se uma esfera patrimonial disponível para o cidadão livremente dela se utilizar – o que pressupõe uma pretensão de durabilidade desse estado de intangibilidade, pois, se a esfera pudesse ser constante e injustificadamente modificada, não permitiria que o seu titular pudesse dela fazer livre uso. Tanto o direito de propriedade pressupõe permanência, que a própria CF/88 somente prevê a sua restrição em casos extraordinários, e mediante indenização proporcional. Isso significa, em outras palavras, que mesmo a restrição do direito de propriedade deve ocorrer de maneira previsível. (...).

(...). De outro lado, (...) os ideais de confiabilidade e de previsibilidade assumem a condição de pressupostos para o exercício pleno do direito fundamental de propriedade: sem um ordenamento jurídico cognoscível,

²⁸⁶ Sobre cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade como componentes da segurança jurídica: ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 307-310. Em outro trecho, afirma o autor: “O essencial é que a própria fixação de prazos opera em favor da estabilidade das situações jurídicas e da eliminação das incertezas. O que se prestigia, em outras palavras, é o princípio da segurança jurídica” (p. 365).

confiável e calculável não se pode minimamente exercer com autonomia os direitos patrimoniais de liberdade.²⁸⁷

Este fator foi essencial para que a Corte Constitucional italiana, na já citada Sentença nº 55, de 1968, declarasse a inconstitucionalidade do art. 7, itens 2, 3 e 4, e do art. 40 da Lei nº 1150, de 1942, por entender que tal dispositivo contemplava restrições “temporárias (mas de duração ilimitada), preordenadas à sucessiva (porém incerta) transferência do bem por razões de interesse geral”²⁸⁸.

Este estado de incerteza quanto à duração da medida também foi o fator decisivo na decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, citada no início deste capítulo, no caso *Elia S.r.l. v. Itália* e nos demais precedentes já mencionados. Em outro caso que não envolveu a Itália, *Sporrong e Lönnroth v. Suécia*, de 1982, os proprietários de um imóvel em Estocolmo, capital sueca, foram impedidos de edificar por mais de vinte anos em razão dos planos de construção de um viaduto e de uma via transversal e de sucessivas prorrogações de medidas cautelares urbanísticas e declarações de utilidade pública. Sem entrar em detalhes sobre a legislação sueca, o que extrapolaria o escopo da presente tese, basta destacar que a CEDH considerou que “[d]urante todo este período, os requerentes permaneceram em uma completa incerteza quanto ao destino de sua propriedade”²⁸⁹, que se tornou, na prática, precária e revogável, o que constitui violação ao artigo 1 do protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos²⁹⁰.

A jurisprudência da CEDH é de interesse para o Brasil, inclusive em razão da semelhança entre o artigo 1 (“article 1”) do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e o artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁹¹, anexa ao Decreto nº 678, de 1992, como se vê na tabela seguinte.

²⁸⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 234-235.

²⁸⁸ Na língua original: “Quello che è invece necessario e sufficiente qui rilevare è che l'art. 7 contempla (...): tra le quali imposizioni sono sicuramente comprese, sia ipotesi di vincoli temporanei (ma di durata illimitata), preordinati al successivo (ma incerto) trasferimento del bene per ragioni di interesse generale (...)”.

²⁸⁹ Na língua original: “Durant toute cette période, les requérants demeurèrent dans une incertitude complète quant au sort de leur propriété”.

²⁹⁰ Outro precedente similar da CEDH digno de menção é *Matos e Silva v. Portugal*, de 1996, que envolve o que seria equivalente, no Brasil, a uma unidade de conservação da natureza. Uma crítica desta decisão pode ser encontrada em QUADROS, Fausto de. *A proteção da propriedade privada pelo direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 203-204 e 239-255.

²⁹¹ “O Pacto de São José da Costa Rica foi adotado em 22 de novembro de 1969 e entrou em vigor em 18 de julho de 1978, após atingida a ratificação por onze países, nos termos do art. 74, 2, do Pacto. Dos 35 Estados independentes das Américas, membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), 25 ratificaram o Pacto, embora dois deles (Trindade e Tobago e Venezuela) o tenham posteriormente denunciado. As duas exceções mais notáveis são, sem dúvida, os Estados Unidos, que assinaram o Pacto, mas nunca o ratificaram, e o Canadá, que nem mesmo o assinou. O Brasil incorporou o Pacto de São José em 1992.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021. p. 317).

Convenção Europeia – Protocolo	Convenção Americana
<p>Artigo 1 – Proteção da propriedade</p> <p>Toda pessoa física ou moral tem direito ao respeito aos seus bens. Ninguém será privado de sua propriedade senão por causa de utilidade pública e nas condições previstas pela lei e princípios gerais do direito internacional. As disposições precedentes não contrariam o direito que tem os Estados de pôr em vigor as leis que eles julgarem necessárias para disciplinar o uso dos bens em conformidade ao interesse geral ou para assegurar o pagamento de impostos, outras contribuições ou penalidades.</p>	<p>ARTIGO 21</p> <p>Direito à Propriedade Privada</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

A semelhança não surpreende, já que a Convenção Europeia foi uma das principais fontes de inspiração da Convenção Americana²⁹².

Embora subsista controvérsia sobre o *status* constitucional ou infraconstitucional da referida convenção no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que ela foi promulgada antes da inclusão do § 3º do art. 5º da Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a este respeito seja inconclusivo em razão da pluralidade de fundamentos dos votos vencedores no precedente formado na questão da prisão civil do depositário infiel²⁹³, o dispositivo transcrito veicula norma obrigatória no âmbito internacional e pode influenciar a interpretação da Constituição nacional²⁹⁴.

Seria interessante abordar precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁹⁵, no entanto ela não tem se debruçado sobre o tema²⁹⁶, sendo sua

²⁹² QUADROS, Fausto de. *A proteção da propriedade privada pelo direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 168. Comparando os textos das duas convenções, o autor afirma que “a CADH valoriza e garante o direito de propriedade privada mais do que a CEDH” (p. 169).

²⁹³ Recurso Extraordinário 466.343/SP, Tribunal Pleno, julgado em 3 de dezembro de 1998 e relatado pelo Ministro Cezar Peluso. Segundo Virgílio Afonso da Silva, “[a]lguns ministros simplesmente não expressaram nenhuma opinião acerca do nível hierárquico do Pacto de São José da Costa Rica, alegando que esta não era uma questão relevante para decidir o caso” e “a tese da supralegalidade não foi aceita pela maioria dos ministros”, pois “apenas três deles explicitamente a aceitaram” (*Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021. p. 316). Em sentido diverso, com base no voto do Ministro Gilmar Mendes: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 851-853.

²⁹⁴ André de Carvalho Ramos denomina esta possibilidade de efeito positivo dos tratados de direitos humanos, explicando-o nos seguintes termos: “o efeito positivo consiste na interpretação adequada das normas nacionais para que estas sejam conformes às normas internacionais (efeito positivo do controle de convencionalidade), resultando em um *controle construtivo de convencionalidade*” (*Curso de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 867). Itálicos do original.

²⁹⁵ Um panorama geral da composição, estrutura e funcionamento da corte, bem como da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pode ser encontrado em RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 666-681.

jurisprudência restrita a casos que envolvem propriedade de indígenas²⁹⁷, cujas evidentes peculiaridades inviabilizam sua abordagem na presente tese.

A única exceção a esta tendência que se faz digna de nota é o caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, decidido em 6 de maio de 2008. Um imóvel de sessenta hectares, de propriedade dos requerentes, foi declarado de utilidade pública para fins de desapropriação pelo Conselho Municipal de Quito em 1991, objeto de ação judicial de desapropriação ajuizada em 1996 e ocupado pela Administração Pública em 1997, sem que houvesse o pagamento de indenização nem a prolação de decisão judicial que fixasse seu montante de forma definitiva e determinasse a quitação, mas mero depósito em juízo de valor fixado unilateralmente pelo expropriante. A Corte Interamericana considerou excessivo o período de 15 (quinze) anos decorrido sem pagamento da indenização e insuficiente o mero depósito, reconhecendo então violação do artigo 21.2 da Convenção Americana. Também foi arguida violação ao artigo 24 da convenção em razão de uma suposta negativa discriminatória de licença de urbanização, mas o tribunal a rejeitou por insuficiência das provas apresentadas. A importância do caso para a presente tese, contudo, é pouca, uma vez que ele guarda maior relação com o direito a um processo judicial célere do que com a temporariedade de medidas preordenadas à desapropriação. Ainda assim, o acórdão contém um fundamento que sugere que a Corte Interamericana pode vir, no futuro, a adotar postura similar à da Corte Europeia de Direitos Humanos em relação à Itália:

Este Tribunal considera que o Estado não utilizou meios racionais e necessários para encontrar um justo equilíbrio entre o interesse geral e o particular. Ademais, dado o *excessivo tempo* transcorrido para levar a cabo a expropriação, o Estado privou a senhora María Salvador Chiriboga de exercer os atributos da propriedade *por um tempo indefinido*, situação que foi desproporcional, *a sujeitou a uma incerteza jurídica* e de fato violou seus direitos de maneira desarrazoada.²⁹⁸

²⁹⁶ QUADROS, Fausto de. *A proteção da propriedade privada pelo direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 312. Assim, não se aplica à presente tese a crítica de Virgílio Afonso da Silva: “O STF usa com grande frequência decisões de tribunais de outros países como argumento em suas decisões. Mas isso nunca ocorreu com decisões da Corte Interamericana. Referências a decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Constitucional da Alemanha sempre foram e continuam a ser muito mais frequentes do que referências a decisões da Corte Interamericana, que costuma decidir casos muito mais próximos da realidade brasileira” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021. p. 319). A utilização do termo “nunca” pelo autor é força de expressão, pois logo na sequência ele aponta alguns casos em que, mesmo de modo esparso, o Supremo Tribunal Federal fez referência a decisões da CIDH “em algumas poucas centenas de vezes” (p. 320).

²⁹⁷ Uma síntese da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca das terras indígenas pode ser encontrada em RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 1.494-1.496.

²⁹⁸ Itálicos nossos. Na língua original: “Este Tribunal considera que el Estado no ha utilizado los medios razonables y necesarios para encontrar un justo equilibrio entre el interés general y el particular. Además, derivado del excesivo tiempo transcurrido para llevar a cabo la expropiación, el Estado ha privado a la señora María Salvador Chiriboga de ejercer los atributos de la propiedad por un tiempo indefinido, situación que ha

Em suma, a indefinição temporal e a decorrente incerteza jurídica em relação ao destino de sua propriedade violou o direito dos irmãos Salvador Chiriboga. A visão da CIDH, portanto, não discrepa, mas fortalece o que foi defendido neste capítulo, ou seja, a necessidade constitucional de que a medida administrativa preordenada à desapropriação seja modulada por termo final estabelecido de antemão na legislação federal, ou, na sua omissão, na legislação local ou, na sua omissão, na própria decisão administrativa que veicula a medida.

A modulação temporal da medida preordenada por meio da aposição de um termo final não é, contudo, a única maneira de torná-la temporária. Na verdade, já existe no ordenamento jurídico brasileiro uma solução alternativa para uma específica medida administrativa preordenada à desapropriação: a declaração de utilidade pública ou interesse social. Cabe verificar seu teor e campo de incidência.

2.6 – Caducidade das medidas administrativas preordenadas à desapropriação no ordenamento jurídico brasileiro

A doutrina civilista brasileira costuma tratar decadência e caducidade como sinônimos²⁹⁹ ou pelo menos como duas dimensões do mesmo fenômeno³⁰⁰. O sujeito decaído do direito, que é extinto; visto o fenômeno por outro ângulo, o direito caduca, e assim deixa a esfera jurídica de seu titular³⁰¹. A decadência extingue um direito, não um ato jurídico, de sorte que, embora o prazo decadencial possa ser convencional (art. 211 do Código Civil), ele não se confunde com o termo que, ao contrário, incide sobre o ato jurídico, e não sobre determinado direito.

A indistinção entre decadência e caducidade merece, no entanto, ser revista. É

vido desproporcionada, la ha sometido a una incertidumbre jurídica y de hecho ha vulnerado sus derechos de manera irrazonable.”

²⁹⁹ LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 105 e 111. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e prática da desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 17. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 2, p. 345. No mesmo sentido, na doutrina administrativista: FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 199. SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 252 e 467.

³⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 689-691. O autor não se refere explicitamente a dimensões; trata-se de inferência feita a partir do uso que ele faz dos termos em questão.

³⁰¹ O Código Civil não é fiel a esta estipulação, pois ora estabelece que “[d]ecai (...) o direito” (arts. 45, parágrafo único, e 48, parágrafo único) e ora que seu titular dele decai (arts. 445, caput, 501, e 618, parágrafo único).

verdade que no art. 516 do Código Civil³⁰², o verbo “caducar” é utilizado no sentido de ser colhido pela decadência, tal como estabelece a doutrina citada. Em outros dispositivos, contudo, o Código se vale da voz “caducar” em sentido diverso, como um efeito que atinge, não um direito, mas sim um ato ou negócio jurídico, em razão: a) de fato futuro que torna a execução do ato impossível ou inútil; b) da inocorrência, em certo prazo, de um fato futuro que era indispensável à formação ou constituição do direito, que é a finalidade do ato caduco³⁰³.

A causa *a)* pode ser vista na mais tradicional disposição sobre caducidade³⁰⁴, o art. 1.939, que trata da caducidade dos legados estabelecidos em testamento, em razão de fatos supervenientes descritos taxativamente nos incisos deste artigo, entre os quais merecem destaque o falecimento do legatário antes do testador (inciso V) e o perecimento da coisa legada sem culpa do legatário (inciso III). Além disso, este sentido aparece nas normas sobre fideicomisso, que espelham duas hipóteses similares à do legado: renúncia à herança ou legado pelo fideicomissário (art. 1.955) e falecimento do fideicomissário antes do fiduciário (art. 1.958). Por fim, o art. 1.971 menciona a caducidade do testamento como um todo – e não apenas de um legado – na hipótese de “exclusão, incapacidade ou renúncia do herdeiro nele nomeado”.

A inclusão nas hipóteses de caducidade acima mencionadas da renúncia e do perecimento da coisa sem culpa demonstram que seu fato gerador pode ser voluntário, desde que não seja faltoso³⁰⁵, ou seja, que constitua exercício de faculdade e não descumprimento de dever.

A causa *b)* pode ser observada, por exemplo, no art. 554, que estabelece que a

³⁰² A redação do dispositivo é a seguinte: “Art. 516. Inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção caducará, se a coisa for móvel, não se exercendo nos três dias, e, se for imóvel, não se exercendo nos sessenta dias subseqüentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor.”

³⁰³ A distinção foi tomada de empréstimo de CHAABAN, Rana. *La caducité des actes juridiques: étude de droit civil*. Beirute: Alpha, 2010. p. 25-26 e 327. Apesar de construída para o ordenamento jurídico francês, ela é perfeitamente aplicável ao brasileiro, em virtude da semelhança das disposições legais pertinentes.

³⁰⁴ Trata-se de regra que remonta ao Direito Romano, como demonstra Rana Chaaban em sua premiada tese (*La caducité des actes juridiques: étude de droit civil*. Beirute: Alpha, 2010. p. 2-7). Na passagem mais significativa deste trecho, diz a autora: “A caducidade constitui por consequência uma ineficácia que afeta um legado, válido na origem, cuja execução se tornou impossível posteriormente. Desde a época romana, a posição cronológica do vício que provoca a caducidade estava estabelecida: o fato gerador da caducidade é posterior à formação do ato jurídico” (p. 4). Na língua original: “La caducité constitue par conséquent une inefficacité affectant un legs valable à l’origine, dont l’exécution est devenue impossible ultérieurement. Dès l’époque Romaine, la place chronologique du vice provoquant la caducité était fixée: le fait générateur de caducité est postérieur à la formation de l’acte juridique.”

³⁰⁵ Em sentido similar, em relação ao ordenamento jurídico francês: CHAABAN, Rana. *La caducité des actes juridiques: étude de droit civil*. Beirute: Alpha, 2010. p. 17-18 e 222. A autora denomina este elemento de neutralidade do fato gerador da caducidade e é ele que diferencia a caducidade de outras hipóteses de perda de eficácia do ato, como a resolução por inadimplemento e a revogação.

doação a entidade futura caducará se esta não for constituída regularmente em dois anos, no art. 1.124, segundo o qual a autorização concedida a sociedade será considerada caduca se ela não entrar em funcionamento nos doze meses seguintes à publicação do ato, e no art. 1.891, que estabelece que o testamento marítimo e o aeronáutico caducam se o testador não morrer na viagem nem em noventa dias após o desembarque. O art. 1.895 veicula regra similar em relação ao testamento militar.

Em ambas as hipóteses de caducidade, subsistem dois elementos essenciais: a) o fato gerador da caducidade é posterior ao ato que caduca; b) o fato gerador da caducidade pode ser objetivo, no sentido de alheio à vontade do autor e do destinatário do ato, ou subjetivo, decorrente de ato voluntário e facultativo³⁰⁶, como a renúncia a herança, ou de omissão voluntária, como a falta de edição de novo testamento noventa dias após o desembarque do autor do testamento marítimo³⁰⁷, que constitui opção por não se desincumbir de um ônus.

Ao contrário da decadência, a caducidade não extingue um direito potestativo que não foi exercido, mas sim a eficácia de um ato anterior, ainda que este ato seja título indispensável ao exercício de um direito, que assim se torna inviável. Se restringíssemos a abordagem à caducidade cujo fato gerador subjetivo é omissão, poderíamos afirmar, como já se fez, que ela é “o fenômeno extintivo do título criador de direito, pelo não exercício desse direito no prazo estipulado em lei”³⁰⁸. Como vimos, contudo, este é um entre outros possíveis fatos geradores da caducidade, de modo que é elemento acidental que não integra seu conceito.

Por outro lado, se o ato futuro esperado advém antes do esgotamento do prazo, o ato anterior permanece eficaz, o que diferencia a caducidade do advento do termo³⁰⁹, fenômeno bem mais simples.

A aplicabilidade desta conceituação, construída a partir do Direito Civil, ao Direito Administrativo merece ser testada, ainda que se possa chegar a conclusão de que nem sempre o termo é utilizado em sentido próprio, tal como ocorre, como já visto, com o art. 516 do Código Civil, que utilizou o verbo caducar de modo incoerente com o conceito

³⁰⁶ Por ato facultativo entende-se aquele permitido, que não constitui descumprimento de dever ou obrigação.

³⁰⁷ CHAABAN, Rana. *La caducité des actes juridiques: étude de droit civil*. Beirute: Alpha, 2010. p. 17-18.

³⁰⁸ ABREU, Iduna Evangelina Weinert Lemos de. Prescrição, decadência, caducidade, preclusão, perempção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 43, p. 106-134, jul./set, 1974. p. 133.

³⁰⁹ Esta distinção é traçada em mais detalhes em CHAABAN, Rana. *La caducité des actes juridiques: étude de droit civil*. Beirute: Alpha, 2010. p. 229-230. Pela mesma razão, não se pode considerar que o prazo de caducidade seja um prazo de vigência, como fez Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 199. p. 59).

induzido a partir dos diversos outros dispositivos que tratam do tema. Ainda que o conceito não seja perfeito, no sentido de abranger todos os usos na legislação, sua construção é útil para o estudo do tema se reduzir – mesmo sem eliminar – contradições³¹⁰.

Antes de abordar o Decreto-lei nº 3.365, de 1941, convém um teste preliminar das hipóteses de caducidade previstas na Lei nº 6.766, de 1979, que rege o parcelamento do solo urbano. São duas: a) a caducidade da aprovação do projeto de parcelamento do solo em razão do descumprimento do prazo previsto no cronograma de execução (art. 12, § 1º, acrescentado pela Lei nº 12.608, de 2012), cuja duração máxima é de quatro anos (art. 9º, na redação da Lei nº 9.785, de 1999); b) caducidade da mesma aprovação pela omissão do empreendedor em submeter o projeto aprovado ao registro imobiliário no prazo de 180 (cento e oitenta dias) (art. 18, *caput*).

Ambas as hipóteses são coerentes com a caducidade civil, uma vez que são decorrentes de eventos supervenientes à aprovação, que constituem descumprimento de ônus, mas não de dever jurídico, pois o empreendedor não é obrigado a implantar o empreendimento, mas tem a faculdade de fazê-lo. E a consequência é a ineficácia³¹¹ da aprovação caduca.

Por outro lado, é impróprio o uso do termo “caducidade” pelo art. 38 da Lei nº 8.987, de 1995, a Lei de Concessões, uma vez que a declaração da caducidade nele prevista é decorrente de “inexecução total ou parcial do contrato” por descumprimento da concessionária. Esta inconsistência na nomenclatura já foi há muito identificada na doutrina³¹² e não deve ser obstáculo ao uso correto do conceito em outros contextos.

Enfim, chegou o momento de abordar a caducidade do art. 10, *caput*, do Decreto-

³¹⁰ O conceito de caducidade é coincidente com o de esgotamento, utilizado por Antonio Carlos Cintra do Amaral (*Extinção do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 45-46), que não será utilizado porque tem duas vantagens: a) gera duplicação de termos para um conceito que pode ser unitário no Direito Civil e no Direito Administrativo; b) não é utilizado pela legislação, que prefere caducidade.

³¹¹ Em sentido diverso, considerando que há invalidade superveniente: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5, p. 294. O autor conceitua a caducidade como o ato de retirada do ato supervenientemente inválido; na verdade, caducidade é efeito, e não ato; como tal, ela pode vir a ser objeto de ato que a reconhece, mas, em regra, não depende dele. Também não recebe adesão na presente tese a tentativa de distinguir “o fato administrativo chamado de decadência, caducidade ou desuso” deste suposto ato administrativo de caducidade (p. 291), seja pela falta da necessária distinção entre decadência e caducidade, por deixar de lado que a caducidade não é o fato, mas o efeito do escoamento do prazo associado a uma omissão facultativa, ou pela confusão terminológica gerada pela convivência entre um fato administrativo chamado caducidade e outro ato administrativo com a mesma denominação. Por fim, o conceito de caducidade cunhado pelo autor, a despeito de seu mérito de excluir como fato gerador o “desatendimento pelo administrado das condições normativas exigidas para manutenção do ato” (p. 294), só abrange a caducidade cujo fato gerador é objetivo, mas não aquela cujo fato gerador é subjetivo, aparentemente colhida pelo conceito diverso de fato administrativo de caducidade.

³¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 591.

lei nº 3.365, de 1941, que dispõe:

Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.

Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração.

O legislador poderia ter encerrado a primeira parte do dispositivo após a palavra “decreto”. Se o fizesse, a desapropriação não poderia ser ajuizada após tal prazo e ele seria decadencial. No entanto, foi inserida a locução posterior, que estabelece: “findos os quais este caducará”. Assim, é o próprio decreto de utilidade pública que perde sua eficácia, o que inviabiliza, a partir de tal momento, o ingresso de agentes públicos ou contratados da entidade pública no imóvel de utilidade pública para vistoriá-lo (sujeição prevista no art. 7º do Decreto-lei nº 3.365, de 1941) e torna desnecessária autorização para realização de benfeitorias (exigida pelo art. 26, § 1º, do mesmo diploma legal). Além disso, o bem passa a ser imune a nova declaração de utilidade pública pelo prazo de um ano.

A natureza jurídica da perda de eficácia da declaração de utilidade pública é de caducidade. Ela decorre de fato gerador subjetivo que é ato facultativo do expropriante, pois este não tem o dever jurídico de promover a desapropriação, seja por acordo ou judicialmente. A prática de tal ato seria indispensável para a constituição do direito que é a finalidade da declaração de utilidade pública; não tendo ocorrido em cinco anos, há caducidade, ou seja, perda de eficácia.

O mesmo raciocínio vale para a declaração de interesse social, ressalvado o prazo inferior de dois anos e a circunstância de que ele só pode ser computado com a efetivação da desapropriação por meio do pagamento do preço e início das providências para aproveitamento do bem expropriado (art. 3º da Lei nº 4.132, de 1962), e não com o mero ajuizamento da demanda. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça suavizou a regra, interpretando-a no sentido de que bastam, para evitar a caducidade, o ajuizamento da demanda (entendido como efetivação da desapropriação) e estudos para o futuro aproveitamento da área (entendidos como início das providências de aproveitamento). É o que se infere do acórdão do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.711.459/PR, da Segunda Turma, julgado em 12 de outubro de 2020, relator o Ministro Francisco Falcão, que sistematizou a jurisprudência da Corte em relação ao tema.

De todo modo, a questão central aqui é outra: esta hipótese de caducidade, sejam quais forem as peculiaridades decorrentes de diversas interpretações dos termos legais, pode ser aplicado por analogia às outras medidas administrativas preordenadas à

desapropriação ou, ao contrário, é exclusiva da declaração de utilidade pública ou interesse social para fins de desapropriação?

O Superior Tribunal de Justiça já respondeu a questão positivamente no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 611.366/MG, da Sexta Turma, julgado em 19 de setembro de 2017, relator o Ministro Nefi Cordeiro, assim ementado:

PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 40 DA LEI 9.605/98.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO FEDERAL.

DECRETO FEDERAL EDITADO EM 1972. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA NUNCA CONSUMADA. CADUCIDADE DO DECRETO ORIGINAL. PERMANÊNCIA DA ÁREA SOB PROPRIEDADE DO PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE DE SE LIMITAR O DIREITO DE PROPRIEDADE CONFERIDO CONSTITUCIONALMENTE. TIPICIDADE AFASTADA QUANTO AO DELITO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Discute-se se o dano causado ao Parque Nacional da Serra da Canastra - Unidade de Conservação Federal (UCF) instituída pelo Decreto 70.355, de 3/4/72 -, narrado na peça acusatória, configura o delito descrito no art. 40 da Lei n. 9.605/98, com competência da Justiça Federal, mesmo em se tratando de propriedade privada, pois não efetivada a desapropriação pelo Poder Público.

2. Firmou este Tribunal compreensão de que, por se tratar de área de preservação permanente de domínio da União, embora em propriedade privada, seria considerado de interesse do ente federal, nos termos do que dispõe o art. 20, III, da CF/88.

3. Na hipótese, no entanto, o Decreto Federal foi editado em 1972 e a desapropriação jamais se consumou, permanecendo a área sob a propriedade do particular, assim como diversas outras no País que, “criadas no papel”, acabam não se transformando em realidade concreta.

4. O art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365, de 21/6/41, o qual dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública, estabelece que referida expropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do decreto e findos os quais este caducará.

5. Da peça acusatória consta que os acusados teriam suprimido vegetação nativa para plantio de capim napier em área de preservação permanente (margens de curso d'água afluente do ribeirão Babilônia), bem como construíram um poço, no interior da cognominada “Fazenda Vale Formoso”, Delfinópolis/MG, causando dano direto ao Parque Nacional da Serra da Canastra (unidade de conservação de proteção integral).

6. Ocorre que a constatação da referida supressão, a qual teria dado causa aos danos indicados, deu-se apenas em julho de 2008, quando já operada a caducidade do Decreto original (e não se tem nos autos qualquer notícia de sua reedição).

7. Superada a caducidade do Decreto Federal há tempos, não há como limitar-se o direito de propriedade conferido constitucionalmente, sob pena de se atentar contra referida garantia constitucional, bem como

contra o direito à justa indenização, previstos nos incisos XXII e XXIV do art. 5º da CF.

8. Tipicidade do fato afastada no que se refere ao delito de competência da Justiça Federal (art. 40 da Lei n. 9.605/98).

9. Agravo regimental improvido.

É importante destacar que, a despeito do que a ementa do acórdão dá a entender, a medida administrativa que criou o Parque Nacional da Serra da Canastra, o Decreto nº 70.355, de 1972, não declarou a utilidade pública nem o interesse social de nenhum imóvel para fins de desapropriação. O art. 5º do referido decreto simplesmente dispõe:

Art. 5º Fica o Ministério da Agricultura, através do seu órgão competente, autorizado a promover as desapropriações necessárias à execução do presente Decreto.

Para promover as desapropriações, o Ministério da Agricultura – posteriormente sucedido pelo Ministério do Meio Ambiente – precisaria obter da Presidência da República o decreto de utilidade pública, que é ato do Presidente da República (art. 6º do Decreto-lei nº 3.365, de 1941). Seria equivocado interpretar este dispositivo como delegação de competência para a declaração, uma vez que já vigorava o art. 12, parágrafo único, do Decreto-lei nº 200, de 1967, que estabelece que o “ato de delegação indicará com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto da delegação”, requisitos que o art. 5º do Decreto nº 70.355, de 1972, não atende.

Embora sem dizê-lo, o que Superior Tribunal de Justiça fez neste julgamento foi aplicação por analogia da caducidade prevista no art. 10 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941.

O precedente foi reafirmado no acórdão do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.781.924/AL, da Segunda Turma, julgado em 4 de junho de 2019, relator o Ministro Francisco Falcão, que manteve acórdão de tribunal federal que reduzira multa aplicada pelo IBAMA, por entender que a área em que praticada a infração não se enquadra em zona de amortecimento de unidade de conservação por esta não ter sido implantada por meio das devidas desapropriações, cinco anos após a edição do decreto que a criou. A unidade de conservação em questão é a Estação Ecológica do Murici, criada por decreto presidencial datado de 28 de maio de 2001. Ao contrário do decreto que criou o Parque Nacional da Serra da Canastra, o decreto de 2001 contém declaração de utilidade pública assim redigido:

Art. 4º Ficam declarados de utilidade pública, para fins de desapropriação, pelo IBAMA, os imóveis constituídos de terras e benfeitorias existentes nos limites descritos no art. 2º deste Decreto, nos termos do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

Ainda assim, este precedente é de grande importância, pois aplicou a caducidade

não apenas à declaração de utilidade pública em si, mas a outros efeitos jurídicos relacionados à criação da unidade e até mesmo a sua zona de amortecimento, que não a integra.

Os dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça, embora não tenham discutido a questão da temporariedade necessária das medidas administrativas preordenadas à desapropriação – até porque o litígio certamente não foi debatido pelas partes e pelas instâncias ordinárias nestes termos –, aplicaram a solução correta aos casos concretos, conscientes de que a falta de um prazo de caducidade torna inconstitucional e expropriatória a medida estatal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também registra precedente que adotou a mesma analogia. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 39.805/DF, da Primeira Turma, julgado em 28 de agosto de 1958, relator o Ministro Luiz Galloti. Neste caso, os proprietários de um terreno na rua Conde de Bonfim, no antigo Distrito Federal, viram parte de seu imóvel atingido por projeto viário aprovado em 1945 para abertura da Rua Henry Ford, que inviabilizou a concessão de licença para construir. Segundo a sentença da primeira instância, transcrita no acórdão, os autores da ação alegaram “o decreto (...) onera o imóvel com uma desapropriação em perspectiva, que jamais de efetiva” e defenderam a aplicação da caducidade prevista no art. 10 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941. Ainda segundo a sentença, o réu – Distrito Federal – alegou que “caso viesse a ser permitida a construção de novo prédio em local destinado a urbanização, estaria o Poder Público concorrendo para que se onerasse a obra projetada”. Em sua fundamentação, a sentença deixa claro “que não há decreto de desapropriação; há, sim a declaração de utilidade pública, ínsita na aprovação do Projeto nº 4.853”. No dispositivo da sentença, vê-se que a demanda foi julgada procedente para “declarar o imóvel livre e desembaraçado da desapropriação”, ou seja, para anular a medida administrativa preordenada à desapropriação.

No entanto, o Tribunal do Distrito Federal, seguindo sua antiga tradição³¹³,

³¹³ Em antigo acórdão proferido em 13 de abril de 1905, a primeira Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal confirmou sentença “que negou um mandado proibitório requerido contra o recuo ordenado pela Prefeitura” a título de alinhamento e embelezamento da rua do Catete, por considerar que o Poder Judiciário não poderia conceder ordem para “modificar ou revogar as medidas e atos administrativos” (art. 16 da Lei nº 939, de 1902) e que o recuo estaria abrangido pela disposição, mesmo reconhecendo que havia sido “aprovada a planta do prédio”. Houve dois votos vencidos, um deles de H. Dodsworth e outro de Montenegro; este último afirma que a mencionada lei de 1902 deveria ser interpretada restritivamente para evitar sua inconstitucionalidade e que a ordem de recuo estaria implicitamente subordinada à forma judicial prevista no Decreto nº 4.956, de 1903. O inteiro teor do acórdão se encontra em BASTOS, José Tavares. *Jurisprudência dos tribunais e juizes da republica compilada*. Rio de Janeiro: Garnier, 1908. v. 1, p. 364-

reformou a sentença, sustentando:

Contra as limitações impostas por projetos de desapropriação, de recuo, de urbanização, de loteamento, que a administração elabora tendo em vista o interesse da coletividade, não se pode admitir ação cominatória para que se abstenha que cumprir o que fez no exercício de suas atribuições.

A ação só seria cabível v.g. se os AA tivesse provado que requereram licença para obras de conservação, reforma, acréscimo, construção nos termos do art. 3º do decr. 13.286 e que não obstante isso o seu pedido fora indeferido. Ora, tal prova não se encontra nos autos e nem os AA invocaram qualquer dispositivo regulamentar aplicável como tendo sido infringido pela apelada³¹⁴.

A alegada demora na execução ou decretação da desapropriação não justifica o deferimento do pedido para construção ou reforma não permitida pelas disposições regulamentares.

A existência ou não de dano ressarcível pela Prefeitura deverá ser apreciada em outra ação. Há atualmente respeitável corrente doutrinal seguida em vários julgados fundada em princípios de equidade, mandando indenizar mesmo os danos decorrentes de atos “legítimos” da administração (...).

Em fundamentação à francesa, integralmente transcrita abaixo, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

Conheço do recurso e lhe dou provimento, para restabelecer a sentença da primeira instância.

Bem mostrou, a meu ver, a sentença, com apoio na lição autorizada de Seabra Fagundes, que ocorreu a caducidade, de que cuida o art. 10 do Dec. Lei 3.365 de 21-6-1941.

No mesmo sentido tem-se orientado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive em recurso de mandado de segurança concedido, se bem me recorde, contra a Prefeitura de São Paulo.

Conhecendo do recurso, dou-lhe provimento.

O acórdão foi impugnado pelo recurso de embargos infringentes, interposto pelo Estado da Guanabara, que sucedera o antigo Distrito Federal em razão da mudança da capital para Brasília. O acórdão dos Embargos Infringentes no Recurso Extraordinário nº 39.805/RJ, julgados pelo Plenário em 14 de setembro de 1960, relator o Ministro Antonio Villas Boas, assim sintetizou as alegações do Estado:

Sustenta a embargante que o ponto central da demanda não está em saber se o decreto expropriatório pode ou não caducar, senão em fixar se pode ou não a Administração restringir o uso da propriedade particular, no caso um imóvel atingido por projeto de urbanização, consoante dispõe a legislação em vigor.

Desta vez, a fundamentação do voto do relator foi mais analítica:

366. O acórdão foi criticado em FALCÃO, Alcino Pinto. Do direito a indenização, como evolução no conflito entre o princípio da liberdade de construir e as restrições administrativas. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro, n. 15, p. 26, set. 1972/maio 1973.

³¹⁴ A “apelada” referida neste trecho é a Prefeitura do Distrito Federal, uma vez que houve reexame necessário, antes conhecido como “recurso de ofício”, sendo recorrente o juízo da instância inicial.

A Constituição assegura, na sua plenitude, o exercício do direito de propriedade.

Se admite, por exceção, que a Administração se aproprie dos bens particulares, condiciona esse poder à verificação da necessidade ou utilidade pública ou do interesse social e ao pagamento prévio de justa indenização.

Não se concebe também, a pretexto algum, a perpetuação de uma desapropriação.

A hipótese dá a entender que a havia apenas uma declaração de autoridades municipais sobre a inclusão da área do prédio (rua Conde de Bonfim nº 505) em um projeto de urbanização, que não se executou.

Qualquer decreto expropriatório é necessariamente limitado no tempo, de acordo com o art. 10 do Decreto-lei nº 3.365/41, que é uma cláusula de garantia à propriedade privada. Não era, pois, possível atribuir efeitos perpétuos ao Decreto Municipal nº 8.331/45, em detrimento do *jus utendi* ou *disponendi* dos embargados.

Desprezo os embargos.

A fundamentação é precisa, pois compreende que a caducidade é uma garantia da propriedade e que uma proibição perpétua – melhor seria dizer por prazo indeterminado – de edificar viola esta garantia. Está implícito que a aplicação da caducidade é imposição da proteção constitucional da propriedade.

A analogia é perfeitamente adequada, uma vez que as outras medidas administrativas preordenadas à desapropriação, que precedem a declaração de utilidade pública ou interesse social, representam uma antecipação – senão uma ampliação – dos seus efeitos, notadamente a possibilidade de vetar edificações ou outras obras que constituiriam benfeitorias ou de manter a área a salvo de exploração conflitante com seus atributos naturais. Se é possível que uma medida antecipe os efeitos da declaração, também devem ser antecipados, em conjunto, as salvaguardas do proprietário, ao menos a mais importante delas que é a caducidade³¹⁵.

A aplicação analógica do prazo de caducidade previsto no art. 10 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, também não é desconhecida da doutrina brasileira. Seabra Fagundes³¹⁶, seguido por Vinícius Monte Custodio³¹⁷, defende tal analogia para definição do prazo de que dispõe o beneficiário da desapropriação para dar-lhe a correta destinação, evitando assim a retrocessão.

O prazo de caducidade garante ao proprietário segurança inferior à aposição de um termo final à medida, uma vez que ele ainda fica sujeito a demoras excessivas do

³¹⁵ As outras duas salvaguardas são a necessidade de fundamentação da hipótese de utilidade e interesse social e a necessidade de decreto do Chefe do Poder Executivo. A primeira pode ser estendida às medidas preordenadas sem dificuldades, mas a última não, pois a lei pode prever competências específicas para edição de cada medida.

³¹⁶ *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 397.

³¹⁷ *Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 221.

processo judicial, que podem levar inclusive a responsabilização no plano internacional, como mostra o caso *Salvador Chiriboga vs. Equador*. Ainda assim, é uma solução que melhora significativamente o quadro do ordenamento jurídico brasileiro e tem a vantagem de se valer de instituto antigo e de longa aplicação, o que facilita sua incorporação à dogmática e à jurisprudência brasileiras.

Capítulo 3

ONEROSIDADE DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PREORDENADAS À DESAPROPRIAÇÃO

A aplicabilidade da caducidade prevista no art. 10 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, às medidas administrativas preordenadas à desapropriação e a consequente afirmação de sua temporariedade não prejudica o interesse na análise de sua onerosidade e de sua constitucionalidade, seja porque um estudo teórico deve procurar dissecar o tema, sem se deter em apenas um de seus aspectos, ou porque a eventual ilicitude da medida não impede que ela caduque³¹⁸ e a caducidade, por sua vez, não afasta o dever de indenizar pelos prejuízos verificados durante a vigência de medida³¹⁹.

No capítulo 2, constatou-se que, à luz do cânone doutrinário brasileiro – a teoria dos sacrifícios de direitos tal como construída e exposta por Carlos Ari Sundfeld –, a duração da medida é relevante para verificar se ela constitui mera restrição à propriedade, que não pressupõe o dever de indenizar, ou se, ao contrário, tem natureza de desapropriação ablativa, que deve ser precedida da justa indenização.

A esta altura, portanto, já se pode considerar rejeitada a assertiva de José Afonso da Silva, transcrita na introdução da presente tese, no sentido de que uma servidão perene de recuo não seria indenizável antes da desapropriação em razão de não ser usada pela entidade pública que a instituiu³²⁰.

Ainda assim, no âmbito deste quadro teórico traçado no capítulo anterior, mesmo que a mera temporariedade da medida não seja por si só suficiente para afastar o caráter expropriatório, ela pode, a depender do contexto, levar à conclusão de que a medida impõe restrições que atendem ao critério da normalidade da intensidade do impacto no patrimônio de seu destinatário, de que é componente importante sua duração, ou seja, que ela implica restrições *normais* e, como tal, gratuitas.

³¹⁸ CHAABAN, Rana. *La caducité des actes juridiques: étude de droit civil*. Beirute: Alpha, 2010. p. 15-16.

³¹⁹ A indenizabilidade dos danos decorrentes da declaração de utilidade pública caduca é reconhecida há muito pela doutrina brasileira: SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 261. FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 179-180. Este autor tem o mesmo entendimento na hipótese de desistência da ação de desapropriação já ajuizada (p. 280). No mesmo sentido, tanto na hipótese de caducidade quanto de revogação do decreto de utilidade pública: CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1, p. 250 e 284. Em relação à hipótese de desistência da ação, com transcrição de precedentes do Supremo Tribunal Federal: MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e prática da desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 244-262.

³²⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 409.

No presente capítulo, pretende-se dar um passo adiante na análise para verificar se o critério da normalidade ou intensidade é o mais adequado para caracterização da desapropriação ablativa ou se, ao contrário, deve ser adotado o critério da singularidade ou concretude da limitação – considerado insuficiente por Sundfeld³²¹ –, o que relegaria a influência da duração da medida para outro aspecto, qual seja, a quantificação da indenização devida.

Em razão deste objetivo, as referências a ordenamentos estrangeiros tornar-se-ão, no presente capítulo, mais esparsas, pois elas já cumpriram sua finalidade de oferecer parâmetros para a identificação do problema e dar contexto a suas possíveis soluções. Aquelas que ainda serão feitas terão objetivo diverso daquelas contidas nos capítulos anteriores; elas consistem muito mais no aproveitamento de raciocínios doutrinários e jurisprudenciais, mesmo que deslocados de seu contexto original, nas ocasiões em que eles forem considerados aplicáveis ao contexto brasileiro, do que uma descrição do ordenamento estrangeiro.

Antes de ingressar nestes desdobramentos, contudo, há uma outra questão relacionada à onerosidade das medidas administrativas preordenadas à desapropriação que convém abordar. Trata-se de seu efeito na quantificação da indenização fixada posteriormente, quando sobrevém a desapropriação translativa à qual elas foram preordenadas. Em outras palavras, trata-se da análise da onerosidade de tais medidas quando encaradas como produtoras de certos efeitos nos bens posteriormente objeto da desapropriação translativa, e não da onerosidade das medidas consideradas em si mesmas. Nesta específica questão, os ordenamentos estrangeiros ainda desempenharão papel similar ao dos capítulos anteriores da presente tese.

3.1 – A exclusão do efeito das medidas administrativas preordenadas à desapropriação na avaliação do bem expropriado

É de conhecimento geral que os parâmetros urbanísticos aplicáveis a certo imóvel urbano, em função do zoneamento estabelecido em plano urbanístico, e as potencialidades de exploração de imóvel rural são elementos que influem consideravelmente na fixação de seu preço de mercado e, conseqüentemente, na sua avaliação para fins de indenização no bojo de desapropriação.

³²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 91.

As funções públicas de ordenamento do solo urbano e proteção ambiental não foram instituídas para que seu titular influencie deliberadamente o valor de bens privados com o objetivo de facilitar ou dificultar sua aquisição por terceiros ou pela própria entidade pública. A utilização deste poder com este objetivo constituiria desvio de finalidade, de modo que sequer é necessário discutir o tema à luz da previsão constitucional de “justa indenização”.

Nos três ordenamentos jurídicos estrangeiros abordados na presente tese – o italiano, o francês e o californiano –, há norma legal expressa sobre o tema, lição que pode ser apreendida pelo legislador brasileiro em eventual reforma do Decreto-lei nº 3.365, de 1941.

3.1.1 – Itália

Na Itália, o art. 32, item 1, do texto único sobre desapropriação por utilidade pública prevê o seguinte:

Art. 32. Fixação do valor do bem (L)

1. Ressalvados os critérios específicos previstos em lei, a indenização da desapropriação é fixada com base nas características do bem no momento do acordo de cessão ou na data da edição da ordem de promoção da desapropriação, computando a incidência das restrições de qualquer natureza que não tenham natureza expropriativa e sem considerar os efeitos da restrição preordenada à desapropriação e aqueles conexos à eventual realização da obra prevista, mesmo no caso de desapropriação de um direito diverso da propriedade ou de imposição de uma servidão. (L)³²²

A assertiva de que o fundamento de tal regra é evitar o desvio de finalidade é fortalecida pela circunstância de que, na Itália, ao contrário do que ocorre no Brasil, na França e nos Estados Unidos, a Constituição não prevê que a indenização devida ao expropriado deve ser justa, mas apenas que a desapropriação se faz mediante indenização (art. 42, item 3).

³²² Não se trata de avaliar o bem tendo como parâmetro temporal o momento anterior à restrição preordenada à desapropriação, mas sim de fazer a avaliação considerando o momento da ordem de promoção da desapropriação – que não existe no ordenamento brasileiro e não se deve confundir com a declaração de utilidade pública –, como se não existisse a medida preordenada. A diferença é explicada em CENTOFANTI, Nicola. *L'espropriazione per pubblica utilità*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 363. BORGIO, Maurizio; MORELLI, Marco. *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della P.A.: espropriazione per pubblica utilità e strumenti alternativa*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 152-154. Na língua original: “Art. 32. Determinazione del valore del bene (L) 1. Salvi gli specifici criteri previsti dalla legge, l'indennità di espropriazione è determinata sulla base delle caratteristiche del bene al momento dell'accordo di cessione o alla data dell'emanazione del decreto di esproprio, valutando l'incidenza dei vincoli di qualsiasi natura non aventi natura espropriativa e senza considerare gli effetti del vincolo preordinato all'esproprio e quelli connessi alla realizzazione dell'eventuale opera prevista, anche nel caso di espropriazione di un diritto diverso da quello di proprietà o di imposizione di una servitù. (L)”

Ao abordar a disposição, a doutrina faz referência aos debates da Assembleia Constituinte que resultaram na Constituição italiana de 1947. Conta-se que foi proposta por Giovanni Perlingieri uma emenda para inserir o adjetivo “justo” antes da palavra “indenização”. Diante desta emenda, o presidente da subcomissão responsável pela redação em debate afirmou que o adjetivo justo fora retirado do texto por estar implícito no conceito de indenização, resposta diante da qual Perlingieri retirou sua emenda³²³. Convém lembrar que o adjetivo justo constava do art. 29 do Estatuto Albertino, que era a anterior constituição italiana, e do art. 832 do Código Civil de 1942 (e, anteriormente, do art. 438 do revogado Código Civil de 1865)³²⁴.

O relato é um alerta para o risco de mudanças aparentemente inofensivas em textos legais de longa tradição.

Para entender melhor a questão, será necessário caminhar por ao menos parte do “percurso tortuoso e complexo” que é a história da legislação italiana sobre expropriação³²⁵. A primeira lei expropriatória italiana, Lei nº 2.359, de 1865, editada na vigência do Estatuto Albertino, previa em seu art. 39 que a indenização seria correspondente ao justo preço que o bem alcançaria em uma compra e venda celebrada livremente, ou seja, o preço de mercado³²⁶. A primeira fresta aberta neste muro foi a lei de recuperação de Nápoles, Lei nº 2.892, de 1885, que substituiu o critério do valor de mercado pela média entre o valor venal e os valores locativos dos últimos dez anos³²⁷. Após o advento da Constituição de 1947, a aplicabilidade da lei foi estendida para edificação de habitações populares pela Lei nº 43, de 1949, e foi então considerada compatível com o novo texto constitucional pela Corte Constitucional na Sentença nº 5, de 1960, que sustentou que a Constituição exige tão somente uma indenização séria, que não seja meramente simbólica, o que foi atendido pelo referido diploma legal. Citando precedente proferido apenas três anos antes, a Corte sustentou:

Com a sentença nº 61 de 13 de maio de 1957, esta Corte decidiu a respeito que não se deve atribuir à palavra “indenização” uma interpretação meramente literal e etimológica, em quanto o Constituinte – tendo em conta também elementos históricos – não pretendeu, relativamente à indenização, adotar o critério único da efetiva correspondência ao valor venal do imóvel, fixado no art. 39 da lei geral nº

³²³ COMPORTEI, Marco. Relazione introduttiva. In: COMPORTEI, Marco (Org.). *La proprietà nella carta europea dei diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 10-11.

³²⁴ COMPORTEI, Marco. Relazione introduttiva. In: COMPORTEI, Marco (Org.). *La proprietà nella carta europea dei diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 8-9.

³²⁵ CENTOFANTI, Nicola. *L'espropriazione per pubblica utilità*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 11.

³²⁶ MATTEI, Ugo. *I diritti reali 2: la proprietà*. 2a ed. Milano: Utet, 2015. p. 443.

³²⁷ CENTOFANTI, Nicola. *L'espropriazione per pubblica utilità*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 20.

2.359, de 25 de junho de 1865, sobre expropriações forçadas por causa de utilidade pública. Tal critério já havia sido superado por sucessivas leis (lei nº 2.892, de 15 de janeiro de 1885, para a recuperação da cidade de Nápoles, Decreto nº 981, de 6 de julho de 1931, que estabelece o plano regulador da cidade de Roma e numerosas outras decisões legislativas), considerando que os objetivos de utilidade pública e finalidade social, pela sua própria natureza de interesses superiores, não podem ser subordinados aos [interesses] privados, e sim implementados, ainda que de modo balanceado e coordenado com estes últimos.³²⁸

O único limite que a Corte Constitucional extraiu da exigência constitucional de indenização naquela ocasião é que ela não fosse meramente simbólica³²⁹.

Encorajado pela jurisprudência, o legislador italiano resolveu testar seus limites, o que levou a uma reação da Corte Constitucional, que considerou incompatíveis com a Constituição leis que determinaram o cálculo da indenização com base no valor dos bens décadas antes (Sentença nº 155, de 1976) e no valor agrícola médio dos terrenos, mesmo aqueles destinadas a fins residenciais em planos urbanísticos vigentes (Sentença nº 5, de 1980). A jurisprudência evoluiu, portanto, para passar a exigir que o método de cálculo da indenização fosse congruente com as circunstâncias envolvendo o bem expropriado, mas ainda assim a indenização não precisa ser integral.

Finalmente, por meio da Lei nº 359, de 8 de agosto de 1992, o legislador previu que a indenização seria calculada por meio de uma média entre valor venal e renda gerada pelo imóvel, sujeita a um redutor de 40% (quarenta por cento). Na sentença nº 283, de 1993, a Corte Constitucional considerou a lei compatível com a Constituição, por entender que um dos parâmetros utilizados é o valor venal do bem, o que é suficiente para garantir uma indenização congruente. A Corte registrou que o critério seria, segundo o legislador, transitório, até a edição de uma nova lei geral de expropriações. A nova lei, o texto único, foi editada em 2001, conforme visto no capítulo 1, mas seu art. 37 manteve o mesmo critério da lei de 1992.

³²⁸ Na língua original: “Con sentenza n. 61 del 13 maggio 1957 questa Corte ha in proposito statuito che non è dato attribuire alla parola "indennizzo" una interpretazione meramente letterale ed etimologica, in quanto il Costituente - tenuto anche conto di elementi storici - non ha inteso, relativamente all'indennizzo, adottare il solo criterio della effettiva corrispondenza al valore venale dell'immobile, fissato dall'art. 39 della legge generale 25 giugno 1865, n. 2359, sulle espropriazioni forzate per causa di pubblica utilità. Tale criterio leggi successive (legge 15 gennaio 1885, n. 2892, per il risanamento della città di Napoli, R.D.L., 6 luglio 1931, n. 981, per il piano regolatore della città di Roma e numerosi altri provvedimenti legislativi) avevano già superato, nella considerazione che gli scopi di pubblica utilità e le finalità sociali, per la stessa loro natura di superiori interessi, non possono essere subordinati a quelli privati e, sia pur temperati e coordinati con questi ultimi, debbono essere realizzati.”

³²⁹ Sobrevieram diversos outros precedentes em sentido similar, conforme a seguinte narrativa: MOSCARINI, Anna. *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 120-124.

A Corte Constitucional declarou a regra – agora permanente – inconstitucional na Sentença nº 348, de 2007, desta vez com mudança significativa da fundamentação, decisivamente influenciada pelos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos em desfavor da Itália, em especial *Scordino v. Italy (nº 1)*, expressamente citado e explicado na decisão. O fundamento da inconstitucionalidade não foi apenas o art. 42 da Constituição, que prevê o direito de propriedade, mas o art. 117, reformado em 2001, que determinou que o poder legislativo é exercido de acordo com os compromissos internacionais da Itália, o que abrange o Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A Corte esclareceu que o critério adotado na legislação implicava uma indenização de valor correspondente a uma faixa de 30 a 50% (trinta a cinquenta por cento) do valor de mercado do bem, inidônea a assegurar uma indenização séria, o que viola o direito de propriedade. A sentença explica que a jurisprudência da Corte Europeia não exige necessariamente que a indenização seja sempre integral, mas exige justificativa para que isto não ocorra, relacionada a medidas de reforma econômica ou justiça social.

Então, em 2007, finalmente, foi editada a Lei nº 244, que modificou o art. 37 do texto único sobre expropriação por utilidade pública determinando que a indenização, em regra, deve corresponder ao valor venal do bem expropriado³³⁰, alinhando a Itália, ao menos no âmbito infraconstitucional, aos demais ordenamentos estudados na presente tese³³¹.

Ainda assim, subsiste o argumento de que a exclusão da desvalorização gerada pela restrição preordenada à desapropriação tem por fundamento o desvio de finalidade, por ter sido ela prevista antes da reforma legislativa de 2007.

3.1.2 – França

O artigo L321-1 do Código de Expropriação por Utilidade Pública (*Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*), de modo coerente com a exigência constitucional de justa indenização, estabelece que as indenizações devem abranger a integralidade do prejuízo direto, material e certo causado pela expropriação.

O artigo L322-4 do mesmo código prevê que a avaliação dos imóveis não edificados deve levar em conta as restrições administrativas ao direito de construir, salvo

³³⁰ CENTOFANTI, Nicola. *L'espropriazione per pubblica utilità*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 369-370.

³³¹ Em sentido similar, referindo-se ao fim de uma “longa temporada de desvios” (“lunga stagione di deviazioni”): GAMBARO, Antonio. *La proprietà, beni, proprietà, possesso*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2017. p. 187.

se sua instituição revelar, da parte do expropriante, uma intenção dolosa, que a jurisprudência já reconheceu existente, por exemplo, nas seguintes hipóteses: a) terreno que teve sua classificação em certa zona modificada antes da desapropriação, passando a se sujeitar a maiores restrições, e sofreu nova modificação após a desapropriação, voltando a ser suscetível de receber maior área construtiva³³²; b) modificação ou revisão do plano local de urbanismo pelo conselho municipal, classificando o bem a ser expropriado em uma zona insuscetível de edificação ou cujos parâmetros urbanísticos a restringem intensamente³³³; c) modificação da classificação de terrenos situados em área central, de zona urbana para zona de expansão urbana, no momento em que a comuna manifestou intenção de construir habitações nesta região central³³⁴.

Ademais, o artigo L322-6 do mesmo diploma legal estabelece que, na hipótese de desapropriação de um terreno abrangido por uma reserva de espaço contida em plano urbanístico, a avaliação do valor do bem deve ser feita como se esta reserva houvesse cessado.

O Conselho Constitucional já se pronunciou sobre dispositivo do antigo Código de Expropriação que estabelecia que a qualificação de terreno edificável, para fins de indenização, seria conforme aos planos urbanísticos, cuja constitucionalidade foi impugnada por suposta lesão ao princípio constitucional segundo o qual o juiz judiciário é o guardião de propriedade, de modo que caberia a ele – e não aos planos urbanísticos – avaliar a edificabilidade. Na Decisão nº 85-189 DC, de 17 de julho de 1985, o Conselho considerou a lei constitucional, por entender que o juiz judiciário mantém, conforme outro dispositivo da mesma lei, a competência de desconsiderar as restrições e servidões que tenham sido instituídas com a intenção dolosa de afetar o valor da indenização.

Ao tratar do tema, Jacqueline Morand-Deville, Pierre Bourdon e Florian Poulet também mencionam uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, proferida no caso *Kozaciouglu v. Turkey*, de 19 de fevereiro de 2009³³⁵, em que a corte considerou incompatível com o artigo 1 do protocolo 1 o sistema de avaliação adotado na Turquia, que

³³² HOUSTIOU, René. *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*. 17ème ed. Paris: LexisNexis, 2019. p. 237. A referência principal feita pelo autor é a um caso julgado pela Corte de Apelação de Pau (*Cour d'appel de Pau*).

³³³ MORAND-DEVILLER, Jacqueline; BOURDON, Pierre; POULET, Florian. *Droit administratif des biens*. 10ème ed. Paris: LGDJ, 2018. p. 596. Trata-se de decisão da Corte de Cassação, assim referenciada pelos autores: “Cass. 3e civ., 11 juin 1992”.

³³⁴ CHAMARD-HEIM, Caroline; MELLERAY, Fabrice; NOGUELLOU, Rozen; YOLKA, Philippe. *Les grandes décisions du droit administratif des biens*. 3ème ed. Paris: Dalloz, 2018. p. 263. Trata-se de decisão da Corte de Cassação, assim referenciada pelos autores: “Civ. 3e, 31 mai 2000, nº 99-70.099”.

³³⁵ MORAND-DEVILLER, Jacqueline; BOURDON, Pierre; POULET, Florian. *Droit administratif des biens*. 10ème ed. Paris: LGDJ, 2018. p. 596.

desconsidera a valorização do imóvel objeto de proteção cultural – pode-se dizer, por semelhança, tombado –, mas computa sua desvalorização decorrente do ato estatal que determinou sua proteção. Apesar da decisão não envolver a França, a menção se justifica pela influência notável da jurisprudência da CEDH no país.

3.1.3 – Califórnia

O § 1263.310 do Lei de Domínio Eminente, que é o Título 7 do Código de Processo Civil do Estado da Califórnia, estabelece o seguinte:

Indenização deve ser concedida pelo bem subtraído. A medida desta indenização é o justo valor de mercado do bem subtraído.³³⁶

O § 1263.330 do mesmo diploma estabelece:

O justo valor de mercado do bem subtraído não incluirá nenhum acréscimo ou decréscimo que seja atribuível:
 (a) ao projeto para o qual o bem é subtraído;
 (b) ao procedimento de desapropriação no qual o bem é subtraído;
 (c) a quaisquer atividades preliminares do expropriante relacionadas à subtração do bem.³³⁷

Embora mais genérico do que seus correspondentes italiano e francês, o dispositivo é bastante claro e dispensa maiores explicações.

3.1.4 – Brasil

A correspondência entre a justa indenização prevista na Constituição e o preço de mercado é bem expressa pelo art. 12, *caput*, da Lei 8.629, de 1996, na redação que lhe foi atribuída pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001: “Considera-se justa a indenização que reflita o preço atual do imóvel em sua totalidade”. A redação anterior à modificação feita pela medida provisória era até mais precisa: “Considera-se justa a indenização que permita ao desapropriado a reposição, em seu patrimônio, do valor do bem que perdeu por interesse social”.

O Decreto-lei nº 3.365, de 1941, diploma muito mais curto do que seus correspondentes italiano, francês e californiano, é omissivo em relação à necessidade de desconsiderar no cálculo da indenização a desvalorização decorrente de medida editada com vistas à futura desapropriação.

³³⁶ Na língua original: “Compensation shall be awarded for the property taken. The measure of this compensation is the fair market value of the property taken.”

³³⁷ Na língua original: “The fair market value of the property taken shall not include any increase or decrease in the value of the property that is attributable to any of the following: (a) The project for which the property is taken. (b) The eminent domain proceeding in which the property is taken. (c) Any preliminary actions of the plaintiff relating to the taking of the property.”

O art. 26 estabelece apenas que o valor da indenização “será contemporâneo da avaliação”. Uma interpretação literal do dispositivo poderia levar à conclusão de que não há como desconsiderar, na avaliação, a desvalorização decorrente de atos anteriores, inclusive medidas administrativas preordenadas à desapropriação.

Esta interpretação incentivaria o desvio de finalidade e seria contrária à finalidade da importantíssima Lei nº 2.786, de 1956, que, considerado em sua totalidade, visou aumentar as garantias do expropriado, adaptando o Decreto-lei nº 3.365, de 1941, à Constituição de 1946. Na justificativa do Projeto de Lei nº 466-B, de 1955, que lhe deu origem, disse seu autor, Deputado Bilac Pinto:

A aplicação da atual Lei de Desapropriação, num período de quase três lustros, vem revelando que alguns dos seus preceitos reclamam modificação.

Com o advento da Constituição de 1946, o parágrafo único do art. 27, que estabelecia limite intransponível para a fixação do valor de certos imóveis e a parte final do art. 32 que permitia o pagamento da indenização em títulos da dívida pública ficaram derogados.

2. O inciso nº 16 do art. 141 da Constituição, ao assegurar ao expropriado “justa indenização” concede a este um direito que não pode ser restringido pelo legislador ordinário.

A rígida fórmula legal de estimativa do valor dos imóveis urbanos, sujeitos ao imposto predial, não constitui processo adequado para a fixação do valor real do bem a ser desapropriado que deverá constituir o *quantum* da sua justa indenização.

Apesar do vício de inconstitucionalidade de que padece esse parágrafo único do art. 27, vez por outra ainda é ele aplicada por juízes singulares e até por certos tribunais, convindo que sua revogação seja feita de maneira expressa.

3. Estabelecendo também a Constituição que a indenização, além de justa, deverá ser “prévia” e “em dinheiro”, é de toda conveniência que o art. 32 do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, seja redigido de acordo com a Constituição.

4. Ao lado das normas tendentes a corrigir as inconstitucionalidades do Decreto-lei n.º 3.365, incluímos no projeto alguns preceitos tendentes a resolver dúvidas e perplexidades que a cada passo surgem, nos processos de desapropriação, e ainda outras que nos parecem inovações úteis.

(...)

9. A última das modificações propostas tem em vista estabelecer que o valor da indenização será contemporâneo da avaliação.

A norma vigente estatui que esse valor deve ser contemporâneo da declaração de desapropriação.

As críticas formuladas a essa disposição e bem assim os debates suscitados a respeito de sua aplicação justificam a alteração sugerida.

Com a constante e sensível desvalorização da moeda nacional a justa indenização somente poderá ser aquela que corresponda ao valor do bem

desapropriado, na data da avaliação.³³⁸

O tema não é desconhecido da jurisprudência brasileira. Em acórdão proferido em 30 de abril de 1970 na Apelação Cível nº 137.321, da Sexta Câmara, relator o Juiz Newton Hermano, o antigo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo reverteu redução da indenização que havia sido determinada pela sentença da instância inicial em razão da existência de área insuscetível de edificação, com base no seguinte fundamento:

Como ressaltado pelos réus, o próprio autor não fez, na inicial, qualquer distinção entre a área desimpedida e a que se achava sob a restrição em causa, oferecendo preço homogêneo pelo todo. Nem poderia ser de outra forma, pois ao Poder Público não é dado tirar proveito de uma restrição por ele próprio imposta ao particular no interesse geral. Se é certo que a simples restrição *non edificandi* é insuficiente por si só para autorizar o proprietário atingido pela medida a pleitear qualquer indenização, menos indúvidoso é que o Poder Público, quando resolve expropriar o bem particular que suporta tal ônus, está obrigado a pagar o justo preço por ele.³³⁹

Em relação à quantificação da indenização³⁴⁰, a interpretação permanece atual e merece aplicação.

3.2 – Critério adequado para verificar se as medidas administrativas preordenadas à desapropriação são onerosas

Como explicado no capítulo 2, Carlos Ari Sundfeld analisou os diferentes critérios para distinguir as restrições à propriedade (que ele denomina condicionamentos) e as desapropriações ablativas (que ele denomina sacrifícios). Após rejeitar os critérios da transferência patrimonial e do veículo de instituição do gravame, o autor analisa o critério da singularidade da medida; apesar de reconhecer sua difícil operacionalização, não o descarta, preferindo considerá-lo apenas insuficiente, dificuldade suprida pela agregação de outro critério: a normalidade, que é uma qualificação da intensidade do impacto da

³³⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Dossier. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01dxqybyzksmg16r4lvcy6hj26746451.node0?codteor=1217084&filename=Dossie+-PL+466/1955>. Acesso em 28 jun. 2021.

³³⁹ *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 104, p. 217-218, abr./jun. 1971. O acórdão foi citado em SÉ, João Sento. Desapropriações anômalas. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 152, p. 42, abr./jun. 1983.

³⁴⁰ A questão da onerosidade da instituição da faixa insuscetível de edificação em áreas urbanas, atualmente prevista no art. 4º, III, da Lei 6.766, de 1979, foi decidida de modo distinto tanto pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 92.643/SP, do Plenário, julgado em 27 de maio de 1981, relator o Ministro Décio Miranda) quanto pelo Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 750.050/SC, da Primeira Turma, julgado em 5 de outubro de 2006, relator o Ministro Luiz Fux). Em relação às áreas rurais, o tema é tratado na Súmula 142 do antigo Tribunal Federal de Recursos.

medida sobre o direito, que pode ser normal – então haverá restrição – ou anormal – então haverá desapropriação ablativa³⁴¹.

Na tentativa de contribuir para o progresso no tema, busca-se partir destas sólidas fundações para apresentar uma alternativa de conjugação dos dois mencionados critérios, na qual eles deixam de ser conjuntivos³⁴² para se tornarem disjuntivos.

E tal disjunção vai além de uma bifurcação de dois caminhos que chegam a um mesmo destino. Na verdade, a própria destinação é diferente. O critério da singularidade ou concretude é apto a caracterizar a desapropriação. Uma vez que ela seja caracterizada, a intensidade deve ser mensurada na quantificação da indenização, já que esta deve compensar o proprietário pelo que ele perdeu e a intensidade da perda é variável. Neste caso, ela deixa de ser critério de identificação e passa a ser parâmetro de tal quantificação, função inteiramente diversa. Aplica-se a esta reflexão sobre intensidade o raciocínio desenvolvido por Fernando Dias Menezes de Almeida no âmbito da responsabilidade civil:

Enfim, dano, para fins de responsabilidade civil, é aquilo que o direito objetivamente considera e não aquilo que a vítima subjetivamente assim considera.

Nessa mesma linha de argumentos, discordando-se aqui da doutrina tradicional, não se reconhece fazer sentido, em teoria do direito, o recurso ao conceito de “dano injusto”, ou “dano anormal”, a extrapolar um mínimo que toda sociedade deve suportar dentro de qualquer convivência social, para justificar a responsabilidade do Estado.

Essas são noções metajurídicas, que cabem em uma ponderação de política legislativa, ao se definirem os padrões de legalidade de ação estatal. Uma vez positivada a regra de direito, “dano” (*tout court*) é o que dela deriva como resultado ilícito.³⁴³

O dano, sendo um conceito jurídico e não natural, pressupõe uma decisão social quanto ao nível de tolerância que se quer ter em face de sacrifícios considerados socialmente necessários, por parte dos

³⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 89-95. Este critério é chamado de intensidade em BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Limitação e sacrifícios de direito: o conteúdo e as conseqüências dos atos de intervenção da administração pública sobre a propriedade privada. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 7, p. 57, 2003. A autora também defende a aplicação conjugada dos critérios em questão (p. 59-60).

³⁴² Apesar de afirmar que a generalidade do ato deixa de ser importante quando ele importe onerosidade excessiva ou elimine o conteúdo do direito, o autor parece sugerir que os critérios seriam disjuntivos (*Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 92), mas posteriormente esclarece que os condicionamentos – nesta tese chamados de restrições – “podem decorrer de ato individualizador” e que a normalidade é o critério para verificar se eles constituem sacrifícios – nesta tese chamados de desapropriações (p. 94).

³⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 7, p. 396.

indivíduos, em relação ao todo social.³⁴⁴

A “decisão social” a que se refere o autor citado só pode ser aquela tomada pelo parlamento no exercício da função legislativa, por meio da edição de normas gerais e abstratas. Este é o “nível de tolerância” já traçado de antemão, que não deve ser substituído por um juízo de normalidade do impacto sofrido. Se houve supressão de parte ou fragmento da propriedade tal como ela deriva das normas gerais e abstratas vigentes, há subtração e, assim, desapropriação. Se a onerosidade foi excessiva ou anormal, a indenização será alta; se a onerosidade foi moderada ou normal, a indenização também o será.

Não se nega que o critério da singularidade ou concretude apresente dificuldades, mas isto não é razão para substituí-lo, pois o critério da intensidade³⁴⁵ também padece dos mesmos problemas³⁴⁶. Na verdade, ambos são critérios que procuram reduzir a indeterminação que não é decorrente da construção teórica, mas sim da norma constitucional com suporte fático amplo que deve ser aplicada a fatos muito diferentes entre si³⁴⁷. Não há como fugir ou evitar a dificuldade e abandonar o critério só piora o problema. O melhor é tentar esmiuçá-lo.

Para tanto, convém esclarecer que os termos singularidade e concretude são utilizados na presente tese em acepções fracas, no sentido de pouco exigentes para sua caracterização. A singularidade não deve ser confundida com unicidade; é possível que o ato colha múltiplas pessoas, e não apenas uma ou duas, e continue a ser singular, desde que tais pessoas sejam identificáveis de antemão pela autoridade que praticou o ato, que não está sujeita ao véu da ignorância que é um limite ao poder do legislador ou mesmo do administrador que edita atos normativos. Se o legislador ou o administrador conseguiu olhar por baixo do véu, mesmo que a medida tenha aparência de generalidade e abstração, já se caracteriza a versão fraca da singularidade ou da concretude. De igual modo, se os

³⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 7, p. 410.

³⁴⁵ O critério da intensidade é similar à “severidade do encargo” (“severity of the burden”), mencionada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Lingle v. Chevron USA Inc.*, 544 U.S. 539 (2005).

³⁴⁶ É o que reconhece Luiza Vereza: “Cumpro prevenir-se contra o risco de supor que os métodos apresentados para a avaliação do impacto econômico da regulação possam proporcionar um limite ou percentual apriorístico a partir do qual a regulação será expropriatória. Essa definição em abstrato não seria possível, tampouco desejável” (*Regulações expropriatórias: requisitos procedimentais e parâmetros materiais de identificação*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 198).

³⁴⁷ Em sentido similar: GAMBARO, Antonio. *La proprietà, beni, proprietà, possesso*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2017. p. 205-206.

efeitos da lei se mostram singulares e concretos, ela pode ser tratada como ato singular e concreto, tal como defende Maurício Zockun:

Se for possível demonstrar que a imposição de um sacrifício de direito por meio de lei geral e abstrata irradiará seus efeitos para uma pequena parcela do extrato social de modo a, com isso, proporcionar uma comodidade à coletividade, então, os ônus necessários à outorga desse benefício social serão suportados de forma anormal e especial por diminuta parcela dos administrados.

Diante desse quadro, não importa saber o que a lei pretendeu atingir, importa saber o que ela efetivamente atingiu ou fatalmente atingirá.

Assim, caso a lei venha a concretamente produzir seus efeitos em relação a pequeno grupo de pessoas, ainda que diretamente volvida a todas as camadas da sociedade, então, as consequências prescritas não são gerais, mas, sim, especiais.

Vale dizer: seu efeito direto pretendia ser geral e abstrato mas, em rigor, foi individual e concreto. Isso significa dizer que a lei geral é abstrata, mas não os seus efeitos.³⁴⁸

Esta distinção é uma aproximação e depende de verificação casuística (ou *ad hoc*) para sua caracterização.

Isto não significa que a abrangência – ou seja, a medida da multiplicidade dos destinatários da medida – não possa ser levada em conta na operação do critério³⁴⁹. Se uma medida atinge uma única pessoa, ou duas, ou três, o rigor na sua análise pode ser ainda maior do que aquele a que é submetida uma medida que, mesmo singular, atinge centenas ou milhares de destinatários previamente determinados ou determináveis.

A quantificação da indenização não é, entretanto, a única serventia do critério da intensidade. Uma vez afastada a singularidade e a concretude da limitação, ou seja, reconhecido que ela é uma restrição, geral e abstrata, que não se qualifica como medida administrativa, a normalidade volta a entrar em cena. E o faz como critério para identificação de outro problema, distinto da subtração da propriedade: a lesão ao princípio da igualdade por insuficiência de distinção entre situações ontologicamente diferentes. Em outras palavras, desconsiderando a justiça particular, a norma geral e abstrata se mostra universal em excesso, deixando de excepcionar situação que, por razoabilidade na acepção de equidade³⁵⁰, deveria ser tratada de modo distinto, bem como deixando de estabelecer

³⁴⁸ ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do estado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 134.

³⁴⁹ A jurisprudência californiana a leva em conta, pois há precedentes que exigem uma “lesão única” (“unique injury”). A este respeito: BARCLAY, Cecily; GRAY, Mathew S. *California land use and planning law*. 37th ed. Point Arena: Solano Press, 2020. p. 341.

³⁵⁰ “No primeiro grupo de casos o postulado da razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 139). “Essa concepção de razoabilidade corresponde aos ensinamentos de Aristóteles, para quem a natureza da equidade consiste em ser um corretivo da lei quando e onde ela é omissa, por ser geral” (*Idem*, p. 142).

válvula de escape da norma geral e abstrata³⁵¹, a ser acionada por decisão administrativa na impossibilidade de sua prévia identificação pelo legislador.

A normalidade é critério para identificação desta lesão ao princípio da igualdade porque ela só se configura se a norma atingir o destinatário de modo anormal, ou seja, colocar sobre seus ombros excessivos encargos (no sentido do art. 50, II, da Lei 9.784, de 1999) em comparação com aqueles suportados pelos seus destinatários considerados genericamente. Em outras palavras, trata-se de lesão à igualdade por insuficiência de especificação da norma, que se mostra geral ou abstrata demais, violando a justiça particular. Como diz Humberto Ávila,

(...) a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso as hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de caso anormal.³⁵²

Um exemplo pode iluminar o que se pretende dizer³⁵³.

Um município edita uma norma urbanística que exige que todas as edificações a serem erguidas em lotes em seu território observem afastamento frontal de quatro metros, medido a partir do passeio, que por sua vez deve ter extensão de pelo menos dois metros medidos a partir do alinhamento. A norma se aplica indistintamente a todos os imóveis localizados no território municipal. Ela não afeta o potencial construtivo, uma vez que a área construída máxima admitida continua a ser calculada pela multiplicação do coeficiente de aproveitamento fixado pelo plano diretor para a zona pela área total do imóvel, incluindo a superfície sobre a qual ficará o afastamento frontal. A princípio, trata-se de norma geral e abstrata que organiza a edificação, essa faculdade integrante da propriedade (art. 1.299 do Código Civil), restringindo apenas como ela deve ocorrer, e nem

³⁵¹ Um exemplo de válvula de escape é o instituto da condição especial de ocupação de lote previsto nos arts. 223 a 226 da Lei Municipal nº 15.511, de 2019 (Lei de Zoneamento do Município de Curitiba). No Direito do Estado da Califórnia, por exemplo, há o afrouxamento administrativo do zoneamento (“administrative zoning relief”) por meio de variantes e permissões condicionais de uso, como se vê em BARCLAY, Cecily; GRAY, Mathew S. *California land use and planning law*. 37th ed. Point Arena: Solano Press, 2020. p. 59-63. Humberto Ávila se refere a este fenômeno com a denominação de “cláusulas de abertura ou de equidade” (*Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105).

³⁵² *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 141.

³⁵³ O exemplo construído é uma modificação simplificadora de casos julgados por dois acórdãos de tribunais estaduais. O primeiro é a Apelação Cível nº 4003663-85.2013.8.26.0048, julgada em 8 de julho de 2020 pela 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator o Desembargador Souza Meirelles. O segundo é a Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0000.19.111540-1/002, apreciada em 8 de abril de 2021 pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relator o Desembargador Paulo César Dias. A simplificação foi feita tanto pela circunstância dos acórdãos não conterem todos os detalhes fáticos dos casos quanto para evitar exposição desnecessária da legislação local dos Município de Atibaia (SP) e Pará de Minas (MG), partes nas causas.

sequer apresenta impacto relevante sobre o valor da coisa, pois o potencial construtivo, que é o elemento mais relevante para definir tanto o valor de uso quanto o valor de troca do bem, continua o mesmo, embora o afastamento frontal tenda a gerar edifícios mais altos e mais “magros”, mas com a mesma área construída. Trata-se de consequência do atributo da elasticidade da propriedade³⁵⁴, que foi respeitada.

Agora, vamos introduzir algumas variações na situação hipotética construída.

Há, no centro deste município, um pequeno lote vago cortado na parte dos fundos por um curso d’água, que gera uma área de preservação permanente. Trata-se de um curso d’água com quinze metros de largura, de modo que a área de preservação permanente tem cinquenta metros de largura (art. 4º, I, b, do Código Florestal). O lote tem área total de 200 m² (duzentos metros quadrados) e seu formato é de um trapézio, cuja base maior é contígua ao curso d’água. Assim, do total da área do lote, 130 m² (cento e trinta metros quadrados) estão na área de preservação permanente, cuja vegetação não pode ser suprimida, salvo em hipóteses que o Código Florestal prevê como de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental (art. 8º). Restam ainda 70 m² (setenta metros quadrados) para ocupar. É pouco, mas não chega a inviabilizar a ocupação do lote. No entanto, aplicando-se a este lote o afastamento frontal de quatro metros, medido do passeio que fica na parte da frente, ao lado da via pública, a superfície ocupável se reduz ainda mais, caindo para 50 m² (cinquenta metros quadrados). Se o zoneamento for residencial unifamiliar, vedando-se a edificação de lojas, e o padrão do mercado local naquele bairro for de residências com pelo menos três quartos, a ocupação do bem foi inviabilizada ou pelo menos se tornou desproporcionalmente mais onerosa do que ocorre genericamente com os lotes colhidos pela mesma norma jurídica. A norma geral impôs ao proprietário um encargo que, em razão de peculiaridade do seu imóvel, se caracteriza como encargo anormal. A legislação urbanística poderia conter norma excepcional que dispensasse o afastamento frontal em ruas cujos lotes lindeiros sejam cruzados por áreas de preservação permanente nos fundos ou instituir um procedimento administrativo para a edição de ato que aliviasse a restrição se o proprietário demonstrasse que seu lote foi atingido desproporcionalmente pela norma, tornando a restrição excessivamente onerosa. Se não fez uma coisa nem outra, a legislação é lesiva ao princípio da igualdade e sua aplicação ao

³⁵⁴ A expressão é aqui utilizada em sentido diferente do tradicional, que faz referência à tendência de concentração, no tempo, de todos os atributos do direito de propriedade na titularidade de uma só pessoa, em razão da extinção de outros direitos reais que fragmentaram tais atributos. Acerca da elasticidade: PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 15 e 109. GAMBARO, Antonio. *La proprietà, beni, proprietà, possesso*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2017. p. 231-233.

caso concreto pode ser considerada nula e, portanto, afastada. O legislador esperava que a elasticidade da propriedade absorvesse totalmente os impactos da norma e isto ocorreu com a maioria dos bens aos quais ela se aplica, mas não com o bem do nosso exemplo, cujas peculiaridades o tornaram rígido e sólido e, aplicada sobre ele a medida, houve fratura. Se o município resiste ao afastamento da norma, gerando prejuízos ao proprietário, a nulidade pode ser reconhecida judicialmente³⁵⁵ e cumulada com indenização pelos eventuais danos sofridos antes da anulação. Não há, no exemplo, desapropriação ablativa, mas sim nulidade da aplicação anormal – e por isso, inconstitucional por lesão à igualdade³⁵⁶ – da lei ao caso concreto. Em sentido similar, sustenta Miguel Nogueira de Brito:

Por outro lado, no plano do direito objetivo, a expropriação não representa a restrição genérica de um direito fundamental, mas antes da limitação do âmbito de validade de um direito fundamental a propósito de um seu objecto concreto; nessa medida, não pode falar-se de expropriação quando está em causa uma modificação geral do direito objetivo. Pelo contrário, a determinação do conteúdo e limites da propriedade significa a fixação em termos gerais e abstractos dos direitos e deveres do proprietário. Uma afectação excessiva da posição do proprietário através de tais normas não se transforma por isso numa expropriação, antes conduzindo à inconstitucionalidade da determinação do conteúdo e limites em causa. Finalmente, o legislador pode estar obrigado, em determinados casos, à previsão de deveres de compensação, de forma a suavizar encargos excessivos estabelecidos sobre o proprietário. (...).

O conceito de expropriação assim delineado é formal, visto que se caracteriza pela perda de um direito do proprietário, resultante de um acto do poder público (lei ou acto administrativo) orientado para esse fim e praticado por um motivo de interesse público determinado.³⁵⁷

Se o município entender que a nulidade prejudica sobremaneira sua política urbana, poderá declarar a utilidade pública do imóvel e desapropriá-lo, substituindo a restrição ilícita por uma ablação lícita. Também é possível que a desapropriação seja apenas para instituir servidão, deixando ao proprietário a propriedade de seu imóvel, ainda que desvalorizada – mas não aniquilada –, computando-se os prejuízos na indenização. A desapropriação, portanto, é uma alternativa à flexibilização administrativa ou à anulação judicial da norma, mas não se confunde com ela. No caso descrito, a propriedade é o pano de fundo do litígio, mas a norma violada é o princípio da igualdade, pela incidência de impacto *anormal* e desigual da regra legal sobre uma situação peculiar. A razoabilidade na

³⁵⁵ CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 267, p. 224, set./dez. 2014.

³⁵⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 77-81.

³⁵⁷ *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1007.

dimensão de equidade, por sua vez, é o postulado que oferece o critério para a aplicação da igualdade.

Como se vê, trata-se de hipótese de responsabilização civil, que tradicionalmente seria considerada como responsabilidade civil por atos lícitos. Nesta tese, a ampla visão de ilicitude adotada – que abrange inconstitucionalidade de aplicação da norma geral em caso específico por violação da igualdade na sua dimensão de justiça particular – torna desnecessário usar tal conceito. Estamos diante da responsabilidade civil objetiva por ato ilícito, instituto totalmente distinto da desapropriação, tal como o Direito das Coisas difere do Direito das Obrigações. De todo modo, eventual aplicação da responsabilidade por atos lícitos levaria a consequências similares, uma vez que ela tem como requisitos a anormalidade e a especialidade dos danos³⁵⁸, que de certo modo foram internalizados na aplicação do princípio da igualdade aqui proposta.

É momento de retornar ao exemplo dado para modificá-lo de modo a ilustrar as ideias defendidas sobre o critério da singularidade ou concretude. Ao invés de estabelecer afastamento frontal aplicável de modo geral e abstrato à cidade toda, solução excessivamente rígida, o legislador toma rumo contrário e se limita a instituir um instrumento urbanístico que denomina “projeto de acessibilidade pedonal”, a ser aprovado por um conselho urbanístico local, que pode exigir afastamentos frontais de lotes vagos a vias nos quais haja grande movimento de pedestres, sem que a lei defina qualquer outro parâmetro material que possibilite verificar de antemão quais imóveis podem ser colhidos pela norma. Um tal plano é aprovado para uma específica avenida no centro da cidade, exigindo um afastamento frontal de seis metros, em que é proibida, durante o dia, qualquer atividade distinta da circulação de pedestres, inclusive estacionamento de veículos e colocação de mesas e cadeiras. A medida atinge um conjunto de apenas dez imóveis, os únicos lotes vagos remanescentes na avenida, pertencentes a um total de três proprietários. Embora não seja única e sim múltipla – porque atingiu três proprietários e dez imóveis –, a medida é singular, pois se aplica a três pessoas determinadas ou ao menos determináveis de antemão, e concreta, pois se aplica a situações determináveis, que são as atividades de edificar naqueles imóveis. Os lotes atingidos são grandes, de mais de mil metros quadrados cada um, e não estão sujeitos a outros afastamentos relevantes, de modo que permanece possível edificar neles. Contudo, a singularidade e a concretude da medida mostram que

³⁵⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 325. HORBACH, Carlos Bastide. Notas sobre o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, n. 149, p. 25-33, jul. 2013. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do estado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 103-104.

ela constitui ablação, pois elimina a faculdade do proprietário excluir terceiros do uso de parcela do seu bem, por mais que esta parcela, em área, não seja percentualmente significativa. Pouco importa se a medida é normal e tolerável ou se atingiu as faculdades do proprietário em seu núcleo ou periferia, pois não existe princípio da insignificância na tutela civil da propriedade³⁵⁹. A singularidade e concretude da medida tornam desnecessário analisar se seu impacto é anormal; mesmo que seja um impacto normal, considerado tolerável por padrões sociais locais, ele lesa a propriedade, ainda que só um pouco, e como tal é juridicamente intolerável. Uma lesão pequena ainda é uma lesão e continua a merecer tutela. Sua identificação se faz pela comparação entre a exigência à qual aquele bem específico foi singularmente submetido e as normas gerais e abstratas que estabelecem os deveres decorrentes da situação de proprietário daquele bem (e não que meramente autorizam seu estabelecimento); é este o seu parâmetro de controle, e não um padrão de normalidade construído prudencialmente pelo juiz ou pelo administrador público.

Questão outra é a quantificação do prejuízo nesta situação. A limitação cogitada é, na prática, uma servidão de recuo e, tratando-se de desapropriação, há dever de indenizar, cuja quantificação se faz com base no preço de aquisição do direito real, que é a medida do desfalque sofrido pelo proprietário. Não se deve confundir este tipo de quantificação com a aferição do dano no âmbito da responsabilidade civil³⁶⁰, que depende da comprovação de prejuízos efetivos (art. 403 do Código Civil)³⁶¹. Na esfera da propriedade, o que interessa é o valor de troca do direito real, pois o prejuízo em questão é o patrimonial, pela redução das faculdades do dono sobre a coisa, e não o prejuízo financeiro nem qualquer outro atrelado à atividade eventualmente desenvolvida pelo proprietário, no imóvel ou fora

³⁵⁹ Em sentido contrário, apontando que “diante do princípio da insignificância, pequenas e modestas lesões jurídicas deflagradas em benefício da sociedade devem ser suportadas pelos membros da sociedade”: ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do estado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 105.

³⁶⁰ Diferenciando dever de indenizar e responsabilidade civil: CARVALHO FILHO, José dos Santos; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 7 p. 240-242. Há quem leve esta distinção mais longe, pretendendo diferenciar também ressarcimento e indenização: DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 254-255. Contudo, Maurício Zockun mostrou a inconveniência de adotar esta distinção no Brasil, tendo em vista que a Constituição se vale do termo “indenização” para se referir indistintamente ao valor pago pelo bem como ônus para que se configure a desapropriação e à reparação devida em consequência da prática de um ato ilícito danoso (*Responsabilidade patrimonial do estado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48). A mesma observação foi feita, em relação à legislação italiana, em GAMBARO, Antonio. *La proprietà, beni, proprietà, possesso*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2017. p. 648.

³⁶¹ Apontando que se trata de dano presumido: ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do estado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 114.

dele³⁶². A diferença pode ser percebida a partir da leitura do art. 1.254 do Código Civil que, como visto no capítulo 1, prevê hipótese de desapropriação privada:

Art. 1.254. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno próprio com sementes, plantas ou materiais alheios, adquire a propriedade destes; mas fica obrigado a pagar-lhes o valor, além de responder por perdas e danos, se agiu de má-fé.

O adquirente, beneficiário da expropriação, fica obrigado a pagar o valor da coisa adquirida e, se agiu de má-fé, também perdas e danos. Contudo, a expropriação implica o dever de pagar o valor, sendo as perdas e danos consequência da eventual má-fé, e não da aquisição em si.

Ainda que o Código Civil não seja sempre preciso, havendo dispositivos que ao invés de distinguir entre perdas e danos e o valor da coisa incluem este naqueles, modificando pontualmente seu conceito, como faz o art. 1.259, a distinção permanece perceptível. O Direito das Coisas e o Direito das Obrigações são complementares, mas nem por isso devem ser confundidos.

Não é por acaso que, ao tratar da desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo, o art. 2º, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, se refere a “prejuízo patrimonial do proprietário do solo”, e não a prejuízo efetivo ou a perdas e danos. O que interessa na aplicação desta regra é o valor do direito real transferido, e não o uso efetivo, que guarda relação com a atividade e não com a coisa em si. É por isso que, se uma linha do metrô ou uma galeria pluvial passa no subsolo de um imóvel e isso interfere na possibilidade de sua exploração futura porque reduz a altura da edificação que pode ser ali erguida ao limitar a profundidade das fundações, pouco importa se havia requerimento de licença para construir em tramitação ou aprovado³⁶³, ou mesmo se o imóvel atualmente só gera gastos para seu proprietário, que dele não extrai renda e ainda precisa mantê-lo limpo e capinado e pagar o IPTU. O que é relevante é que a eliminação da possibilidade de erguer no terreno um edifício de certa altura reduz o valor de troca do bem e, por isso, gera prejuízo patrimonial. E ainda que a proximidade do metrô venha a valorizar o bem remanescente após o desfalque, pretender que apenas o proprietário atingido – e não todos os que tiveram

³⁶² Não é por outra razão que Antonio Gambaro afirma que a tutela aquiliana – referente à responsabilidade civil extracontratual – não é sinônimo de tutela ressarcitória, que também pode ter a função diversa de promover “reequilíbrio patrimonial em consequência de uma redistribuição das utilidades dos bens para finalidades conformativas das posições proprietárias”, situação em que o fulcro da tutela é o bem ou coisa (*La proprietà, beni, proprietà, possesso*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2017. p. 650).

³⁶³ Em sentido contrário: SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A perfuração do túnel do metrô sob imóveis urbanos: hipótese de mera limitação à propriedade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 41-62, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30031>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

seus imóveis valorizados pela mesma obra – compense o poder público pelo benefício equivale a submetê-lo, uma vez mais, a ablação, dada a singularidade do ato.

Convém notar que esta maneira de considerar a indenização nem sempre favorece o proprietário em detrimento do expropriante. É ela mesma que limita a indenização na desapropriação ao valor de mercado do bem adquirido, excluindo, por exemplo, lucros cessantes de atividade que ali era desenvolvida³⁶⁴.

Explicadas as distinções entre os dois critérios debatidos, faz-se necessário um exemplo que demonstra sua aplicação a limitações temporais – e não espaciais – da propriedade.

O art. 4º, § 5º, do Código Florestal permite o uso excepcional das várzeas, nos seguintes termos:

É admitido, para a pequena propriedade ou posse rural familiar, de que trata o inciso V do art. 3º desta Lei, o plantio de culturas temporárias e sazonais de vazante de ciclo curto na faixa de terra que fica exposta no período de vazante dos rios ou lagos, desde que não implique supressão de novas áreas de vegetação nativa, seja conservada a qualidade da água e do solo e seja protegida a fauna silvestre.

Trata-se de norma que permite por certo tempo a exploração de área de preservação permanente e, conseqüentemente, a proíbe por outro período de tempo. A norma é dotada de generalidade e abstração, abrangendo todos os pequenos proprietários familiares, tal como definidos na própria lei, e diversas situações de área de preservação permanente nas margens de cursos d'água. Um determinado pequeno proprietário rural pode alegar que a norma o privou de parcela relevante de sua propriedade, ou proibi-lo de dela extrair renda durante certo período. Contudo, a norma deixa claro que isto deriva de uma circunstância física: a proximidade do imóvel a cursos d'água, que o transforma em área de preservação permanente. Além da cultura temporária e sazonal de vazante, o proprietário pode atribuir a seu imóvel outros usos previstos no Código Florestal como de baixo impacto ambiental, utilidade pública ou interesse social, como “plantio de espécies nativas produtoras de frutos, sementes, castanhas e outros produtos vegetais, desde que não implique supressão da vegetação existente nem prejudique a função ambiental da área” (art. 3º, X, i). As restrições são severas, mas, além de gerais, guardam relação de congruência com as características do bem, de modo que podem ser consideradas normais

³⁶⁴ CORREIA, Fernando Alves. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Separata do volume XXIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1982. p. 128-129.

em uma avaliação prudencial e, portanto, não são lesivas ao princípio da igualdade na sua dimensão de justiça particular.

Por outro lado, uma medida singular, mesmo de curtíssima duração, pode gerar desapropriação ablativa. Por mais chocante que seja, este é o caso da utilização de imóveis particulares pela Justiça Eleitoral em dia de eleições (art. 135 § 3º, do Código Eleitoral). Embora múltipla e abrangente – colhe inúmeros imóveis ao mesmo tempo –, a medida atinge destinatários perfeitamente determinados, escolhidos com ampla discricionariedade por um órgão administrativo – a Justiça Eleitoral –, elimina seu direito de excluir terceiros, inerente à propriedade, e impede que eles atribuam outro destino àquela fração de tempo de uso de seu bem. Pouco importa que a subtração seja de curta duração. Escolas privadas, por exemplo, costumam alugar seus espaços para festas ou eventos em um sábado ou domingo e, mesmo a que festa ou evento dure uma única tarde ou noite, a locação do espaço é, evidentemente, remunerada. A circunstância desta utilidade do bem não ser a principal não elimina o fato de que ela foi subtraída singularmente. Se o foi por um período de curtíssima duração, a indenização devida deve ser correspondente a esta curtíssima duração, mas deve existir. A implementação da democracia, por mais importante que seja, tem diversos custos e para fazer frente a eles o poder público mantém estruturas como a Justiça Eleitoral e os fundos partidários e eleitoral. Nada mais justo que pague pelo uso de imóveis nos dias de votação.

A normalidade do impacto sobre a propriedade apresenta ainda uma outra serventia, que é servir de parâmetro para verificar se é indenizável o prejuízo gerado a terceiros, que não o expropriado, pelo fato da desapropriação e da destinação do bem expropriado que se lhe seguir³⁶⁵. A este respeito, dispõe o art. 37 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, que “[a]quele cujo bem for prejudicado *extraordinariamente* em sua destinação econômica pela desapropriação de áreas contíguas terá direito a reclamar perdas e danos do expropriante.”

O caráter *extraordinário* do prejuízo demonstra que incômodos normais, ordinariamente tolerados, não são indenizáveis. Ao comentar este dispositivo, Seabra Fagundes afirma que o “pequeno dano” deve ser suportado pelo “vizinho prejudicado”³⁶⁶. A assertiva é pertinente, pois a normalidade, como já visto, também é o critério adotado pelo Código Civil para disciplinar conflitos entre proprietários vizinhos. É verdade que o

³⁶⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 483.

³⁶⁶ *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 485.

art. 37 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, só prevê indenização se o prejuízo for à destinação econômica do imóvel vizinho, mas ele não impede a aplicação à Administração Pública do art. 1.279 do Código Civil, que prevê a possibilidade de indenização por interferências que prejudiciais à “segurança, ao sossego e à saúde” tutelados pelo art. 1.278 do Código Civil e nem poderia fazê-lo sem violar o direito constitucional à propriedade, uma vez que a relevância pública da atividade desenvolvida pode justificar que a tutela seja indenizatória, ao invés de tutela específica consistente na determinação de interrupção de atividade ou obra pública, mas não a lesão ao patrimônio do proprietário vizinho. Nestas situações, há conflitos entre dois direitos de propriedade, que devem ser solucionados por esta avaliação prudencial.

Embora a perda patrimonial do vizinho caracterize, como visto no capítulo 1, desapropriação privada, a posição da Administração Pública é distinta daquela que ostenta em outras expropriações; ela não age como curadora de uma utilidade pública, mas sim proprietária que tem o direito de usar a coisa de que é dona e manter a interferência de interesse público, mediante indenização, se necessário. É esta peculiaridade que afasta qualquer incoerência que se poderia atribuir à adoção do critério da singularidade ou concretude, que permanece sendo o aplicável à atuação da Administração Pública no exercício de sua competência expropriadora por utilidade pública ou interesse social, e não como proprietária de um bem.

3.3 – Aplicação do critério da singularidade e concretude às medidas administrativas preordenadas à desapropriação

O próprio conceito de medida administrativa, tal como construído no capítulo 1, pressupõe sua singularidade ou concretude, de modo que não há necessidade de reprimir no presente tópico a demonstração da presença destes requisitos.

A Constituição permite ao poder público duas modalidades de ingerência na propriedade privada: a) a geral e abstrata, por meio de lei, seja para delimitar ou restringir a propriedade; b) a singular ou concreta, por meio de desapropriação precedida de justa indenização. *Tertium non datur*. As medidas administrativas preordenadas à desapropriação se enquadram na hipótese b) e, por isso, são, elas mesmas, desapropriações ablativas que devem ser precedidas de indenização. Em suma, diz Seabra Fagundes:

“Qualquer restrição ao direito de propriedade, praticada sob o pretexto de futura expropriação, é ilegal e autoriza o pedido de reparações.”³⁶⁷

Evidentemente, a classificação acima é uma simplificação e há nuances que escapam do restrito escopo da presente tese, em especial o zoneamento urbano, de enquadramento espinhoso. Mas já se viu que as medidas preordenadas à desapropriação não se confundem com o zoneamento.

A desapropriação de direitos temporários sobre bens não chega a ser novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A ocupação temporária, atualmente prevista no art. 36 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, já foi tratada no antigo Decreto nº 4.956, de 1903 como “arrendamento forçado, (...) requerida e concedida mediante preço certo pelo tempo de sua duração” (art. 42, § 1º), o que constitui reconhecimento de que ela equivale à expropriação de direito pessoal sobre o imóvel, idêntico àquele criado por contrato de locação³⁶⁸ ou arrendamento. Mesmo o dispositivo vigente prevê a indenização, ainda que posterior, o que caracteriza sua inconstitucionalidade por violação à previsão constitucional de que a indenização deve ser prévia³⁶⁹. A única hipótese em que a Constituição admite a indenização posterior em dinheiro é a de requisição administrativa na restrita hipótese de iminente perigo público³⁷⁰, que não se confunde com a corriqueira ocupação temporária.

O desapossamento parcial que ocorre na ocupação temporária não necessariamente se repete na expropriação de servidões, também admitida explicitamente pelo art. 40 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, tal como explica Seabra Fagundes ao comentar o dispositivo:

Este dispositivo poder-se-ia dizer dispensável, porquanto aquele que pode desapropriar integralmente o domínio, atingindo-o em todos os seus

³⁶⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 70.

³⁶⁸ CUSTODIO, Vinícius Monte. *Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 75.

³⁶⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 111 e 116. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do estado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 110. CORREIA, Fernando Alves. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Separata do volume XXIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1982. p. 70. Em sentido contrário, admitindo a indenização posterior por entender que não foi afetado o caráter perpétuo da propriedade, o que descaracterizaria a desapropriação: CUSTODIO, Vinícius Monte. *Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 69-70. FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 473.

³⁷⁰ É discutível se a desapropriação mediante pagamento com títulos públicos é prévia, mas não há necessidade de adentrar tal controvérsia. Sob certo ponto de vista, a possibilidade de alienação imediata dos títulos recebidos a torna prévia, embora a indenização deixe de ser integral, porque evidentemente os títulos são negociados com deságio. Ou ela pode ser encarada como desapropriação com indenização integral (justa), mas não prévia, já que o pagamento não é em dinheiro. Trata-se de questão de ponto de vista. O que é certo é que a indenização em títulos não pode ser simultaneamente justa e prévia; ou é uma ou é outra.

elementos, pode expropriá-lo parcialmente, e a constituição de servidão se apresenta com o feito de expropriação parcial.³⁷¹

(...) Não há dúvida que, em regra, a desapropriação faz passar a coisa do poder do expropriado ao do expropriante, mas isto é somente uma manifestação exterior do que ocorre em fundo, que é a transferência do direito expropriado de um titular a outro.

Desde, porém, que esta transferência se possa dar sem aquela, isto é, desde que o expropriante, pelas condições especiais do direito expropriado, o possa exercer independente de se investir na disposição integral do bem objeto da relação jurídica, este pode permanecer em poder do indivíduo, sem prejuízo do exercício do direito do expropriante. (...)

(...).

O que, em face das nossas leis, caracteriza a desapropriação, é a transferência coativa de direito privado ao Estado, e neste conceito amplo se comporta o expropriação de qualquer direito patrimonial, inclusive o direito de servidão.³⁷²

O teor das medidas administrativas preordenadas à desapropriação estudadas ao longo da presente tese corresponde ao conteúdo de direitos reais limitados, como a servidão *non altius non tollendi* ou a servidão *non aedificandi*, que envolvem obrigação de não fazer e podem ser subordinadas a termo ou a condição resolutiva³⁷³. Nas servidões de recuo ou *non aedificandi* derivadas de projetos viários prioritários ou projetos aprovados de alinhamento, o terreno dominante é a via pública lindeira ao serviente. Se a vedação de construir for total, ela pode ser equiparada à expropriação do direito de superfície³⁷⁴ (art. 1.369 do Código Civil). Nos terrenos dentro do perímetro de unidades de conservação criadas, porém não implantadas, os encargos são equiparáveis aos da servidão ambiental³⁷⁵ prevista nos arts. 9º-A a 9º-C da Lei nº 6.938, de 1981, acrescentados pelo Código Florestal de 2012. Ainda que assim não fosse, poderiam corresponder a direitos pessoais de não edificar ou não explorar o imóvel.

³⁷¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 501.

³⁷² FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 502-503. Como se vê na transcrição, o autor citado considera a aquisição elemento essencial da desapropriação, premissa que não é compartilhada nesta tese. Apesar disso, a amplitude do seu conceito de aquisição leva a consequências bastante similares à adoção do conceito mais amplo descrito no capítulo 1.

³⁷³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 283-284.

³⁷⁴ CORREIA, Fernando Alves. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Separata do volume XXIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1982. p. 91.

³⁷⁵ A servidão ambiental não serve necessariamente a um bem, mas a uma necessidade pública, tratando-se de servidão administrativa. Acerca da diferença entre servidão civil e servidão administrativa: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A servidão administrativa como mecanismo de fomento de empreendimentos de interesse público. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 254, p. 122-124, maio/ago. 2010.

Nos Estados Unidos, a alegação de que determinada medida estatal configura subtração de direito real limitado sobre o imóvel é encarada com ceticismo pela Suprema Corte, como se vê no seguinte trecho da fundamentação de *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U.S. 331 (2002):

Evidentemente, definir o direito real subtraído nos termos da própria disciplina impugnada é tautológico. Dividida assim a propriedade, qualquer atraso tornar-se-ia uma proibição absoluta; a moratória e o procedimento ordinário de licença igualmente constituiriam subtrações presumidas.³⁷⁶

No ordenamento jurídico brasileiro, não há razão para tal ceticismo, seja porque desde o Decreto-lei nº 3.365, de 1941, a desapropriação pode atingir “todos os bens” (art. 2º, *caput*)³⁷⁷, ou porque a Constituição, seguindo esta tradição, não limitou a desapropriação à propriedade e outros direitos reais (art. 5º, XXIV).

De toda sorte, a preocupação da Suprema Corte norte-americana não impressiona.

Em primeiro lugar, no Brasil, não se deve cogitar de expropriação se o impacto tiver sido gerado (e não apenas autorizado) de modo geral e abstrato. Neste caso, poderá haver nulidade por violação ao princípio da igualdade, e conseqüente indenização decorrente de responsabilização civil por ato ilícito, mas não expropriação.

Em segundo lugar, defender que a subtração de um fragmento da propriedade do bem (ou seja, de um direito real limitado) equivale à expropriação deste direito não se confunde com analisar sua ocorrência de modo atomizado, como teme a Suprema Corte norte-americana. É verdade que deve ser averiguado se a medida afetou o bem considerado como um todo. A exigência de transferência gratuita das vias de comunicação para o patrimônio público no âmbito do parcelamento do solo urbano se justifica porque elas viabilizam a edificação nos lotes que permanecem na propriedade privada para alienação ou exploração e elas serão integradas ao sistema viário como um todo, passando a ser mantidas pelo poder público. Nestas situações, é como se uma parte do bem servisse à outra, gerando uma espécie de (impropriamente chamada) “servidão interna”. Trata-se da já mencionada elasticidade da propriedade, que é comparável a um líquido que se espalha e toma a forma de seu continente, sem qualquer redução em seu volume. Por outro lado, o

³⁷⁶ Na língua original: “Of course, defining the property interest taken in terms of the very regulation being challenged is circular. With property so divided, every delay would become a total ban; the moratorium and the normal permit process alike would constitute categorical takings.”

³⁷⁷ Teria sido melhor redigir “quaisquer bens”. Em sua manifestação sobre o anteprojeto que deu origem ao decreto-lei, o Club de Engenharia criticou esta disposição, sugerindo a adoção da regra da legislação italiana que só considera expropriáveis os direitos reais. (CRUZ, J. Oliveira e. *Da desapropriação*. Rio de Janeiro: Max Limonad, [entre 1941 e 1946]. p. 234). Esta regra segue vigente no ordenamento jurídico italiano, pois o art. 1, item 1, do texto único estabelece que a expropriação por utilidade pública tem como objeto bens imóveis ou direitos a ele relativos.

tombamento que impede que uma casa seja substituída por um prédio de vinte andares, sem permitir a alienação do potencial construtivo inviabilizado, subtrai utilidades do bem; respondida esta primeira pergunta de modo positivo, aí sim deve ser analisado se a utilidade suprimida é destacável da propriedade. Dado o alto grau de flexibilidade do regime jurídico da propriedade, é provável que a resposta seja positiva, ainda que o destaque não se possa fazer por meio de criação de direito real, mas apenas pessoal, também expropriável no ordenamento jurídico brasileiro.

Situação similar ocorre em relação ao corte da propriedade no plano temporal. Aguardar tempo razoável fixado em lei para apreciação administrativa da licença para construir propicia que a edificação seja erguida com segurança jurídica, valorizando o segmento seguinte de utilidade do mesmo bem. É uma compressão seguida de dilatação que a compensa. Ademais, trata-se de sujeição prevista em norma geral e abstrata. Por outro lado, simplesmente proibir a exploração do bem por certo tempo para atender a finalidade que nada tem a ver com a segurança de sua exploração futura é reduzir sua utilidade globalmente considerada. É diminuir o volume do líquido, e não apenas trocá-lo de recipiente. Caracterizada esta redução, justifica-se analisar se a utilidade suprimida é destacável do bem e, como tal, expropriável.

De todo modo, qual será a consequência se a resposta for que a utilidade suprimida não é destacável do bem? Caso a subtração seja decorrente de ato singular ou concreto, a consequência é que a desapropriação é inviável e, por isso, a subtração não pode ocorrer, nem mesmo mediante indenização prévia. Se a subtração é decorrente de norma geral e abstrata, o problema da desapropriação não se põe e a análise a fazer, como dito, é de compatibilidade com o princípio da igualdade na sua dimensão de justiça particular.

Ademais, o problema envolve sutilezas. Para que não haja subtração de nenhum fragmento dos poderes do proprietário sobre o bem, não basta que os efeitos da medida não provoquem desvalorização. É preciso mais. A própria medida deve guardar relação de causa e efeito com algum ganho específico para o proprietário. É o que ocorre nos exemplos da transferência das vias públicas nos loteamentos e na concessão da licença de construir. A mera neutralização de prejuízos não basta, pois o poder público não está constitucionalmente legitimado a adquirir um bem, sem indenização prévia e em dinheiro, salvo anuência do proprietário.

Aqui se destaca uma vez mais a fundamental distinção entre medida administrativa e normas gerais e abstratas. Caso a análise seja referente ao impacto de

normas, o critério será a normalidade e então podem entrar em jogo as *válvulas de escape*, cláusulas de equidade ou mecanismos de perequação, entre os quais pode se incluir até mesmo a previsão legal de indenização. Se os imóveis de determinada cidade precisam observar um amplo afastamento frontal, mas ele se aplica apenas ao térreo, de modo a formar uma fachada ativa, mantendo-se o potencial construtivo e viabilizando que os andares superiores de edifícios residenciais e comerciais avancem pela projeção da totalidade da superfície do terreno, o impacto é normal e a norma é válida. Se, além disso, a legislação municipal concede autorização ao Poder Executivo para dispensar o empreendedor de cumprir o afastamento frontal na hipótese de parecer técnico demonstrar que as dimensões, formato ou localização do lote inviabilizam a edificação da totalidade do potencial construtivo se for observado integralmente o afastamento, estará afastado o risco de impacto *anormal* e consequente inconstitucionalidade por violação da igualdade na sua dimensão de justiça particular.

3.4 – Inconveniência do conceito de regulação expropriatória

A presente tese fez uso de subsídios envolvendo conceito de expropriação regulatória ou regulação expropriatória, construído por inspiração da jurisprudência norte-americana³⁷⁸, mas optou por não se valer dele. Chegou o momento de explicar os porquês.

O conceito em questão é excessivamente abrangente e acaba por englobar situações com regimes jurídicos muito díspares, estendendo a lógica típica da propriedade para campos aos quais ela, no ordenamento brasileiro, não se aplica. É o que ocorre com a responsabilidade civil por aplicação de norma inconstitucional contrária ao princípio da igualdade na dimensão de justiça particular, já abordada neste capítulo. Como as regulações expropriatórias abrangem atos normativos³⁷⁹, eles são estudados em conjunto

³⁷⁸ CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014.

³⁷⁹ Rafael Vêras de Freitas, por exemplo, estipula que “serão denominados como ‘expropriações regulatórias’, (...) para além dos atos regulatórios em sentido estrito (editados por agências reguladoras), os atos normativos genéricos estatais que, eventualmente, não sejam assim caracterizados, mas produzam os efeitos sobre o direito de propriedade, antes apresentados” (*Expropriações regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 24). No mesmo sentido: CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 267, p. 225, set./dez. 2014. VEREZA, Luiza. *Regulações expropriatórias: requisitos procedimentais e parâmetros materiais de identificação*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 22.

com medidas singulares, a despeito da disparidade de regime jurídico vislumbrada nesta tese³⁸⁰.

Até aí, a dificuldade é contornável, até porque a aplicação do critério de singularidade ou concretude do ato envolve distingui-lo de normas gerais e abstratas e a comparação pressupõe estudo de ambos. Mas há mais. A regulação expropriatória também abrange limitações a atividades econômicas, e não apenas à propriedade³⁸¹. Estudar o regime jurídico de atos como o banimento de produto ou serviço³⁸², tal como ocorreu com os jogos de azar por força do Decreto-lei nº 9.215, de 1946 e com a utilização de amianto crisotila por força de diversas leis estaduais³⁸³, é de suma importância, mas ele não guarda relação direta com a proteção da propriedade, e sim com a livre iniciativa e a liberdade empresarial ou de exercício da profissão. Sobre esta distinção, explica Floriano de Azevedo Marques Neto:

Para além dos diversos mecanismos de intervenção estatal no âmbito da atividade econômica, o direito contempla também instrumentos de intervenção na propriedade privada. Desde logo fixemos uma distinção que adiante se revelará bastante relevante. O regime jurídico dos bens (matéria afeta às relações de domínio e concernente ao direito fundamental de propriedade) não se confunde, embora se relacione, com o regime versante sobre a atividade (tema relativo às prestações de utilidades e comodidades e atinente ao direito fundamental de liberdade de iniciativa e empresa). Assim, se por um lado pode haver intervenção estatal no domínio econômico que não implique restrição, condicionamento ou sacrifício do direito de propriedade (v.g., o fomento econômico na modalidade de benefício fiscal ou de política de crédito), doutro lado, há casos de intervenção na propriedade privada sem que isso esteja voltado a interferir na ordem econômica (como é o caso do tombamento de um bem pelo seu valor histórico ou cultural).

Note-se que, embora as intervenções na propriedade que causem

³⁸⁰ Evidentemente, para quem previamente não vislumbre esta disparidade, isto deixa de ser um problema. É preciso estar atento, contudo, para verificar se não foi o próprio manejo do conceito que influenciou a indistinção.

³⁸¹ André Rodrigues Cyrino, por exemplo, utiliza como exemplo a aplicação de filtros de gases em termoelétricas, que se mostrem excessivamente onerosos a ponto de inviabilizar economicamente a atividade (Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 267, p. 205, set./dez. 2014). Já Luiza Vereza menciona a fixação estatal de preços no setor sucroalcooleiro e proibição da comercialização de medicamentos e cosméticos (Regulações expropriatórias: requisitos procedimentais e parâmetros materiais de identificação. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 87 e 196). O problema também pode atingir o conceito de sacrifício de direito, se ele for interpretado de modo tão amplo quanto o conceito de regulação expropriatória como em ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do estado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 146-147. O autor trata a proibição do uso de amianto como hipótese de sacrifício de direito.

³⁸² “O banimento é a medida regulatória extrema, que importa maior grau de restrição à liberdade de escolha dos agentes econômicos – tanto fornecedores quanto consumidores –, pois acarreta a proibição da oferta e do consumo de determinado produto ou serviço” (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 198).

³⁸³ Ambos os exemplos foram extraídos de ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do estado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 146-148.

sacrifício aos direitos do titular do domínio tenham consequências de natureza econômica (v.g., direito de ser indenizado pela perda ou redução patrimonial), isso não significa dizer que o móvel da intervenção na propriedade coincida com um objetivo de intervenção na ordem econômica. O regime de domínio de um bem não se confunde com o regime da atividade que se exerce com base neste bem.³⁸⁴

Reunir sob o mesmo tema situações tão díspares quanto o banimento de uma atividade e a expropriação de uma gleba rural, sem que eles guardem ao menos forte afinidade de regimes jurídicos, contribui para baralhar conceitos e uniformizar indevidamente o estudo das relevantes peculiaridades de cada uma. Quando se consiga resistir à tentação da uniformização, a tendência será chegar a resultado excessivamente abstrato correspondente aos pontos comuns entre os objetos díspares, o que poderá resultar no incremento de um casuísmo desparametrizado, ainda que, cabe reconhecer, este risco não seja totalmente afastado pela proposta desenvolvida na presente tese.

Ao contrário do que ocorre na caracterização da expropriação ablativa, no banimento de atividade, produto ou serviço, o princípio da proporcionalidade pode desempenhar relevante papel como critério interpretativo da liberdade de exercício profissional e da livre iniciativa econômica. Nada impede, é claro, que haja desapropriação ablativa conjugada com o banimento, mas a mera incidência conjunta das duas situações não é o suficiente para sua reunião em um mesmo gênero. A título de exemplo, vejamos o que pode ter ocorrido quando do advento do Decreto-lei nº 9.215, de 1946, que proibiu a prática e a exploração de jogos de azar. O diploma legal, alheio a qualquer construção de normas de transição, determinou em seu art. 3º:

Art. 3º Ficam declaradas nulas e sem efeito tôdas as licenças, concessões ou autorizações dadas pelas autoridades federais, estaduais ou municipais, com fundamento nas leis ora, revogadas, ou que, de qualquer forma, contenham autorização em contrário ao disposto no artigo 50 e seus Parágrafos da Lei das Contravenções penais.

Vamos imaginar o que ocorreu com um casino-balneario – para usar a expressão da época – localizado no antigo Distrito Federal e autorizado a funcionar com base no Decreto-lei nº 241, de 1938, que acabara de ser revogado. Em primeiro lugar, há o fundo de comércio, a universalidade constituída pelo conjunto de bens destinados à atividade que acabara de ser proibida. Estes bens permanecem de propriedade do empreendedor. O imóvel onde funcionava o casino-balneário não foi desapropriado e pode receber outro tipo de estabelecimento. Eventuais equipamentos utilizados para os jogos de azar podem ser

³⁸⁴ A servidão administrativa como mecanismo de fomento de empreendimentos de interesse público. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 254, p. 111, maio/ago. 2010. Em sentido similar: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87.

alienados, inclusive para estabelecimentos que funcionem no exterior de modo lícito. A mobília pode ser reaproveitada ou alienada. Os recursos financeiros serão considerados na liquidação da sociedade empresária que explorava o empreendimento para distribuição aos sócios ou aproveitados em outras atividades que ela desempenhe, se for este o caso. Poderão surgir prejuízos ao cumprimento de contratos com terceiros, mas a proibição provavelmente será considerada como fato do príncipe apto a exonerar o explorador do antigo casino-balneario de qualquer responsabilização. Os bens, portanto, não foram atingidos pelo banimento, apenas o direito de exercer a atividade. Assim, não há expropriação.

A situação seria um pouco diferente na hipótese de proibição de comercialização de um produto como amianto, pois o minério já extraído antes da proibição e que não foi comercializado pode, se não houver regra de transição, é bem que pode perder totalmente sua serventia. Nesta hipótese, caso se parta do pressuposto de que a norma proibitiva é geral e abstrata, a falta de uma norma de transição pode ser considerada lesão ao princípio da segurança jurídica, conduzindo à nulidade da aplicação da lei em certo intervalo de tempo ou, se isto se mostrar inviável, a responsabilização civil da entidade pública que a aplicou³⁸⁵. Contudo, a aplicação do critério da singularidade ou concretude em sua versão *fraca*, que é a defendida na presente tese, leva a conclusão diferente. Quando um ato estatal *prima facie* dotado dos atributos da generalidade e abstração proíbe uma atividade de modo brusco, sem a instituição de qualquer regime de transição, sua drástica incidência imediata enfraquece sua generalidade, por permitir ao legislador um vislumbre por detrás do véu que a generalidade visa lançar³⁸⁶. O ato legislativo, em verdade, pode ser logicamente decomposto em dois: um realmente destinado à vigência futura e outro que, ao surpreender os particulares que estão exercendo a atividade de modo lícito, se mostra como ato cujos destinatários são certos e determinados (ou ao menos determináveis). Assim, a falta deste regime de transição implica singularidade suficiente para caracterizar caráter expropriativo da medida que atinge o amianto já extraído e, diante da falta de indenização prévia, torná-la nula. A associação entre o banimento e a desapropriação ablativa é, portanto, possível, mas contingente e pontual.

³⁸⁵ Trata-se do que Humberto Ávila denomina “segurança rítmica pela suavidade e pelas regras de transição” (*Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 617-620).

³⁸⁶ Esta ideia é uma extrapolação do argumento de Elival da Silva Ramos, que sustenta que as leis retroativas não são dotadas do atributo da abstração, pois as situações pretéritas por ela abrangidas já são de antemão conhecidas (*A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 49-50). A lei do exemplo não é retroativa, mas nela está embutida a norma que prevê a perda do amianto já extraído e esta é concreta.

Por fim, a inversão que parte da parte da doutrina brasileira propositalmente fez ao traduzir a expressão em língua inglesa “regulatory taking” por regulação expropriatória, transformando o substantivo em adjetivo e vice-versa, parece pretender enfatizar este aspecto, pondo relevo na atividade de regulação, e não na expropriação. Certamente as falhas de regulação³⁸⁷ merecem estudo e atenção, mas elas são fenômeno distinto das desapropriações ablativas, ainda que uma possa emergir em função da outra.

Por tais razões, a presente tese não se insere na emergente – e bem-vinda – tendência de estudo acadêmico das regulações expropriatórias, ainda que compartilhe com ela algumas tendências como a convicção da utilidade teórica da comparação entre as experiências brasileira e norte-americana e a interpretação da propriedade como direito fundamental.

3.5 – Consequência da inexistência de pagamento da indenização prévia

Uma vez que se concluiu que as medidas administrativas preordenadas à desapropriação são, em verdade, desapropriações ablativas e, sabendo-se que o poder público usualmente não paga indenização antes de sua aplicação e nem sequer reconhece que tem o dever de indenizar, cabe avaliar quais são as consequências de tal constatação.

A resposta mais direta se encontra no art. 46 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 2000): “É nulo de pleno direito ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3º do art. 182 da Constituição, ou prévio depósito judicial do valor da indenização.” O referido art. 182, § 3º, da Constituição, por sua vez, reitera que as “desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”.

A despeito do silêncio da Lei de Responsabilidade Fiscal, aplica-se a mesma regra aos imóveis rurais eventualmente sujeitos a desapropriação ablatória. A intenção do legislador ao deixar de fazer referência a tais imóveis decorre da percepção de que eles geralmente são indenizados para promoção da reforma agrária, por meio de pagamento em títulos da dívida agrária, e não em dinheiro. Contudo, se eles forem desapropriados para finalidades outras, a mesma regra de nulidade se aplica.

Ao contrário do que ocorre com a acessão invertida – impropriamente

³⁸⁷ Rafael Vêras de Freitas sustenta que a expropriação regulatória é uma “falha no processo de elaboração da norma” (*Expropriações regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 143 e 182). A afirmativa não deixa de guardar certa semelhança com a ideia, defendida na presente tese, que a falta de previsão de *válvulas de escape* ou cláusulas de equidade que permitam temperar a rigidez de certas regras em situações peculiares caracteriza inconstitucionalidade por lesão à igualdade em sua dimensão de justiça particular.

denominada desapropriação indireta, como se viu no capítulo 1 –, a medida administrativa preordenada à desapropriação é facilmente reversível pela tutela anulatória sem que isto gere prejuízos patrimoniais para a entidade pública, uma vez que não houve gastos em obra ou serviços que aderiram ao bem. A política pública promovida pela medida também não é ilegitimamente atingida, uma vez que, após a anulação, o poder público pode promover a desapropriação translativa ou, se preferir, editar nova medida preordenada, mas desta vez precedida da justa indenização. Se não houver recursos financeiros disponíveis para tanto, é porque a importância abstrata e teórica da política pública não foi confirmada no árduo teste da disputa pelos recursos orçamentários disponíveis, em que as verdadeiras prioridades se mostram³⁸⁸.

Na verdade, a prioridade da nulidade sobre uma espécie de ação reversa de desapropriação que não tem previsão na legislação brasileira protege a viabilidade das políticas públicas, evitando que o gestor público responsável deixe de agir por medo de comprometer o patrimônio público no pagamento de indenizações e permitindo que as controvérsias sobre a necessidade de indenização prévia se ponham no foro próprio. A solução poderia ser muito diferente se o entendimento defendido nesta tese fosse consagrado em lei explícita ou jurisprudência consolidada, mas sem que isso ocorra a prioridade da nulidade é a opção que melhor protege os diversos interesses envolvidos, inclusive a responsabilidade fiscal³⁸⁹.

Evidentemente, se a nulidade se mostrar inviável por qualquer motivo e a destinação do bem à finalidade pública que justificou a medida preordenada for *faticamente irreversível ou de reversão excessivamente onerosa*, o respeito ao direito constitucional à propriedade impõe a responsabilização civil da entidade pública pelo ato ilícito por ela praticado ao promover desapropriação ablatória sem prévia indenização³⁹⁰.

³⁸⁸ Evidentemente, o respeito ao direito de propriedade e a outros direitos fundamentais tem alto custo para a realização das políticas públicas, o que é inevitável. Ocultar este custo pela indevida dissimulação de expropriações como se fossem meras restrições implica risco de ilusão fiscal, como bem explicado por Luiza Vereza (*Regulações expropriatórias: requisitos procedimentais e parâmetros materiais de identificação*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 38-40).

³⁸⁹ Em sentido similar: BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1004-1005. CUSTODIO, Vinícius Monte. *Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 21. Luiza Vereza inicialmente parece se posicionar em sentido contrário, defendendo que o proprietário pode escolher entre nulidade e indenização integral, mas depois esclarece que esta última opção depende de concordância do poder público, o que leva a resultados substancialmente idênticos, embora proceduralmente distintos: *Regulações expropriatórias: requisitos procedimentais e parâmetros materiais de identificação*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 143-144.

³⁹⁰ ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do estado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 97. LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do estado legislador: atos legislativos inconstitucionais e constitucionais*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 222-223.

CONCLUSÃO

A doutrina brasileira ainda não se debruçou com o necessário vagar sobre fenômeno que guarda relação íntima com a desapropriação, mas sói ocorrer antes da declaração de utilidade pública ou interesse social: a limitação ao direito de propriedade, prevista sobretudo em leis ambientais ou urbanísticas, que incide especificamente sobre bens que o Poder Público planeja, no futuro, declarar de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social para então desapropriá-los.

Na Itália, uma longa queda de braço entre a Corte Constitucional e o parlamento, com posterior participação da Corte Europeia de Direitos Humanos, resultou em modificações legislativas que institucionalizaram a figura da restrição preordenada à desapropriação, entendida como determinação por plano urbanístico da localização de obras públicas no território comunal, com efeitos imediatos, porém temporários, sobre as possibilidades de utilização dos imóveis privados sobre as quais elas incidirão.

É possível identificar na legislação urbanística local do Distrito Federal e dos municípios de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Curitiba normas que preveem planos ou projetos que, embutidos nos próprios planos urbanísticos aprovados por lei ou editados posteriormente por autoridade administrativa competente, produzem efeitos semelhantes às restrições preordenadas à desapropriação do ordenamento jurídico italiano, mas que não são sujeitas a termo e nem a prazo de caducidade, faltando-lhes, na praxe administrativa, o elemento de temporariedade que foi o ponto fulcral da mencionada queda de braço entre a Corte Constitucional e o parlamento italiano. Ocorre o mesmo no âmbito da legislação ambiental federal, mais especificamente na criação de unidades de conservação da natureza cuja implantação dependa da desapropriação de imóveis.

Dadas as peculiaridades brasileiras, a transposição *tout court* dos conceitos italianos não é possível, mas eles podem inspirar a construção de conceitos adequados ao ordenamento jurídico brasileiro. Partindo desta convicção, procurou-se justificar minuciosamente a construção do conceito de medida administrativa preordenada à desapropriação.

O significado do conceito de medida administrativa é estipulado nos seguintes termos: medida é o comando ou disposição (e, como tal, necessariamente incidente sobre pessoas singulares ou situações concretas) veiculada por decisão cujos efeitos são estabelecidos pela autoridade competente no exercício de margem de apreciação decorrente da legislação, seja ela de natureza discricionária, se referente a juízo de

conveniência e oportunidade, ou de natureza cognitiva, se referente a juízo técnico ou de legalidade que envolva a concretização de valores jurídicos abstratos ou conceitos indeterminados. Tal medida tem uma conexão teleológica com uma futura desapropriação, ou seja, é predestinada a produzir efeitos sobre a futura retirada da propriedade de um bem mediante prévia indenização.

Ao contrário do que ocorre na Itália, no Brasil a própria declaração de utilidade pública ou interesse social é uma medida administrativa preordenada à desapropriação, tendo em vista que ela acarreta a submissão unilateral da faculdade de edificar em um bem concreto, incorporando-lhe a edificação, à autorização discricionária de autoridade pública, com o objetivo de influir na fixação da indenização no futuro procedimento expropriatório, seja ele administrativo ou judicial.

A temporariedade é característica marcante deste tipo de medida administrativa não apenas na Itália, mas também nos ordenamentos jurídicos da França – pela limitação temporal estabelecida diretamente pelo legislador – e da Califórnia – pela jurisprudência local que considera expropriativas as medidas cuja duração ultrapasse uma medida de razoabilidade apurada casuisticamente.

A doutrina brasileira considera que a curta duração da medida pode eliminar seu caráter expropriatório, ainda que sua mera temporariedade não seja suficiente para tanto. Ainda que a doutrina tenha construído critérios para avaliar se a duração da medida não a torna expropriatória em uma avaliação prudencial de normalidade da intensidade do impacto sofrido pela propriedade, não se pode olvidar que a incerteza sobre o prazo é, em si, um fator que incrementa significativamente a referida intensidade.

A complexidade de verificações casuísticas de normalidade as torna insuficientes para substituir os ganhos de cognoscibilidade e calculabilidade que podem ser proporcionados pela fixação em lei, preferencialmente federal, de um prazo máximo claro de eficácia da medida preordenada. Na ausência desta lei, a própria autoridade que decide adotar a medida deve fixar seu prazo. Sem isso, a medida não pode ser considerada temporária e, por isso, se torna inconstitucional por lesão ao direito de propriedade.

A modulação temporal da medida preordenada por meio da aposição de um termo final não é, contudo, a única maneira de torná-la temporária. A aplicação, por analogia, do prazo de caducidade previsto no art. 10 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, a todas estas medidas é possível desde logo, de lege lata. O prazo de caducidade garante ao proprietário segurança inferior à aposição de um termo final à medida, uma vez que ele ainda fica sujeito a demoras excessivas do processo judicial, mas mesmo assim é uma solução que

melhora significativamente o quadro do ordenamento jurídico brasileiro e tem a vantagem de se valer de instituto antigo e de longa aplicação.

Além de temporária, as medidas administrativas preordenadas à desapropriação são onerosas, em dois diferentes sentidos. Em primeiro lugar, no sentido de que a desvalorização que elas provocam no bem devem ser desconsideradas na avaliação feita no futuro procedimento de desapropriação. Em segundo lugar, porque, analisadas à luz do critério da singularidade ou concretude, elas são em si mesmas desapropriações, mesmo que temporárias, e como tal devem ser precedidas de indenização, sob pena de nulidade ou, quando a anulação se mostrar inviável para tutelar o direito fundamental à propriedade, responsabilização civil por ato ilícito.

Referências bibliográficas

- ABREU, Iduna Evangelina Weinert Lemos de. Prescrição, decadência, caducidade, preclusão, perempção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 43, p. 106-134, jul./set, 1974.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- _____. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- _____. Atos administrativos normativos. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 219-236
- _____. Dos instrumentos da política urbana. In: MEDAUAR, Odete; _____ (Coord.). *Estatuto da cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 41-119.
- AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Limitações administrativas e a sua excepcional indenizabilidade. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de polícia na atualidade: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 109-129.
- ARAUJO, Florivaldo Dutra de. A lei geral de desapropriação em face da constituição de 1988. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca; BARBOSA, Maria Elisa Braz; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; CORDEIRO, Caio Barros (Coord.). *Estado e propriedade: estudos em homenagem à professora Maria Coeli Simões Pires*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 301-319.
- _____. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- _____. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- _____. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito*

administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5.

- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Limitação e sacrifícios de direito: o conteúdo e as conseqüências dos atos de intervenção da administração pública sobre a propriedade privada. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 45-66, 2003.
- BARCLAY, Cecily; GRAY, Mathew S. *California land use and planning law*. 37th ed. Point Arena: Solano Press, 2020.
- BASTOS, José Tavares. *Jurisprudência dos tribunais e juizes da republica compilada*. Rio de Janeiro: Garnier, 1908. v. 1.
- BENINI, Stefano; MARZO, Giuseppe de. GISONDI, Raffaello; LORO, Paolo. *I vincoli urbanistici preordinati all'esproprio*. Roma: Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de policia, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001.
- BORGO, Maurizio; MORELLI, Marco. *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte dela P.A.: espropriação per pubblica utilità e strumenti alternativa*. Milano: Giuffrè, 2012.
- BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BUONOMO, Fabio. *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo*. Milano: Giuffrè, 2005.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Dossier. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01dxqybxyzksmg16r4lvcy6hj26746451.node0?codteor=1217084&filename=Dossie+-PL+466/1955>. Acesso em 28 jun. 2021.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 7.
- CENTOFANTI, Nicola. *L'espropriação per pubblica utilità*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2009.
- CHAABAN, Rana. *La caducité des actes juridiques: étude de droit civil*. Beirute: Alpha, 2010.
- CHAMARD-HEIM, Caroline; MELLERAY, Fabrice; NOGUELLOU, Rozen; YOLKA, Philippe. *Les grandes décisions du droit administratif des biens*. 3ème ed. Paris:

Dalloz, 2018

CIAUDO, Alexandre. Un acteur spécifique du procès constitutionnel: le secrétaire général du Conseil constitutionnel. *Revue française de droit constitutionnel*, Paris, n. 73, p. 17-26, jan./jun. 2008.

CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 205, set./dez. 2014.

CIMBALI, Enrico. *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*. Torino: Unione, 1885.

COMPORITI, Marco. Relazione introduttiva. In: COMPORITI, Marco (Org.). *La proprietà nella carta europea dei diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 2005.

CONTI, Roberto. *L'occupazione acquisitiva: tutela della proprietà e dei diritti umani*. Milano: Giuffrè, 2006.

CORREIA, Fernando Alves. A indenização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance. *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra, n. 3966, p. 143-161, 2011.

_____. *Manual de direito do urbanismo*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1.

_____. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1990.

_____. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Separata do volume XXIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1982.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1.

_____. *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 2.

CUSTODIO, Vinícius Monte. Recuo não é passeio: limites à regulamentação municipal do uso das áreas não edificáveis. *Migalhas edilícias*, Ribeirão Preto, n. 21, mar. 2009. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/298596/recuo-nao-e-passeio--limites-a-regulamentacao-municipal-do-uso-das-areas-nao-edificaveis>>. Acesso em: 8 jun. 2021

_____. *Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CRUZ, J. Oliveira e. *Da desapropriação*. Rio de Janeiro: Max Limonad, [entre 1941 e 1946].

- CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- . *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- DEFOORT, Benjamin. *La décision administrative*. Paris: LGDJ, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- DODSWORTH, Henrique. A Avenida Presidente Vargas: aspectos urbanísticos, jurídicos, financeiros e administrativos de sua realização. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 1-43, 1956.
- DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. A contribuição de Charles Eisenmann na identificação das regras relativas a finalidade dos atos administrativos, com vista a aplicação da teoria do desvio de poder. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme (Coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 627-640.
- EISENMANN, Charles. Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif. In: CORTIÑAS-PELAEZ, Leon (Org.). *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX: homenaje a Enrique Sayagues-Laso*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969. v. 4, p. 419-438.
- EPSTEIN, Richard. *Supreme neglect: how to revive constitutional protection for private property*. New York: Oxford University Press, 2008.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- . *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.
- FALCÃO, Alcino Pinto. Do direito a indenização, como evolução no conflito entre o princípio da liberdade de construir e as restrições administrativas. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, n. 15, p. 20-30, set. 1972/maio 1973.
- FERRAZ, Luciano; GOUVEIA, Jorge Bacelar. Procedimento expropriatório e administração pública dialógica: estudo comparativo da expropriação no Brasil e Portugal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 113, p. 477-532, jul./dez. 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

- _____. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FISCHEL, William A. *Zoning rules! The economics of land use regulation*. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2015.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- FREYFOGLE, Eric T. First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles. In: HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford companion to the supreme court of the United States*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005.
- FURTADO, Fernanda; REZENDE, Vera. O financiamento da abertura da Avenida Presidente Vargas: estratégias institucionais e legais. *Revista do Arquivo-Geral da Cidade do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.10, p. 185-187, 2016.
- GAIO, Daniel. *A interpretação do direito de propriedade em face da proteção constitucional do meio ambiente urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- GAMBARO, Antonio. *La proprietà, beni, proprietà, possesso*. 2a ed. Milano: Giuffrè, 2017.
- GARCIA, Fernando Couto. *Operação urbana consorciada: regime jurídico e mecanismos de controle*. 2017. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- _____. A desapropriação por hasta pública no ordenamento jurídico português e a constitucionalidade da proposta de sua introdução no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais São Paulo*, São Paulo, n. 5 e 6, p. 305-325, mar./jun. 2014.
- _____. O princípio jurídico da moralidade administrativa. *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*, Brasília, v. 5, n. 55, dez. 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HAURIOU, Maurice. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Paris: Recueil Sirey, 1929. v. 2.
- _____. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Paris: Recueil Sirey, 1929. v. 3.
- HEINEN, Juliano. Limitações administrativas e o conteúdo econômico da propriedade: uma “desapropriação à brasileira”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012.
- HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- _____. Notas sobre o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, n. 149, p. 25-33, jul. 2013.
- _____. O direito administrativo no sistema de Common Law. *Fórum Administrativo Direito Público FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=58301>>. Acesso em: 5 abr. 2021.
- _____. Direito administrativo e direito privado na obra de Ruy Cirne Lima. *Fórum Administrativo Direito Público FA*, Belo Horizonte, nº 98, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57124>>. Acesso em: 5 abr. 2021.
- HOUSTIOU, René. *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*. 17ème ed. Paris: LexisNexis, 2019.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Regiões de influência das cidades: 2007*. Rio de Janeiro: IBGE, 2008.
- JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Campinas: Bookseller, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LASSER, Mitchel de S.-O.-I'E. *Judicial deliberations: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*. New York: Oxford University Press, 2009.
- LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, p 53-64, abr./jun. 2012.
- LEITE, Solidonio. *Desapropriação por utilidade pública*. Rio de Janeiro: J. Leite, 1921.
- LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do estado legislador: atos legislativos inconstitucionais e constitucionais*. São Paulo: Almedina, 2015.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e prática da desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Comentários ao estatuto da cidade: Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARCHIANI, Charles-Stéphane. *Le monopole de l'État sur l'expropriation*. Paris: LGDJ, 2008.
- MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015.
- _____. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 89-113.
- _____. A servidão administrativa como mecanismo de fomento de empreendimentos de interesse público. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 254, p. 109-136, maio/ago. 2010.
- MATTEI, Ugo. *I diritti reali 2: la proprietà*. 2a ed. Milano: Utet, 2015.
- MAY, James. Inverse condemnation. In: HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford companion to the supreme court of the United States*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005. p. 505-509.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. 2a ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- _____. Administração Pública: do ato ao processo. *Fórum Administrativo Direito Público FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57925>>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- _____. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Destinação dos bens expropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 158, p. 15-19, out./dez. 1984.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

- _____. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 7a ed. Milano: Giuffrè, 2014.
- MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 55, p. 244-247, abr./-jun. 2006.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline; BOURDON, Pierre; POULET, Florian. *Droit administratif des biens*. 10ème ed. Paris: LGDJ, 2018.
- MOSCARINI, Anna. *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*. Milano: Giuffrè, 2006.
- PAGLIARI, Giorgio. *Corso di diritto urbanistico*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004.
- PEREZ, Marcos Augusto. Controle da discricionariedade administrativa. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 63–82.
- _____. O negócio jurídico administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 263-273.
- PINHEIRO, Renata Peixoto. *Desapropriação para fins urbanísticos em favor de particular*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. O regime urbanístico de Brasília. *Cadernos ASLEGIS*. Brasília, n. 42, p. 179-201, jan./abr. 2011.
- _____. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 14.

- _____. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 5.
- PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964
- QUADROS, Fausto de. *A proteção da propriedade privada pelo direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 1998.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Sistema nacional de unidades de conservação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Propriedade e função social: exame crítico de um caso de “constitucionalização” do direito civil. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (Org.). *Estudos de homenagem ao prof. doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. 3, p. 61-90.
- SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SANDULLI, Aldo M. *Scritti giuridici*. Napoli: Jovene, 1990. v. 6.
- SÉ, João Sento. Desapropriações anômalas. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 152, p. 27-44, abr./jun. 1983.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. A ressurreição das desapropriações para fins urbanísticos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 8, p. 976-990, ago. 2012.
- SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008.
- SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021.
- SOUZA, Rodrigo Pagani de. A legalização da teoria dos atos administrativos: apontamentos sobre os seus impactos na jurisprudência do STF. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 383-400.

SPUNTARELLI, Sara. *L'Amministrazione per legge*. Milano: Giuffrè, 2007.

STERK, Stewart E. The federalist dimension of regulatory takings discipline. *Yale Law Journal*. v. 114, n.2, p. 203-271, nov. 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Condicionamentos e sacrifícios de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 4, p. 78-83, 1993.

_____. Revisão da desapropriação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 192, p. 38-48, abr./jun. 1993.

_____. *Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jachinto Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Servidão de aqueduto em imóvel público. *Revista de direito administrativo contemporâneo*. São Paulo, v. 2, p. 41-51, set./out. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A perfuração do túnel do metrô sob imóveis urbanos: hipótese de mera limitação à propriedade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 41-62, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30031>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 2.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VEREZA, Luiza. *Regulações expropriatórias: requisitos procedimentais e parâmetros materiais de identificação*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

WHITAKER, Firmino. O recuo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 44, p. 163-164, jan./jun. 1925.

ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do estado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

Lista de decisões judiciais citadas

NACIONAIS

I. Supremo Tribunal Federal

STF. Recurso Extraordinário nº 39.805/DF. Relator Ministro Luiz Galloti. 28 de agosto de 1958. Primeira Turma.

STF. Embargos Infringentes no Recurso Extraordinário nº 39.805/RJ. Relator Ministro Antonio Villas Boas. 14 de setembro de 1960. Plenário.

STF. Habeas Corpus nº 91.509/RN. Relator o Ministro Eros Grau. 27 de outubro de 2009. Segunda Turma.

STF. Recurso em Mandado de Segurança nº 31.841. Relator Ministro Edson Fachin. 2 de agosto de 2016. Primeira Turma.

II. Superior Tribunal de Justiça

STJ. Súmula 114. Recurso Especial nº 2101/PR. Relator Ministro Hélio Mosiman. 25 de outubro de 1994. Primeira Seção.

STJ. Recurso Especial 43.806/MG. Relator Ministro Ari Pargendler. 14 de agosto de 1997. Segunda Turma.

STJ. Mandado de Segurança nº 20.149/DF. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 23 de setembro de 2015. Primeira Seção.

STJ. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 611.366/MG. Relator Ministro Nefi Cordeiro. 19 de setembro de 2017. Sexta Turma.

STJ. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.781.924/AL. Relator Ministro Francisco Falcão. 4 de junho de 2019. Segunda Turma.

STJ. Recurso Especial 1.820.311/MG. Relator Ministro Herman Benjamin. 12 de novembro de 2019. Segunda Turma.

STJ. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.711.459/PR. Relator Ministro Francisco Falcão. 12 de outubro de 2020. Segunda Turma.

III. Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJMG. Apelação Cível: nº 1.0024.14.234010-8/001. Relator Desembargador Edilson Fernandes. 3 de abril de 2018. Sexta Câmara Cível.

IV. Tribunal de Justiça de São Paulo

TJSP. Apelação Cível nº 137.321. 30 de abril de 1970. Relator: Juiz Newton Hermano. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Sexta Câmara.

ESTRANGEIROS

I. Corte Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. 6 de maio de 2008, *Salvador Chiriboga vs. Equador*.

II. Corte Europeia de Direitos Humanos

CEDH. 1982, *Sporrong e Lönnroth v. Suécia*.

CEDH. 10 de julho de 2001, *Elia S.r.l. v. Itália*.

CEDH. 26 de setembro de 2002, *Terrazzi SRL v. Itália*.

CEDH. 24 de junho de 2004, *Scordino v. Itália (nº2)*.

CEDH. 19 de fevereiro de 2009, *Kozaciouglu v. Turkey*.

III. ITÁLIA

III-1. Corte Costitucional italiana

CCI. Sentença nº 55, de 1968.

CCI. Sentença nº 56, de 1968.

CCI. Sentença nº 155, de 1976.

CCI. Sentença nº 5, de 1980.

CCI. Sentença nº 82, de 1982.

CCI. Sentença nº 92, de 1982.

CCI. Sentença nº 106, de 1976.

CCI. Sentença nº 575, de 1989.

CCI. Sentença nº 283, de 1993.

CCI. Sentença nº 344, de 1995.

CCI. Sentença nº 414, de 1995.

CCI. Sentença nº 179, de 1999.

CCI. Sentença nº 411, de 2001.

CCI. Sentença nº 148, de 2003.

CCI. Sentença nº 314, de 2007.

CCI. Sentença nº 348, de 2007.

CCI. Sentença nº 179, de 2019.

CCI. Sentença nº 270, de 2020.

CCI. Sentença nº 276, de 2020.

III-2. Conselho de Estado da Itália

CEI. Sentença nº 4.019, Quarta Seção, 28 de julho de 2005.

IV. FRANÇA

IV-1. Conselho Constitucional da França

CCF. 17 de julho de 1985, decisão nº 85-189 DC.

CCF. 7 de dezembro de 2000, decisão nº 2000-436 DC.

CCF. 2 de dezembro de 2011, decisão nº 2011-201 QPC.

CCF. 21 de junho de 2013, decisão nº 2013-325 QPC.

IV-2. Conselho de Estado da França

CEF. 26 de maio de 1869, *Labille, La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Paris: Recueil Sirey, 1929. v. 2, p. 342.

CEF. 3 de agosto de 1900, *Sanoner, La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Paris: Recueil Sirey, 1929. v. 3, p. 244-252

CEF. 17 de janeiro de 1902, *Favatier, La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Paris: Recueil Sirey, 1929. v. 2, p. 337-343

CEF. 14 de fevereiro de 1902, *Lalaqu, La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Paris: Recueil Sirey, 1929. v. 2, p. 337-343

V. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

VI-1 Suprema Corte dos Estados Unidos

SC. 9 de junho de 1987, *First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles*, 482 U. S. 304 (1987).

SC. 23 de abril de 2002, *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc., et al v. Tahoe Regional Planning Agency et al*, 535 U.S. 302 (2002).

SC. 4 de dezembro de 2012, *Arkansas Game and Fish Commission v. United States*, 568 U. S. 23 (2012).

SC. 21 de junho de 2019, *Knick v. Township of Scott, Pennsylvania, et al*, 588 U.S. (2019)

VI-2 Corte de Apelação da Califórnia

CAC. *Peacock v. County of Sacramento*, 271 Cal. App. 2d 845 (1969)

CAC. *Selby Realty Co. v. City of San Buenaventura*, 10 Cal. 3d 110 (1973).

CAC. *Cambria Spring Co. v. City of Pico Rivera*, 171 Cal. App. 3d 1080 (1985).

CAC. *Guinnane v. City and County of San Francisco*, 197 Cal. App. 3d 862 (1987).

CAC. *Jefferson Street Ventures, LLC v. City of Indio*, 236 Cal. App. 4th 1175 (2015).